**Арбитражное соглашение и условия его действительности**

Общеизвестно, что в международной предпринимательской практике принято решать споры и разногласия без обращения к судебным процедурам. Суд часто становится так называемым последним средством, после применения которого на деловых отношениях сторон можно ставить точку. Альтернативным государственному суду и весьма распространенным способом разрешения частноправовых конфликтов во внешнеэкономической деятельности является негосударственное арбитражное (третейское) разбирательство.

Если вы избрали альтернативный государственному способ разрешения спора и решили рассмотреть его арбитражном суде, необходимо знать о том, какие сложности и неожиданности могут вас подстерегать в этом процессе.

Заключив арбитражное соглашение, стороны добровольно принимают на себя обязательство решать свои споры в негосударственном арбитражном порядке, а также добровольно подчиниться арбитражному решению. Это традиция, заметим - вполне правильная, отражающая суть и принципы арбитража. Однако реалии таковы, что главной задачей проигравшей стороне видится соблюдение своих имущественных интересов, уход от взыскания, а не сохранение своего лица перед партнером, в связи с чем возможны случаи, когда контрагент даже при наличии арбитражного соглашения обращается в хозяйственный суд, ссылаясь на отсутствие арбитражного соглашения либо на его недействительность.

Действительность арбитражного соглашения пожалуй, ключевой вопрос третейского разбирательства. Ни один третейский суд не будет работать, если у вас нет действительного арбитражного соглашения (в отличие, кстати, от государственного суда, который может принять дело в рамках своей компетенции и при отсутствии такого соглашения).

В соответствии с п. 3 ст. II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в Нью-Йорке 10.07.1958 г. (далее - Нью-Йоркская конвенция), "суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

Таким образом, Нью-Йоркская конвенция достаточно четко определяет случаи, когда арбитражное соглашение является недействительным, когда оно утратило силу и когда оно не может быть исполнено.

Как свидетельствует белорусская судебная практика, в частности, п. 15 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 02.12.2005 № 31 "О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц", хозяйственный суд рассматривает спор по существу при наличии заключенного между сторонами данного спора арбитражного соглашения независимо от заявления ответчиком ходатайства о передаче спора на разрешение третейского суда, если сочтет, что арбитражное соглашение недействительно.

При этом хозяйственному суду следует оценить действительность арбитражного соглашения, в частности: соблюдена ли письменная форма арбитражного соглашения; соблюдены ли правоспособность и дееспособность сторон; добровольность волеизъявления; не утратило ли оно силу (не был ли спор по этому же предмету спора уже рассмотрен хозяйственным судом) и может ли оно быть исполнено (достаточно ли четко определен арбитражный орган), а также относится ли предмет спора к компетенции арбитражного (третейского) суда.

Исходя из белорусской судебной практики и учитывая мнение известных юристов (В. Хвалея, С. Н. Лебедева, А. И. Минакова и др.), выделим наиболее общие основания признания арбитражного соглашения недействительным.

Так, арбитражное соглашение может быть признано недействительным в случае, когда оно:

- заключено с пороком воли (под влиянием обмана, заблуждения, насилия и т.д.);

- совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью или дееспособностью;

- совершено без соблюдения установленной законом формы;

- не содержит в себе все существенные условия, установленные для арбитражного соглашения, в том числе не содержит явно выраженного намерения передать спор на разрешение арбитража;

- заключено по вопросам, которые не могут являться предметом третейского разбирательства;

- противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже

Порок воли при заключении арбитражного соглашения

Недействительность сделки, совершенной под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или вследствие стечения тяжелых обстоятельств не вызывает сомнения. В соответствии со ст. 180 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК) такая сделка может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего. В то же время недействительность сделки не влечет недействительности включенной в нее арбитражной оговорки (ст. 4 Регламента Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате, утвержденного постановлением Президиума БелТПП 06.06.2000 г.). Согласно ст. 22 Закона Республики Беларусь "О международном арбитражном (третейском) суде" арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, рассматривается как соглашение, не зависящее от других условий договора.

Таким образом, для того чтобы признать арбитражное соглашение недействительным по такому же основанию, как и основную сделку, необходимо доказать невыгодность арбитражного соглашения для одной из сторон. Учитывая же самостоятельность арбитражного соглашения, недействительность основной сделки не влечет недействительность арбитражного соглашения.

В соответствии с точкой зрения А. А. Костина 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 статусом 1 .

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 Российской Федерации "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 регламентах.

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" 2 .

