

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Проблема соотношения арбитражного соглашения и основного контракта

*Юрьев Е.Е.**

В современном международном коммерческом обороте участвуют контрагенты из самых различных стран. Заключая разного рода внешнеэкономические договоры (договоры международной купли-продажи, подряда, всевозможные инвестиционные соглашения, договоры о предоставлении исключительных прав на распространение продукции и многие другие), они вступают в различные правоотношения.

При этом надлежащее исполнение договорных обязательств является самым желаемым результатом и самым естественным сценарием развития отношений сторон. Тем не менее ввиду сложности и комплексного характера многих договоров, изменений экономической конъюнктуры возникновение споров по поводу надлежащего исполнения, а иногда даже действительности и существования договора становится неизбежным.

За разрешением подобных споров стороны все чаще обращаются не в государственные суды, а в международный коммерческий арбитраж, представляющий собой особую систему частного правосудия. Объяснений этому много, но главным преимуществом арбитража является то, что он не связан теми соображениями публичного порядка, обязанностью защиты интересов какой-либо из сторон по договору, а также исключительно «национальным» видением спорной правовой ситуации, которые присущи национальным судам. В этом отношении арбитраж является нейтральной инстанцией, в компетенцию которой

* Юрьев Евгений Евгеньевич – магистрант Института европейского права МГИМО (У) МИД России.

в первую очередь входит не обеспечение юридической защиты, а разрешение возникающих между сторонами споров в соответствии с методом, избранным самими сторонами, а также своим собственным процессуальным регламентом.

Однако компетенция международного коммерческого суда на рассмотрение конкретного спора не возникает автоматически, т.к. одним из основополагающих принципов арбитража является автономность воли сторон, согласование их волеизъявления. Необходим особый договор. Таким договором является арбитражное соглашение, заключаемое сторонами внешнеторгового контракта. Именно в нем находят отражение согласованная воля сторон, условия передачи споров в арбитраж, особенности арбитражной процедуры, т.е. все существенные элементы, необходимые для рассмотрения спора в арбитраже.

Таким образом, можно утверждать, что арбитражное соглашение является центральным институтом международного коммерческого арбитража.

Этим обусловлено и особое место арбитражного соглашения во внешнеторговом контракте, т.к. оно представляет собой договоренность сторон по совершенно особому предмету – порядку разрешения споров. Четкое знание того, как будут разрешаться споры между сторонами, может существенно влиять на поведение сторон, цену контракта, а в некоторых случаях и на само намерение заключать тот или иной договор. Поэтому очень важно, чтобы во всех случаях, когда возникает вопрос о соотношении арбитражного соглашения и основного контракта, оно было наделено особым статусом, обеспечивающим в определенных ситуациях защиту от таких национальных правовых механизмов, как признание договора недействительным вследствие пороков воли и др.

На практике же вопрос о соотношении арбитражного соглашения и основного контракта, в котором оно содержится, возникает всякий раз, когда одна из сторон пытается поставить под сомнение юрисдикцию международного арбитража в отношении рассмотрения конкретного спора. Для этого используются различные правовые доводы, начиная от недействительности основного контракта, пороки которого настолько существенны, что, по мнению стороны, оспаривающей арбитражное соглашение, они всецело распространяются на последнее, и заканчивая доводами о прекращении действия арбитражного соглашения в случае правопреемства или цессии. В последнем случае

цессионарий якобы получает «чистый» контракт без обязательств относительно способа разрешения споров.

В связи с этим правильное понимание юридической природы арбитражного соглашения, его предмета и особого места в договоре способствует большей юридической определенности и препятствует произвольному оспариванию арбитражного соглашения недобросовестной стороной. Таким образом, определение статуса арбитражного соглашения, содержащегося во внешнеторговом контракте, и его закрепление на законодательном уровне и в судебной практике различных государств являются надлежащей гарантией функционирования международного коммерческого арбитража, защитой от произвольного вмешательства государственного суда и средством обеспечения точного исполнения волеизъявления сторон.

Вопрос о том, какова судьба арбитражного соглашения в случае перемены лиц в обязательстве, в частности цессии, не раз затрагивался как в отечественных, так и в зарубежных источниках. В настоящей статье предлагается шире взглянуть на *саму природу* арбитражного соглашения с тем, чтобы с учетом новейших тенденций, отраженных как в российской, так и в иностранной судебной практике, ответить на множество возникающих в последнее время сложных вопросов о действительности, юридической силе и особом правовом статусе арбитражного соглашения.

Автономность арбитражного соглашения и проблема компетенции/компетенции

Чаще всего арбитражное соглашение содержится во внешнеторговом контракте в виде арбитражной оговорки, т.е. на первый взгляд оно представляет собой один из пунктов договора, по которому стороны достигли согласия.