Говоря о всеобщем признании принципа автономности (autonomy, separability, severability), надо сразу оговориться, что ни в Нью-Йоркской конвенции, ни в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, подписанной 21.04.1961 г. в Женеве (далее - Европейская конвенция), этот принцип в чистом виде не закреплен. Отсюда многими авторами делались попытки истолковать положение ст. V (п. 1а) Нью-Йоркской конвенции как устанавливающее возможность применения к арбитражному соглашению права, отличного от права, применимого к основному контракту, и, следовательно, косвенно подтверждающее автономность арбитражного соглашения 3 . 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 недействительно по праву, избранному сторонами, а если оно не избрано, то по праву страны, где решение вынесено.

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 суда 4 .

В последующем 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. Она должна доказать, что недействительность последнего имеет столь серьезные последствия, что содержащееся в нем арбитражное соглашение подвержено тем же самым порокам.

Анализируя практику Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) по данному вопросу, М. Г. Розенберг рассматривает две ситуации 5 . 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 Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" применительно к автономности арбитражного соглашения, ст. 174 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - 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.

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

Совершение арбитражного соглашения с лицом, не обладающим необходимой правоспособностью или дееспособностью

В данной ситуации мы можем вести речь о случаях, когда стороны в арбитражном соглашении были по применимому к ним закону в какой-то мере недееспособны. Это основание содержится в п. 1а ст. V Нью-Йоркской конвенции; п. 1а ст. IX Европейской конвенции и в п. 2а ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ "О международном коммерческом арбитраже" (далее - Типовой закон ЮНСИТРАЛ).

Недееспособность какой-либо стороны определяется по законам всех стран, что соответствует принципам международного частного права, по месту регистрации юридического лица или месту постоянного жительства физического лица. Например, согласно ст. 20 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК РБ) гражданская дееспособность гражданина возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия (18 лет). Правоспособность юридического лица возникает с момента его создания (п. 3 ст. 45), т.е. с момента его государственной регистрации (п. 2 ст. 47).

При заключении арбитражного соглашения физическим лицом, не обладающим необходимой дееспособностью, действуют общие случаи недействительности сделок. В то же время, как указывает Г. К. Дмитриева, 90% арбитражных соглашений заключается между юридическими лицами 6 . В связи с чем, как подчеркивает В. Хвалей, заключая арбитражное соглашение с юридическим лицом, необходимо учитывать правоспособность отдельных видов юридических лиц, поскольку законодательство некоторых государств содержит ограничение на возможность передачи в арбитраж споров, стороной по которому являются, например, государственные органы или государственные предприятия. Заключая арбитражное соглашение с государственным субъектом, не лишним будет проверить, позволяет ли статус данного субъекта заключать такие договоры 7 .

Таким образом, заключая арбитражное соглашение, следует учитывать следующее:

* + - юридическое лицо должно обладать правосубъектностью по своему национальному законодательству и уставу;
	+ - представитель юридического лица (т.е. физическое лицо) должен быть дееспособным;
	+ - представитель юридического лица должен действовать в пределах своих полномочий.

При несоблюдении любого из данных условий мы можем вести речь о том, что юридическое лицо, заключившее арбитражное соглашение, было "в какой-то мере недееспособно" 8 .

Несоблюдение установленной законом формы арбитражного соглашения

Арбитражное соглашение также может быть признано недействительным в случае несоблюдения его формы. Общеизвестными формами соглашения являются устная и письменная (ст. 159 ГК РБ).

Статья II Нью-Йоркской конвенции обязывает государства признавать арбитражные соглашения, только если они были заключены в письменном виде. Статья II (2) устанавливает, что термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами. Следовательно, арбитражное соглашение не обязательно должно быть подписано. Достаточно того, чтобы оно было выполнено в письменном виде, например в корреспонденции.

В то же время законодательство некоторых стран не требует того, чтобы арбитражное соглашение заключалось в письменной форме. Европейская конвенция (ст. 1, 2а) допускает в принципе и иную форму соглашения, поскольку это не противоречит законодательствам государств, к которым принадлежат субъекты соглашения и на территории которых осуществляется производство по делу. Так, согласно ст. I Европейской конвенции "арбитражное соглашение" означает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а 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".

Таким образом, нельзя не согласиться с В. Хвалеем, который указывает на то, что заключение арбитражного соглашения в устной форме не во всех странах будет являться препятствием для использования арбитража как способа разрешения спора.

Однако в отличие от Нью-Йоркской конвенции Европейская конвенция применяется на территории Республики Беларусь не столь широко 9 .

Кроме того, арбитражное соглашение, заключенное в устной форме, не подлежит признанию на основании п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции, согласно которой "каждое Договаривающееся Государство признает 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 правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства".