Такое отношение к арбитражному соглашению было бы неверным, ибо, в соответствии с общепризнанной точкой зрения, арбитражное соглашение, какую бы форму оно ни принимало, не только не является «рядовым» условием контракта, но и во многом не зависит от последнего, обладая особым, автономным статусом¹.

¹ Garnett R., Gabriel H., Waincymer J., Epstein J. *A Practical Guide to International Commercial Arbitration*. Oceana Publications, Inc., NY, 2000. С. 37; Костин А.А. *Некоторые проблемы международного арбитража* // «Третейский суд». № 3. 2000.

В пользу этой точки зрения говорит и разный предмет двух договоров. Основной контракт опосредует экономическую суть правоотношений сторон, определяет содержание и объем их материально-правовых прав и обязанностей, в то время как арбитражное соглашение направлено на установление способа разрешения споров и поэтому не касается материальных прав и обязанностей сторон. Таким образом, подписывая внешнеторговый контракт, содержащий арбитражную оговорку, стороны как бы подписывают два отдельных договора, каждый из которых обладает своим правовым режимом.

Из этого следуют два важных практических вывода. Во-первых, автономность арбитражного соглашения подразумевает, что признание основного контракта недействительным – оспоримым или ничтожным – не влечет за собой *ipso facto* недействительность арбитражного соглашения. Это положение широко признано в законодательстве и практике большинства государств. В первую очередь следует упомянуть п. 1 ст. 16 Закона РФ от 7 июля 1993 года «О международном коммерческом арбитраже» (основанный на идентичной ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ). Схожие нормы содержатся в разделе 7 Английского закона об арбитраже 1996 г., п. 2 ст. 1697 Судебного кодекса Бельгии, п. 3 ст. 178 Федерального закона о международном частном праве Швейцарии и т.д. Не обошел вниманием этот вопрос и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г. (п. 2 ст. 21). Что касается крупнейших международных арбитражей, то они отразили это положение в своих регламентах². Как отмечал С.Н. Лебедев в своей фундаментальной работе о международном коммерческом арбитраже, наиболее удачной конструкцией является квалификация автономности арбитражного соглашения в качестве «позитивной правовой нормы»³.

Говоря о всеобщем признании принципа автономности (*autonomy, separability, severability*), надо сразу оговориться, что ни в Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ни в Европейской конвенции 1961 г. этот принцип в чистом виде не закреплен. Отсюда многими авторами делались попытки истолковать положение ст. V (п. 1, пп. «а»)) Нью-Йоркской конвенции как устанавливающее возможность применения к арбитражному соглашению права, отличного от права, примененного

² См. ст. 6 (4) Регламента МАС МТП; в Регламенте МКАС 1994 г. это положение содержится в п. 5 § 1.

³ Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988, С. 82.

к основному контракту, и, следовательно, косвенно подтверждающее автономность арбитражного соглашения⁴. Если принять эту точку зрения, то следует допустить и возможность применения положений Конвенции по аналогии, которая должна толковаться как единое целое, ибо непосредственно в ст. V Нью-Йоркской конвенции говорится об основаниях отказа в приведении в исполнение решения, которое действительно по праву, избранному сторонами, а если оно не избрано, то по праву страны, где решение вынесено.

Если в практическом плане вопрос об автономности соглашения во многом решен, то в теории ситуация куда сложнее. Отсутствует единый взгляд на то, почему арбитражное соглашение не должно разделять судьбу основного контракта. Некоторые ученые говорят о том, что широкая *формулировка* арбитражного соглашения должна включать не только споры об исполнении или заключении договора, но и о его действительности, а это, без сохранения действительности самого арбитражного соглашения, окажется невозможным. Другие же прямо признают, что обоснование автономности соглашения носит исключительно *практический*, прикладной характер, и выводят ее опять-таки из всеобщей практики признания соглашения независимым от контракта, в котором оно содержится⁵.

Как бы то ни было, очевидно одно: учитывая предмет арбитражного соглашения, а также тот факт, что споры о действительности основного контракта и даже арбитражного соглашения являются такими же *«спорами»*, как и споры относительно исполнения договора, ничто не препятствует их рассмотрению в арбитраже и, скорее, соответствует намерениям сторон, отдавших предпочтение окончательному разрешению *«всех споров»* в арбитраже.

Как отмечал профессор А.И. Минаков, становление принципа автономности арбитражного соглашения условно можно разделить на два этапа. На первом этапе автономность была необходима для того, чтобы арбитраж мог самостоятельно оценить действительность основного контракта. Оспаривание же действительности самого арбитражного соглашения находилось в ведении государственного суда⁶. В после-

⁴ Albert Jan van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a uniform judicial interpretation*. Kluwer Law and Taxation Pubs, 1981. С. 145.

⁵ См. критику теоретических попыток обоснования автономности арбитражного соглашения в: Laurence Craig W., Park W., Paulsson J. *International Chamber of Commerce arbitration*. Oceana Publications, 2000. С. 50.

⁶ Минаков А.И. *Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэконо-*

дующем под автономностью подразумевали также и то, что арбитраж может решать вопрос о действительности самого арбитражного соглашения.

Согласно этому подходу, сторона, желающая оспорить арбитражное соглашение и ссылающаяся, в обоснование своих требований, на недействительность основного контракта, имеет мало шансов на то, что суд воспримет ее аргументацию. Такая сторона должна доказать, что недействительность последнего имеет столь серьезные последствия, что содержащееся в нем *арбитражное соглашение* отвергнуто тем же самым пороком⁷.

Анализируя практику МКАС по данному вопросу, М.Г. Розенберг рассматривает две ситуации⁸. В первой от имени ответчика контракт был подписан лицом, не указавшим, в качестве кого он подписывает контракт, не состоящим в каких-либо трудовых отношениях с ответчиком и не имеющим доверенности на подписание контракта. Суд счел, что в данном конкретном случае «незаключение» контракта приводит к тому, что не заключено и арбитражное соглашение, следовательно, у МКАС нет предпосылок для рассмотрения спора. В другом случае полномочия на заключение контракта имелись, однако сделка была совершена с несоблюдением ограничений на ее совершение. Поэтому МКАС пошел по пути признания действительным арбитражного соглашения при недействительности основного контракта, ссылаясь на п. 1. ст. 16 Закона «О международном коммерческом арбитраже» применительно к автономности арбитражного соглашения, ст. 174 ГК РФ для обоснования возможности оспорить действительность в суде, а также п. 1. ст. 11 для обоснования того, что понятие «суд» включает также и арбитраж.

Далее, на действительность арбитражного соглашения не влияет также и *истечение срока действия* основного договора. Оно продолжает действовать до тех пор, пока стороны не прекратят его действие посредством особого соглашения. Оно может утратить силу в случае молчаливого согласия с юрисдикцией государственного суда, т.е. если

мических споров. М.: Юридическая литература, 1985. С. 71 и далее.

⁷ Последнее, как отмечают Laurence Craig, William W. Park, J. Paulsson (там же), может оказаться крайне сложным, т.к. если арбитражное соглашение предусматривает лишь арбитражный способ разрешения споров, то непонятно, как сторона могла заключить его, например в результате обмана.

⁸ Розенберг М.Г. *Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров*. М.: Книжный мир, 2000. С. 36-37.

истец подает иск в суд, а ответчик против юрисдикции суда не возражает.

Аналогична этой и ситуация, когда один контракт, содержащий арбитражную оговорку, был заменен другим контрактом, в котором она отсутствовала. Возникает вопрос: продолжает ли бывшая арбитражная оговорка применяться в отношении нового контракта? Решение вопроса относительно того, имела ли место *новация*, входит в компетенцию арбитража, причем ни одна из сторон не может ссылаться на прекращение действия старого обязательства вследствие замены его новым обязательством для обоснования того, что арбитражная оговорка более неприменима к разрешению споров, возникших до новаций⁹. Однако, как отмечает О.В. Шмелева-Мата, поскольку арбитражное соглашение действует только по отношению к контракту, частью которого оно является, а новация неизбежно прекращает действие этого контракта, то арбитражное соглашение не распространяется на последующие взаимоотношения сторон¹⁰. Стороны тем не менее могут договориться о распространении действия арбитражной оговорки на новое обязательство. В последнем случае оно, естественно, не будет автоматически применяться по отношению к третьим лицам по первоначальному обязательству.

Арбитражная оговорка сохраняет силу и тогда, когда договор либо еще *не вступил в силу* (условная сделка), либо был *расторгнут*¹¹. Так, в договоре может быть предусмотрено условие, что он вступает в силу с момента открытия стороной аккредитива в пользу другой стороны. Если же отгрузка товара была произведена до открытия такого аккредитива, она будет считаться внедоговорной. Однако соответствующие споры сторон будут разрешаться в соответствии с заключенным между ними арбитражным соглашением, т.к. положение о заключении договора под отлагательным условием применяется лишь к основному контракту, но не к арбитражной оговорке. В другом случае договор может быть, например, расторгнут покупателем в соответствии со ст. 49 Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров в силу наличия существенного нарушения договора со стороны продавца,

⁹ Минаков А.И. Указ. соч. С. 73.

¹⁰ Шмелева-Мата О.В. *Международный коммерческий арбитраж: арбитражное соглашение и перемена лиц в обязательстве* // Арбитражная практика. № 1 2002. С. 90.

¹¹ Розенберг М.Г. Указ. соч. С. 38.