Однако и Европейская конвенция, и Нью-Йоркская конвенция не указывают на то, что считается соблюдением письменной формы арбитражного соглашения. Этот пробел в некоторой степени разрешается в п. 2 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ, согласно которому "соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает".

Требования Типового закона ЮНСИТРАЛ относительно заключения арбитражного соглашения в письменной форме является вполне закономерным. Ведь поскольку одним из основных последствий арбитражного соглашения как сделки является исключение компетенции государственных судов, что без письменного документа в процессуальном отношении весьма проблематично.

Положения Типового закона ЮНСИТРАЛ были восприняты многими странами мира, в том числе и Республикой Беларусь.

Согласно ст. 11 Закона Республики Беларусь "О международном арбитражном (третейском) суде" арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Оно считается заключенным, если содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена сообщениями с использованием почты или любых иных средств связи, обеспечивающих письменное фиксирование волеизъявления сторон, включая направление искового заявления и ответ на него, в которых соответственно одна сторона предлагает рассмотреть дело в международном арбитражном суде, а другая не возражает против этого. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме, а содержание ссылки делает упомянутую оговорку частью договора.

В данной связи интерес представляет вопрос о судьбе арбитражной оговорки при перемене лиц в обязательстве в силу неоднозначности данной проблемы.

В частности, государственные арбитражные суды Российской Федерации придерживаются точки зрения, согласно которой при уступке прав (цессии) по контракту происходит перемена лиц не только по основному обязательству, но и по арбитражному соглашению, т.е. цессионарий становится также стороной и по арбитражному соглашению. Так, п. 15 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16.02.1998 № 29 "Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц" устанавливает, что Арбитражный суд оставляет без рассмотрения иск в случае цессии тогда, когда основной договор, по которому состоялась уступка права требования, содержал третейскую запись о передаче споров по сделке в международный коммерческий арбитраж.

Вместе с тем существующая в Республике Беларусь судебная практика свидетельствуют об иной точке зрения, в соответствии с которой арбитражная оговорка, содержащаяся в контракте, не является автоматически предметом цессии, а потому не связывает должника и цессионария. Так, согласно п. 5 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23.12.2005 № 34 "О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга" юрисдикция суда при уступке требования и переводе долга будет распространяться на новых лиц в обязательстве только в случае заключения между ними самостоятельного арбитражного соглашения в порядке, предусмотренном законодательством. В случае недостижения между новыми сторонами в обязательстве самостоятельного арбитражного соглашения подведомственность возникшего спора будет определяться в соответствии с общими правилами подведомственности дел.

Данный вывод суда исходит из норм ч. 1 ст. 11 и ч. 1 ст. 22 Закона Республики Беларусь "О международном арбитражном (третейском) суде", согласно которым арбитражное соглашение в виде арбитражной оговорки является отдельным положением гражданско-правового договора, его частью, рассматриваемой как соглашение, не зависящее от других условий договора.

Не менее интересным является вопрос, связанный с прекращением обязательств новацией. Как подчеркивает А. И. Минаков, 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 новации 10 . 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 сторон 11 .

Стороны тем не менее могут договориться о распространении действия арбитражной оговорки на новое обязательство, предусмотрев положение о том, что стороны считают себя связанными условиями арбитражного соглашения, содержащегося к основном договоре.

Исходя из автономности арбитражной оговорки, интерес представляет требование к форме основного договора и арбитражного соглашения и условия их действительности. Так, в известном деле ВТАК "Союзнефтеэкспорт" против "Джок Ойл" бермудская компания "Джок Ойл" ссылается на нарушение требования о наличии двух подписей во внешнеторговом контракте по советскому праву для обоснования того, что контракт не существует как таковой. В решении ВТАК подчеркивает, что хотя из-за несоблюдения формы основной контракт должен быть признан недействительным, арбитражное соглашение продолжает существовать в силу своей автономности. ВТАК признала, что арбитражное соглашение "является процессуальным договором, не зависимым от материально-правового договора, и поэтому вопрос о действительности или недействительности этого договора не затрагивает соглашения" 12 .

Возвращаясь к форме арбитражного соглашения констатируем, что исходя из белорусского законодательства любые соглашения о процедуре арбитражного разбирательства, не согласованные в письменной форме, не должны учитываться при разрешении спора между сторонами. Для того чтобы арбитражное соглашение было действительным, необходимо обязательное письменное фиксирование волеизъявления сторон.