т.е. такого, когда конечная цель договора не достигнута¹². В такой ситуации арбитражу надлежит применить положения о последствиях расторжения договора (раздел V), а для этого он должен черпать свои полномочия на рассмотрение спора из действительного арбитражного соглашения.

Иначе говоря, арбитражное соглашение не привязано ни к сроку действия, ни к моменту возникновения или прекращения правоотношений сторон по договору.

Более того, арбитражное соглашение продолжает существовать, даже если основной контракт будет признан *незаключенным*. Это объясняется тем, что требование ст. 432 ГК РФ о достижении сторонами соглашения по всем существенным условиям договора касается разных условий, являющихся существенными для основного контракта и арбитражного соглашения. Если в арбитражном соглашении предусмотрено разрешение определенных споров в связи с каким-либо конкретным отношением, а также другие условия, нет оснований полагать, что незаключение основного контракта автоматически делает арбитражное соглашение незаключенным.

Самой сложной является ситуация, когда основной контракт *не существует* как таковой. Хотя, согласно Типовому закону ЮНСИТРАЛ (п. 1 ст. 16), состав арбитража может сам решить вопрос о *существовании* арбитражного соглашения, в нем не содержится положения, аналогичного ст. 6 (4) Регламента МАС МТП, о том, что даже если сам контракт не существует (*non-existent*), состав арбитража должен быть компетентным на рассмотрение спора между сторонами. Не содержит такого положения и Закон РФ о МКА. В этой связи ряд авторов сомневается, что арбитражное соглашение может «пережить» основной договор¹³. На практике же часто путаются понятия недействительного и несуществующего договоров.

Так, в известном деле ВТАК «Союзнефтеэкспорт» против «Джок Ойл» бермудская компания «Джок Ойл» ссылаясь на нарушение требования о наличии двух подписей во внешнеторговом контракте по советскому праву для обоснования того, что контракт *не существовал* как таковой. В решении ВТАК подчеркивалось, что хотя из-за несоблюдения формы основной контракт должен быть признан *недействи-*

¹² Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М.: Юридическая литература, 1994. С. 75.

¹³ A Practical Guide to International Commercial arbitration. С. 37.

тельным, арбитражное соглашение продолжает существовать в силу своей автономности¹⁴.

Существует, однако, мнение, согласно которому в особых случаях недействительность (ничтожность) контракта затрагивает и арбитражное соглашение. Речь идет об отсутствии правоспособности на заключение договора или его заключение под влиянием обмана, в результате ошибки или действия, противоречащего закону¹⁵. Эта точка зрения, как было показано выше, не всегда является бесспорной, и, пожалуй, только действие, противоречащее закону, непосредственно затрагивает публичный порядок и неизбежно ведет к недействительности арбитражного соглашения.

На практике же арбитражная оговорка очень часто оказывается недействительной при ничтожности основного контракта. Автономность предполагает не то, что соглашение существует вне зависимости от каких бы то ни было дефектов контракта, а то, что порок последнего не является *достаточным* основанием для признания недействительным арбитражного соглашения.

Близкой к проблеме независимости арбитражного соглашения является проблема компетенции/компетенции (competence/competence), т.е. возможности состава арбитража самому вынести решение о наличии у него полномочий по рассмотрению данного спора. В п. 1. ст. 16 Закона РФ о МКА содержится положение о том, что «третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения».

Причем если одна из сторон оспаривает компетенцию арбитража, то вопрос о том, кто именно – арбитражный институт или состав арбитража – выносит решение о компетенции, разрешается в разных регламентах по-разному (самим Институтом согласно ст. 7 Регламента Стокгольмского арбитражного института, составом арбитража в соответствии с п. 5 § 1 Регламента МКАС).

В целом же автономность арбитражного соглашения и теория компетенции/компетенции являются двумя сторонами – материальной

¹⁴ Решение ВТАК при ТПП СССР по делу № 109/1980 (9 июля 1984 г.) «Всесоюзное экспортно-импортное объединение «Союзнефтеэкспорт» против компании «Джок Ойл» (Бермуды)». Цит. по: Брунцева Е.В. С. 316. Лишь один из судей бермудского апелляционного суда при решении вопроса о приведении в исполнение арбитражного решения считал, что недействительный договор является, кроме этого, и несуществующим.

¹⁵ По этому вопросу см.: Минаков А.И. Указ. соч. С. 75.

и процессуальной – одного и того же явления¹⁶. Они отвечают на два связанных между собой вопроса: должно ли наличие пороков в основном контракте распространяться и на арбитражное соглашение, делая его недействительным, (автономность) и должен ли арбитраж признать или не признать себя компетентным в случае оспаривания соглашения одной из сторон (теория компетенции/компетенции). Близость этих двух проблем заключается в том, что оспаривание компетенции арбитража на рассмотрение спора осуществляется именно на том основании, что арбитражное соглашение якобы недействительно.