Под простой же письменной формой договора в праве Республики Беларусь понимается форма договора, выраженная в составлении документа (документов), в котором отражено содержание договоренности сторон, подписанного лицами (лицом), совершившими договор, и (или) должным образом уполномоченными лицами (лицом) (п. 1 ст. 161 ГК РБ).

Заключение договоров простой письменной форме осуществляется путем:

* + - составления одного документа, подписанного сторонами;
	+ - обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (п. 2 ст.404 ГК РБ) (в п. 2 ст. 434 ГК РФ наряду с описанными способами связи дополнительно указывается на возможность обмена документами с использованием телефонной связи);
	+ - совершения лицом, получившим письменное предложение заключить договор (оферту), действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товара, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.д.). При этом данные действия считаются акцептом, если иное не предусмотрено законодательством или не указано в оферте (п. 3 ст. 408 ГК РБ).

Существенные условия арбитражного соглашения

Французский профессор А. Лене (Laine А.) и некоторые другие авторы первой половины XX в., являющиеся сторонниками широко известной концепции о природе арбитража, получившей название процессуальной, рассматривают арбитражное соглашение в качестве выражения воли сторон, направленной на передачу спора арбитрам, которые выносят решение при полной независимости и без всякого вмешательства сторон. Французский профессор А. Пилле (A. Pillet) писал, что компромисс (арбитражное соглашение) необходим для наделения арбитров их функциями, однако, поскольку эти функции установлены и при условии, что арбитры не выходят за рамки возложенной на них миссии, их свобода является полной и соображения, лежащие в основе компромисса, не влияют на их решение, которое принимается по совершенно другим мотивам 1 .

Объем условий, подлежащих согласованию в арбитражном соглашении, зависит от избранного сторонами вида международного коммерческого арбитража - институционного или ad hoc.

Некоторые исследователи 2 разделяют такие условия на две группы: существенные и несущественные для рассмотрения спора. Представляется, что использование термина "существенные условия" в данном контексте не совпадает с понятием существенного условия договора в смысле ст. 402 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее - ГК), поскольку неодинаковыми являются последствия отсутствия существенного условия в гражданско-правовом договоре и в арбитражном соглашении.

Как указывает Н. Г. Вилкова, в первом случае договор признается незаключенным, во втором случае возникает невозможность использования согласованного в арбитражном соглашении способа разрешения спора. Поэтому более правильным будет использование термина "существенное условие" с добавлением "для разрешения спора арбитражным путем" или использование термина "жизненно важное условие", "основное условие", "фундаментальное условие" арбитражного соглашения.

Однако, как подчеркивает В. Хвалей, на практике сторона крайне редко делает заявление об условиях арбитражной оговорки, относительно которых должно быть достигнуто соглашение сторон, поэтому логично предположить, что существенными условиями арбитражного соглашения являются предмет арбитражного соглашения, а также иные условия, установленные применимым правом 3 .

Таким образом, прежде всего необходимо в соответствии с применимым национальным законодательством определить предмет арбитражного соглашения.

Согласно Закону Республики Беларусь от 09.07.1999 № 279-З "О международном арбитражном (третейском) суде" (далее - Закон № 279-3) "арбитражное соглашение - соглашение сторон о передаче на рассмотрение международного арбитражного суда всех или отдельных споров, которые возникли или могут возникнуть из связывающего стороны правоотношения. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки (отдельного положения гражданско-правового договора) или в виде самостоятельного договора".

Следовательно, предмет арбитражного соглашения должен содержать:

* + - указание на то, что споры передаются в арбитраж;
	+ - указание на правоотношение, споры по которому передаются в арбитраж.

По утверждению Н. Г. Вилковой, такими существенными условиями для разрешения спора арбитражным путем можно признать два: соглашение сторон об избрании ими именно арбитражного разбирательства, их возможных споров и выбор ими конкретного способа такого разбирательства (институционный или ad hoc), а также выбор определенного центра международного коммерческого арбитража. Именно эти условия означают совпадение объективной воли сторон арбитражного соглашения, и их наличие обеспечивает рассмотрение спора избранным сторонами способом и в избранном ими арбитражном центре, а их отсутствие в арбитражном соглашении не позволяет международному коммерческому арбитражу признать наличие компетенции на разрешение спора. Иные условия (количество арбитров, место и язык арбитражного разбирательства, срок для вынесения решения, национальность и квалификация арбитров и др.) имеют важное значение, однако их отсутствие не делает невозможным разрешение спора международным коммерческим арбитражем, поэтому они не могут быть отнесены к категории существенных условий арбитражного соглашения 4 . Вместе с тем несоответствие указанных условий арбитражному соглашению является основанием для отмены арбитражного решения, что предусмотрено в ст. IX Европейской конвенции, или для отказа в признании и приведении в исполнение такого решения (ст. V. 1 (d) Нью-Йоркской конвенции).

Согласно ст. 12 Закона № 279-3 если стороны не предусмотрели в арбитражном соглашении передачу спора на рассмотрение постоянно действующего международного арбитражного суда, то таким образом при отсутствии соглашения об ином они согласовали и порядок рассмотрения спора в соответствии с арбитражным регламентом.

Не менее важным моментом арбитражного соглашения является определение места арбитража, т.е. страны и города, которые будут считаться местом арбитража. Это вызвано, во-первых, тем, что на арбитраж распространяется арбитражное право страны именно места арбитража. Во-вторых, арбитражное решение может быть отменено, как правило, только в суде страны арбитража и по основаниям, предусмотренным правом этой страны. В-третьих, право страны арбитража применяется для разрешения вопроса действительности арбитражного соглашения. Кроме того, продуманный выбор места арбитража обеспечивает и применение Нью-Йоркской конвенции. При ее подписании ряд стран (точнее - 126) сделали оговорку (оговорку о взаимности), в соответствии с которой положения Конвенции будут применяться только в случае вынесения арбитражного решения на территории страны - участницы Конвенции. Поэтому во всех случаях следует проследить, чтобы местом арбитража не стала страна, не являющаяся участницей Конвенции.

Из первого утверждения следует то важное обстоятельство, что стороны и арбитры не вправе отступать от императивных норм права, регулирующего международный арбитраж, страны места проведения арбитража (например, по новому английскому Арбитражному акту 1996 г. стороны не вправе установить порядок несения расходов до возникновения спора). Из второго вытекает, что стороны должны принять во внимание при выборе места арбитража тот факт, что несмотря на определенную унификацию национальных законодательств в связи с принятием арбитражных законов, основанных на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, основания к отмене судом арбитражных решений могут отличаться и право конкретной страны может предусматривать проигравшей стороне более благоприятные условия для успешного ходатайства об отмене, чем это допускается Европейской конвенцией или Типовым законом ЮНСИТРАЛ. С другой стороны, законодательства некоторых стран 5 допускают заключение сторонами соглашения о полном или частичном исключении оснований для отмены арбитражного решения судом.

Указание на место арбитража значительно увеличивает шансы на "выживание" такого арбитражного соглашения, например: "Все споры по настоящему контракту разрешаются путем арбитража в г. Стокгольме". И наоборот, отсутствие какой-либо определенности в отношении места арбитража увеличивает шансы летального исхода: "Любой спор, возникающий в связи с толкованием настоящего контракта, должен разрешаться составом арбитров, расположенным в любой стране, кроме стран сторон спора" 6 .

В числе существенных условий арбитражного соглашения, как указывает Дмитриева, необходимо указать вид арбитража - институционный арбитраж или арбитраж ad hoc. Если стороны выбрали институционный арбитраж, то необходимо указать точное наименование 7 .

В Российской Федерации, как подчеркивает В. Хвалей, применительно к внутренним третейским судам сложилась практика, согласно которой неуказание на арбитражный институт или способ назначения арбитров влечет за собой недействительность арбитражного соглашения. Одной из причин признания недействительной "бланковой" арбитражной оговорки является то, что при отсутствии определенного в соглашении механизма формирования состава арбитров невозможно будет сформировать арбитражный состав, поскольку непонятно, к закону какой страны необходимо обращаться для определения подобной процедуры. Отметим, "бланковой" в литературе называют оговорку, которая содержит лишь условия, без которых она являлась бы недействительной (может выглядеть следующим образом: "Споры по настоящему контракту разрешаются путем арбитража").

Таким образом, если в арбитражном соглашении отсутствует явно выраженное намерение сторон на передачу спора на рассмотрение арбитража, то это означает, что стороны не договорились о существенном условии, необходимом для действительности арбитражного соглашения. Законодательство многих стран прямо указывает на то, что для действительности арбитражного соглашения требуется явно выраженное намерение сторон о передаче спора на разрешение арбитражем. В связи с этим суды таких стран могут признать недействительным, например, такое арбитражное соглашение: "Все споры по настоящему контракту могут быть рассмотрены путем арбитража".

В частности, арбитражное соглашение, что "все споры, вытекающие из настоящего контракта, в случае невозможности урегулировать их путем переговоров будут разрешаться в арбитражном суде при германско-голландской торговой палате. Если одна из сторон сочтет решение арбитража неудовлетворительным, она может обратиться в государственный суд" было признано недействительным немецким судом в решении, вынесенном в 1973 г., который квалифицировал ссылку на арбитраж как некое соглашение о попытке мирного урегулирования дела до обращения в суд.