Остановимся теперь подробнее на другом последствии признания автономным арбитражного соглашения: применимом праве.

Право, применимое к арбитражному соглашению

Вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, невозможно решить без определения юридической природы самого арбитража как особого института, сочетающего процессуальные и материально-правовые начала. Разные квалификации арбитража приводили на практике к разным, подчас противоположным выводам как о непосредственной *возможности* избрания сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, так и об *объеме* тех отношений, которые могут регулироваться таким правом¹⁷.

Долгое время господствовали две точки зрения по этому вопросу¹⁸: т.н. «договорная» и «процессуальная» теории. Сторонники *«договорной» теории* отрицали за арбитражным соглашением статус комплексного института, института *sui generis* и видели в нем самый обычный гражданско-правовой договор, опосредующий волю сторон. Соответственно арбитры черпают свою компетенцию не из норм национального права, а из соглашения сторон и, следовательно, рассматриваются лишь как агенты или мандатарии сторон. Обязательность же решения арбитража сторонники этой теории усматривали в воле сторон быть связанными решением независимого органа, назначаемого для рассмотрения возникающих споров, а не в каком-либо воплощении принудительной силы государства. Важнейшим выводом из этого учения является потенциально неограниченная возможность применения к арбит-

¹⁶ Laurence Craig, William W. Park, J. Paulsson. Указ. соч. С. 49.

¹⁷ Минаков А.И. Указ. соч. С. 79.

¹⁸ Лунц Л.А. *Курс международного частного права. В 3 т.* М.: Спарк, 2002. С. 941-943.

ражному соглашению норм иностранного права, избираемого в ряде случаев самими сторонами.

В противовес «договорной» теории сложилась и иная концепция, «*процессуальная*». Она основана на суверенных полномочиях государства, которое санкционирует арбитраж в качестве одного из способов осуществления правосудия. Компетенция арбитров и обязательность вынесенного им решения связаны, таким образом, с волей государства. А само арбитражное соглашение рассматривается как исключительно процессуальный элемент и, согласно общепринятым началам международного частного права, должно целиком регулироваться правом страны суда (*lege fori*).

Однако впоследствии практика показала, что ни одна из теорий не может объяснить юридической природы арбитража и арбитражного соглашения. И, в сущности, ни одна из них не противоречит другой. Арбитражное соглашение начало все больше восприниматься, как комплексный, «гибридный» институт, сочетающий в себе свойства материально-правового договора и процессуального механизма, позволяющего договориться о разрешении споров в нейтральной инстанции («смешанная теория»). Действительно, сами арбитры назначаются сторонами, пределы их компетенции на рассмотрение конкретного спора устанавливаются волей сторон, опосредованной в арбитражном соглашении, но в то же время институциональные, организационные основы арбитража как одного из способов разрешения споров устанавливаются государством. Все это приводит к выводу о том, что материальные аспекты арбитражного соглашения (круг отношений, на которые распространяется арбитражное соглашение, форма, правоспособность сторон на его заключение) могут быть урегулированы нормами иностранного права. Вопросы процессуального характера, такие как допустимость изъятия рассматриваемого дела из ведения государственного суда, всегда должны решаться по закону страны суда. Таков основной постулат третьей, «*смешанной*» теории арбитража, которой в настоящее время придерживается большинство ученых¹⁹.

Но хотя потенциально возможность применения к арбитражному соглашению норм иностранного права, избираемого в определенных ситуациях самими сторонами, широко признана и в теории, и в практике, в Нью-Йоркской конвенции она прямо не предусмотрена. Для ее

¹⁹ Лебедев С.Н., ук. соч.; Костин А.А., Арбитражное соглашение // Международный коммерческий арбитраж. № 2. 2005.

обоснования часто прибегают к толкованию ст. V, говорящей об основаниях отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений²⁰.

Таким образом, право, применимое к арбитражному соглашению, должно, в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, определяться в первую очередь исходя из выбора сторон и только в его отсутствие – как право страны, где решение будет вынесено.

Европейская конвенция более пространно говорит о выборе права (п. 2 ст. VI). Такая возможность в ней прямо предусмотрена, а для определения применимого права используется не двух-, а трехзвенная система: право, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, *lex arbitri*, и, если ни то ни другое установить нельзя, то на основании коллизионных норм права страны суда. Отдельно оговаривается, что для определения правоспособности сторон суд должен руководствоваться законом, который к ним применяется.

Полномочия сторон на заключение арбитражного соглашения и переуступка арбитражного соглашения в порядке цессии

Как уже было сказано, автономность арбитражного соглашения является одним из основополагающих принципов международного коммерческого арбитража. Однако при кажущейся простоте его применения тем не менее возникают сложные юридические ситуации, а именно: должна ли выдаваться отдельная доверенность на заключение арбитражного соглашения, должно ли оно отдельно подписываться, может ли оно быть переуступлено в порядке цессии.