Поэтому арбитражное соглашение, как подчеркивает Г. К. Дмитриева, должно быть кратким, но в то же время непротиворечивым, четким и последовательным; без точного наименования избранного арбитража едва ли будет признано действительным арбитражное соглашение. Об этом свидетельствует и судебная практика.

Так, в соответствии с Определением Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 03.09.2002 № 284/11-01, если содержащаяся в гражданско-правовом договоре арбитражная оговорка носит общий характер и не позволяет определить, какой Международный арбитражный суд имели в виду стороны в качестве органа для разрешения споров между ними, а, кроме того, истец не представил доказательств того, что стороны подразумевали в качестве названного органа именно Международный арбитражный суд при БелТПП, состав суда прекращает производство по данному делу.

Учитывая тот факт, что большинство стран приняли акты об арбитраже, основанные на Типовом Законе ЮНСИТРАЛ, укажем на ряд важных моментов, которые нужно учитывать при составлении арбитражной оговорки.

Среди основных моментов можно указать следующие элементы:

* + - необходимые: 1) вид арбитража (включая правильное название институционного арбитража, если стороны избирают этот вид); 2) круг споров, передаваемых на рассмотрение в арбитраж; 3) место арбитража (в арбитражной оговорке ad hoc);
	+ - присутствие которых желательно и рекомендуемо в арбитражной оговорке: 4) число арбитров, их национальность и квалификационные требования; 5) право, применимое к существу спора; 6) язык производства; 7) право, применимое к арбитражному соглашению;
	+ - могут присутствовать в арбитражной оговорке в зависимости от таких факторов, как специфика контракта, отношения сторон и вид арбитража: 8) правила процедуры; 9) полномочия арбитров разрешать спор по справедливости или в качестве дружеских посредников (возможность отступать от норм права); 10) иные вопросы (оговорка об исключении возможности оспаривания арбитражного решения; порядок распределения арбитражных расходов и т.д.).

С целью облегчить задачу по составлению текста арбитражной оговорки регламенты институциональных арбитражей, а также Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ предусматривают типовые арбитражные соглашения, включение которых в текст обеспечивает безусловную передачу спора в соответствующий арбитраж и возбуждение арбитражной процедуры. В Республике Беларусь создан лишь один постоянно действующий международный арбитражный суд - Международный арбитражный суд при БелТПП, при обращении в который также целесообразно воспользоваться рекомендованной арбитражной оговоркой.

Арбитрабельность спора

Одним из оснований признания арбитражного соглашения недействительным является неарбитрабельность предмета спора, выражающаяся в невозможности передать для арбитражного рассмотрения спор, определенный в арбитражном соглашении.

Как указывает В. Хвалей, арбитрабельность спора определяется нормами применимого национального законодательства. При определении того, является ли предмет спора арбитрабельным, необходимо учитывать право:

* + - страны, названное сторонами в качестве применимого к арбитражному соглашению;
	+ - государства места вынесения решения;
	+ - государств - сторон спора 8 .

Арбитражное соглашение является недействительным, если предмет спора является неарбитрабельным по праву хотя бы одной из вышеуказанных стран. В ситуации, когда право вышеуказанных стран позволяет передать конкретный спор на разрешение арбитража, однако такой спор неарбитрабелен по законодательству места исполнения арбитражного решения, такое решение нельзя будет исполнить в этой стране. "В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны" (п. 2 (а) ст. V Нью-Йоркской конвенции).

Общие критерии арбитрабильности споров определены ст. 4 Закона № 279-3, в международный арбитражный суд по соглашению сторон могут передаваться гражданско-правовые споры между любыми субъектами права, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если местонахождение или местожительство хотя бы одного из них находится за границей Республики Беларусь, а также иные споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на разрешение международного арбитражного суда и если это не запрещено законодательством Республики Беларусь.

Как подчеркивает Н. Г. Юркевич, председатель Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате, в настоящее время наблюдается значительное расширение компетенции международного арбитражного (третейского) суда. Данное расширение компетенции выражается в том, что в силу ч. 2 ст. 4 упомянутого Закона к ведению МАС при БелТПП относятся также иные (внутренние) споры экономического характера, т.е. споры между резидентами Республики Беларусь, если существует соответствующее соглашение сторон и нет специального запрета со стороны белорусского законодательства 9 .

В то же время анализ вышеуказанной нормы позволяет сделать вывод о том, что спор не может быть передан на рассмотрение арбитражного (третейского) суда в силу прямого запрета, установленного законодательством. В частности, в соответствии с ч. 2 ст. 19 Закона Республики Беларусь от 18.07.2000 № 423-З "Об экономической несостоятельности (банкротстве)" дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд.

Как указывает О. Н. Толочко, арбитражное соглашение может быть признано недействительным, если соответствующее национальное процессуальное законодательство содержит прямой запрет на арбитраж для данного конкретного спора либо устанавливает исключительную подсудность государственных судов по данной категории дел 10 . В этом случае вынесенное арбитражем решение может быть отменено в государстве, где или по закону которого оно вынесено.

По общему правилу не передаются на разрешение арбитража: споры, связанные с нарушением антимонопольного законодательства; законодательства о патентах, товарных знаках, интеллектуальной и промышленной собственности; споры, связанные с налоговыми и иными административными отношениями (лицензирование, ликвидация юридических лиц и т.п.); споры, предмет которых связан с законодательством о ценных бумагах и правах на недвижимое имущество, а также споры, связанные с трудовым законодательством 11 .

Во внутреннем законодательстве определяется круг споров, которые подлежат рассмотрению международным коммерческим арбитражем. Так, согласно п. 1 ст. 10 ГК защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет суд, хозяйственный суд, третейский суд в соответствии с подведомственностью, установленной процессуальным законодательством, а в предусмотренных законодательством случаях - в соответствии с договором.

В соответствии со ст. 39 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь (далее - ГПК) в случаях, предусмотренных актами законодательства или международными договорами Республики Беларусь, спор, возникающий из гражданских правоотношений, по согласованию сторон может быть передан на разрешение третейского суда. В то же время ст. 48 ГПК установлена исключительная подсудность по определенной категории споров. Следовательно, они не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

В частности, иски о правах на земельные участки, здания, помещения, сооружения, другие объекты, прочно связанные с землей, а также об освобождении имущества от ареста предъявляются по месту нахождения этих объектов или арестованного имущества. Иск кредитора наследодателя, предъявляемый до принятия наследства наследниками, подсуден суду по месту нахождения наследственного имущества или основной его части. Иск к перевозчику, вытекающий из договора перевозки грузов, пассажиров и багажа, предъявляется по месту нахождения перевозчика, к которому в установленном порядке была предъявлена претензия или должна быть предъявлена претензия.

Вместе с тем нельзя не согласиться с В. Хвалеем, который указывает, что данные нормы не делают невозможным арбитрабельность данных споров. Ведь норма ст. 48 ГПК не устанавливает исключительную подведомственность каких-либо споров гражданско-правового характера общим судам. Нормы об исключительной подсудности, указанные выше, устанавливают правила о том, какой именно из судов общей юрисдикции должен рассматривать гражданско-правовой спор в случае, если дело попадает в систему судов общей юрисдикции, но не касаются вопросов подведомственности.

Статья 236 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь (далее - ХПК) устанавливает правила исключительной компетенции хозяйственных судов по делам с участием иностранных лиц.

Правила исключительной компетенции определяют, что суды других государств не вправе принимать к рассмотрению перечисленные выше споры. В этом случае вступает в силу норма абзаца 4 ч. 1 ст. 248 ХПК, согласно которой хозяйственный суд отказывает в принятии и приведении в исполнение решения иностранного суда, если рассмотрение дела отнесено к исключительной компетенции хозяйственного суда Республики Беларусь.

С точки зрения Т. Н. Нешатаевой, арбитражное соглашение является одной из разновидностей пророгационных соглашений 12 . В соответствии же с п. 10 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 02.12.2005 № 31 "О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц" пророгационным соглашением не может быть изменена исключительная компетенция хозяйственных судов, установленная законами Республики Беларусь или международными договорами Республики Беларусь.

Так, согласно международным договорам исключительно хозяйственными судами рассматриваются:

* + - иски субъектов предпринимательской деятельности о праве собственности на недвижимое имущество, находящееся на территории Республики Беларусь (п. 3 ст. 4 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, Киев, 20.03.1992);
	+ - иски к перевозчикам - по месту нахождения органа транспорта, к которому предъявляется претензия в Республике Беларусь (п. 3 ст. 20 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, Минск, 22.01.1993; п. 3 ст. 22 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, Кишинев, 07.10.2002);
	+ - дела о признании недействительными полностью или частично актов государственных и иных органов, не имеющих нормативного характера, а также о возмещении убытков, причиненных хозяйствующим субъектам такими актами или возникших вследствие ненадлежащего исполнения указанными органами своих обязанностей по отношению к хозяйствующим субъектам, если указанный орган находится в Республике Беларусь (п. 4 ст. 4 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, Киев, 20.03.1992).