Для того чтобы ответить на эти вопросы, необходимо очертить пределы принципа автономности. Необходимо иметь в виду, что этот принцип имеет достаточно узкое, порой утилитарное значение. В п. 1 ст. 16 Закона РФ от 1993 г. (как и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ) говорится о том, что арбитражное соглашение должно трактоваться как не зависящее от других условий договора с той целью, чтобы арбитраж мог

²⁰ A.J. van den Berg. С. 127. При этом применение по аналогии положений ст. V непосредственно к арбитражному соглашению, определению которого посвящена ст. II Конвенции усматривается в необходимости толкования Конвенции как единого целого; а также в прямой ссылке в ст. V на соглашение «указанное в ст. II», инкорпорирующей последнюю. Соответственно фразу «по закону страны, где решение должно быть вынесено» следует истолковать как «по закону страны, где решение *будет* вынесено».

сам вынести решение о своей компетенции («Для этой цели», “For that purpose”)²¹. Таким образом, арбитражное соглашение не является каким-то абсолютно не связанным с основным контрактом соглашением, а всего лишь «обладает дополнительной «живучестью», направленной на ограничение возможностей недобросовестной стороны создавать препятствия на пути арбитражного разбирательства»²². Такова исходная посылка для разрешения этих проблем.

Из этого можно сделать вывод о том, что хотя арбитражное соглашение и обладает независимым статусом, отделимо от основного контракта и «переживает» содержащиеся в нем пороки, для его заключения, во-первых, не требуется выдачи отдельной доверенности²³ и, во-вторых, для его действительности требуется лишь письменная форма, установленная ст. II Нью-Йоркской конвенции, и не применяются никакие другие формальные требования, которые могут быть установлены национальным законодательством для заключения самого внешнеторгового контракта (требование двух подписей по советскому праву, как в деле В/О «Союзнефтеэкспорт» против «Джок ойл Лтд.»). К тому же подобные доверенности на практике никогда не выдаются.

Аналогичным образом дело обстоит и с вопросом о возможности переуступки прав по соглашению в порядке цессии. Хотя аргументация противников такой возможности звучит достаточно убедительно: если арбитражное соглашение было заключено между двумя сторонами в письменной форме, а в последующем было переуступлено одной из сторон, то между цессионарием (новым кредитором) и другой стороной по сделке такое письменное соглашение отсутствует.

²¹ Однако положение об особом правовом статусе арбитражного соглашения не стоит абсолютизировать. О пределах применения этого принципа и исключениях из него см. Костин А.А. Комментарий к закону «О международном коммерческом арбитраже» // Третейский суд. - 2001. - №5/6. - С.21-25.

²² Карабельников Б.Р. *Исполнение решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ*. М.: ФБК-ПРЕСС, 2003. С. 63. Более того, как отмечал А.А. Костин, на арбитражную оговорку распространяются общие положения о договорах и недействительности договоров, (Костин А.А. Арбитражное соглашение // Международный коммерческий арбитраж. № 2. 2005.).

²³ Иная точка зрения высказывалась В.Н. Ануровым, который приходил к выводу, что существует оспоримая презумпция, согласно которой одобрение представляемым действий представителя по основной сделке никак не может отождествляться с одобрением, представляемым арбитражного соглашения по такой сделке. См.: Ануров В.Н. Установление факта одобрения арбитражного соглашения // Журнал российского права. № 4, апрель 2002 г.

Тем не менее в данном конкретном случае используется иной подход, нежели автономность (пределы применения которого были уже определены), а именно зависимость арбитражного соглашения от основного контракта как способа разрешения потенциальных споров, связанных с каким-либо конкретным договорным правоотношением, и соответственно переуступаемого вместе с цессией прав по последнему. Анализируя различные ситуации, связанные с действительностью основного контракта и арбитражного соглашения, В.А. Мусин приходит к выводу, что «единственной ситуацией, при которой можно говорить о независимости арбитражной оговорки, включенной в контракт, от остальных его условий, оказывается случай, когда юридически действительная оговорка содержится в недействительном контракте»²⁴. Если же оба эти соглашения действительны, то нет и оснований для юридического «расщепления» договора. В этом случае арбитражная оговорка как бы «следует» за договором. Именно по этому пути пошла современная практика, так как в противном случае недобросовестная сторона имела бы все шансы отказаться от арбитражного соглашения и тем самым воспрепятствовать такой переуступке прав по договору.

Стоит сразу заметить, что вопрос о возможности перехода арбитражного соглашения в случае сингулярного правопреемства в российской судебной практике представляется уже решенным в пользу такой возможности. В информационном письме Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 года № 29 говорится об обязанности государственного суда оставить иск без рассмотрения в случае цессии тогда, когда основным договором содержал третейскую запись о передаче споров по сделке²⁵.

Если бы не всеобщее признание такой возможности, то в теоретическом плане, прибегая к толкованию ст. 384 ГК РФ, можно было бы предположить, что арбитражное соглашение является не *правом* как таковым по смыслу этой статьи, которое можно переуступить без согласия должника, а скорее обязанностью сторон быть связанными избранным ими способом разрешения споров. Нельзя согласиться и с тем, что переуступка арбитражного соглашения осуществляется

²⁴ В.А. Мусин. *Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства* // «Третейский суд». № 4. 2000.

²⁵ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» (п. 15).

в порядке процессуального правопреемства и, следовательно, независимо от согласия оппонента, ведь процессуальное правопреемство может возникать лишь тогда, когда процесс уже идет, а арбитражное соглашение обычно переуступается еще задолго до возникновения спора²⁶. Вопрос о природе правовых норм, в соответствии с которыми осуществляется правопреемство, непосредственно связан с вопросом о природе арбитражного соглашения. От того, какой стороне арбитражного соглашения уделяется большее внимание – гражданско-процессуальной или материально-правовой (в последнем случае о нем говорят как об особом гражданско-правовом договоре, порождающем процессуальные последствия)²⁷, – зависят и выводы о возможности перехода арбитражного соглашения вместе с договором.

Как бы то ни было, в вышеназванном Информационном письме Президиума ВАС РФ отражена преобладающая тенденция российской судебной практики. При этом в нем сделаны два важнейших практических вывода: сохранение установленного порядка разрешения споров не ущемляет прав цессионария и позволяет обеспечить надлежащую защиту интересов должника; к условиям перехода прав к новому кредитору по ст. 384 ГК РФ отнесены условия об избрании определенного арбитража для разрешения возможных споров, т.е. признается, что переуступка арбитражного соглашения является переуступкой права.

В отличие от сингулярного правопреемства (переуступка прав по договору), в случае универсального правопреемства следует выделять: 1) реорганизацию стороны арбитражного соглашения, при которой она сохраняет как статус юридического лица, так и обязательства по всем ранее заключенным сделкам, и 2) ликвидацию, при которой юридическое лицо теряет свою правоспособность, что ведет к прекращению арбитражного соглашения²⁸.

Также необходимо отличать переуступку прав в порядке цессии от факторинга (гл. 43 ГК РФ «Финансирование под уступку денежного

²⁶ *Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу РФ*. Евсиков И.О., Краснопёров О.А., Филькин Е.В. М.: Мангров, 2002. С. 63.

²⁷ Этого подхода придерживался А.И. Минаков.

²⁸ См. например, *определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г.*, в котором был описан случай, когда решение МКАС было отменено на том основании, что между двумя сторонами отсутствовало письменное арбитражное соглашение, т.к. одна из них, вопреки заявлениям другой, не являлась правопреемником – ни в части, ни полностью – лица, ликвидированного в 1992 г. Решения различных судов по этому вопросу см.: Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 70-71.

требования»). И в том и в другом случае кредитор передает свои требования к должнику третьему лицу, т.е. новый кредитор заменяет предыдущего кредитора в обязательстве в объеме переданных ему прав. Важное отличие заключается в том, что в случае факторинга к фактору переходит лишь определенная категория прав. Это права кредитора по денежному требованию. Таким образом, он будет связан арбитражной оговоркой только в отношении споров, вытекающих из перешедшего к нему права. Споры, которые возникают между кредитором и должником после уступки денежного требования, (а для возникновения таких споров есть все основания) будут разрешаться в арбитраже между сторонами по основному договору в соответствии с заключенным между ними арбитражным соглашением²⁹.

Говоря о соотношении арбитражного соглашения и контракта, в котором оно чаще всего содержится, стоило бы также упомянуть о недавнем решении Кассационного Суда Франции по делу *Cimat c. Société des Ciments d'Abidjan*³⁰, которое является блестящим примером возникновения разнообразных ситуаций, связанных с переходом в порядке цессии прав как по основному контракту, так и по арбитражному соглашению. Это решение подверглось острой критике со стороны французских юристов, попытавшихся провести четкие границы между принципами автономии и зависимости арбитражного соглашения от основного договора.

Суть дела в следующем. Компания *CIMAT* (Буркина-Фасо) заключила договор с чешской компанией *Pragoinvest* о строительстве завода по производству бетона. Вскоре компания *Pragoinvest* была признана банкротом, в связи с чем она так и не закончила работ по строительству объекта и переуступила все права требования по подряdnому договору компании из Кот д'Ивуар (*SCA*). Последняя подала иск в международный арбитражный суд при МТП против компании *CIMAT* об оплате произведенных работ, ссылаясь на заключенное между компаниями *CIMAT* и *Pragoinvest* арбитражное соглашение. Оспаривая компетенцию арбитров, *CIMAT* сослалась на два обстоятельства: переуступка прав по договору (и, следовательно, арбитражного соглашения) была произведена после объявления о ликвидации имущества чешской компании, а сам первоначальный договор якобы был заключен между двумя компаниями *intuitu personae* (т.е. когда личность контра-

²⁹ Шмелева-Мата О.В. Указ. соч. С. 89.

³⁰ Решение Кассационного суда Франции (1-я палата по гражданским делам) от 28 мая 2002 г.

гента имеет существенное значение). И парижский апелляционный суд, и кассационный суд Франции, в которых оспаривалось вынесенное МАС МТП решение, отвергли эти доводы, заявив, что, так как арбитражное соглашение должно рассматриваться как соглашение, *не зависящее* от основного контракта, то оно «переходит вместе с ним вне зависимости от перехода материальных прав»³¹.

Именно с такой аргументацией и не согласились французские юристы. По мнению Натали Коапел-Кордонье, автора комментария к этому решению, вопрос об автономности, или независимости, арбитражного соглашения не имеет никакой связи с вопросом о переуступке прав, так как в данном случае речь, скорее, идет о применении арбитражного соглашения к *лицу, которое его лично не заключало*³². Более того, если основываться на *переходе* оговорки, то было бы сложно представить себе ситуацию, что споры между компаниями CIMAT (должником) и Pragoinvest (цедентом) перестанут рассматриваться в арбитраже, так как соответствующее арбитражное соглашение перешло в порядке цессии к другому лицу, причем без перехода тех правоотношений, споры по которым должны рассматриваться в арбитраже.

Соответственно в данном случае было бы более корректно говорить о ситуации, когда сфера действия арбитражного соглашения *ratione personae* была расширена таким образом, что, продолжая действовать в отношениях между компаниями CIMAT и Pragoinvest, оно также было бы применимо к отношениям между CIMAT и SCA. Но в таком случае непонятно, к каким материальным отношениям будет применяться такое соглашение, если материальные права «остались» между первоначальными компаниями. Автор комментария предполагает, что этими отношениями будут отношения, вытекающие из *недействительного перехода прав по основному договору* (в таком случае сфера его действия *ratione materiae* явно ограничена).

Какие бы доводы ни приводились в обоснование этой позиции, ясно одно: налицо совершенно новая правовая ситуация. О том, что арбитражное соглашение переходит вместе с основным договором с некоторыми оговорками, было известно давно. Кассационный суд Франции пошел еще дальше и признал, что оно переходит даже в том случае, когда будет признана недействительной цессия «материальных прав» по основному контракту. Насколько известно, в российских судах подобный вопрос пока еще не рассматривался.

³¹ См. решение и подробный комментарий в *Revue critique de droit international privé*, 91 (4), окт.-дек. 2002 г. С. 759.

Заключение

Таким образом, наличие в арбитражном соглашении своего собственного предмета договора приводит к тому, что недействительность основного договора не ведет автоматически к недействительности содержащегося в нем арбитражного соглашения. Это верно и во многих других случаях, когда основной договор прекратил свое действие, еще не вступил в силу или даже вовсе не был заключен в силу несоблюдения требований, предъявляемых к форме арбитражного соглашения. В этом смысле оно словно «переживает» основной контракт. Такой автономный статус означает также то, что стороны могут договариваться о праве, применимом к арбитражному соглашению.

Признание автономности арбитражного соглашения явилось важной гарантией признания международного коммерческого арбитража как ключевого института в разрешении частных коммерческих споров. Автономность наделяет арбитров юрисдикцией в самый решающий момент, когда создается неопределенность в правах и обязанностях сторон, возникают сомнения в самой действительности или наличии основного контракта.

Тем не менее принцип автономности арбитражного соглашения не означает, что оно является совершенно независимым от основного контракта. Наоборот, в случае, например, уступки прав по договору в порядке цессии используется иной принцип – связанности с основным договором. Этот принцип и был в конечном счете воспринят Высшим арбитражным судом РФ.

Из этого можно сделать вывод о том, что в каком бы виде и контексте ни возникала проблема соотношения арбитражного соглашения и основного контракта – оспаривание действительности оговорки в договоре, отрицание возможности перехода соглашения в случае цессии материальных прав, – концепция автономности арбитражного соглашения должна использоваться максимально гибко, ибо ее целью является наделение компетенцией арбитров и в конечном счете ограждение арбитража от произвольного вмешательства государственных судов.

³² В противном случае суду пришлось бы использовать два критерия одновременно для решения одного и того же вопроса: *зависимости* арбитражного соглашения для обоснования его перехода вместе с основным договором и *независимости* для обоснования его перехода в том случае, когда переход основных прав по договору не имел места.