Для того чтобы не создавать двусмысленности при разрешении вопроса о том, обладают ли арбитры компетенцией в рассмотрении определенной категории споров по договору, рекомендуемая оговорка может предусматривать следующее: "Все споры и разногласия, возникающие по настоящему контракту или в связи с ним, за исключением споров, которые специально оговорены в контракте как изъятые из сферы арбитражного разрешения, подлежат окончательному разрешению арбитражем". Такая оговорка в качестве общего правила предусматривает компетенцию арбитража и только в исключительных случаях оставляет место юрисдикции общего суда.

Следовательно, в соответствующих пунктах договора необходимо отметить, какие споры не могут быть предметом арбитражного разбирательства. Однако подход должен быть крайне осторожным, чтобы не создать ситуацию, по которой требованиям истца нельзя будет противопоставить встречные требования ответчика как выходящие за рамки арбитражного соглашения. В некоторых арбитражных оговорках стороны используют обратный принцип: арбитражная оговорка формулируется ограничительно, путем перечисления конкретных категорий споров, подлежащих передаче в арбитраж. Так, например, оговорка, по которой "все споры относительно качества поставленного товара будут рассматриваться в арбитраже", может быть истолкована как исключающая арбитражное рассмотрение споров, касающихся общего соответствия поставки условиям договора. Требование о возмещении убытков, связанных с односторонним расторжением договора из-за существенного нарушения его условий - поставки товара, не соответствующего условиям договора, помимо условия о качестве, может не подпадать под данную арбитражную оговорку.

Противоречие императивным нормам применимого законодательства о международном арбитраже

Следует отметить, что в законодательстве, регулирующем международный арбитраж, нередко содержатся императивные нормы, несоблюдение которых может повлечь за собой недействительность арбитражного соглашения.

Как подчеркивает В. Хвалей, одна из таких достаточно распространенных норм устанавливает принцип, в соответствии с которым предоставление арбитражным соглашением одной стороне процессуального преимущества перед другой стороной является недействительным 13 .

В практике, как указывает О. Н. Толочко, имели место арбитражные соглашения, предоставляющие лишь одной стороне право обратиться в арбитраж 14 . Такая оговорка была предметом рассмотрения в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в 1994 г. 15 Стороны агентского соглашения подписали протокол, в котором зафиксировали факт выполнения агентом своих обязанностей, а также срок, в пределах которого принципал обязался уплатить предусмотренное агентским соглашением вознаграждение. Протокол содержал, кроме того, условие, согласно которому в случае неуплаты в срок вознаграждения агент вправе "обратиться с иском в арбитраж по своему выбору". Принципал отказался уплатить вознаграждение, а агент обратился с иском в арбитражное учреждение третьей страны, известное своей высокой репутацией. Принципал отрицал компетенцию этого учреждения, как и действительность арбитражной оговорки, ссылаясь в частности на ее односторонность. По мнению В. С. Позднякова, возражения принципала подлежали отклонению, поскольку "односторонность" арбитражной оговорки была обусловлена "односторонностью" правоотношения, ставшего предметом спора. Однако аргументы ответчика в части, касающейся компетенции конкретного арбитражного учреждения, все же имеют основания. В данной ситуации наиболее целесообразным было бы применение Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, подписанной в Женеве 21 апреля 1961 г., и формирование арбитража в соответствии с предусмотренными в ней механизмами.

Недействительной может быть признана и альтернативная арбитражная оговорка при условии предоставления выбора между арбитражем и государственным судом только лишь одной стороне. В ситуации, когда одна из сторон находится в более слабой коммерческой позиции по отношению к стороне, которая обладает альтернативным правом выбора, возрастает возможность признания "односторонней" альтернативной оговорки недействительной 16 .

Но некоторые авторы выражают иную точку зрения на данный вопрос. В частности, они считают, что двусторонняя альтернативная оговорка является, безусловно, патологической, поскольку предоставляет обеим сторонам возможность выбора. Опасность заключается в том, что если одна из сторон инициирует спор в арбитраже, а вторая сторона предъявит иск (заявляет встречные требования) не в том же арбитраже, а в государственном суде, возникает риск вынесения двух решений, которые будут по своему смыслу противоречить друг другу 17 .

Заключение

Арбитражное соглашение, являясь выражением свободного выбора сторонами альтернативного и автономного от государства способа разрешения споров, имеет большое значение не только для определения выбора способа разрешения спора, компетенции соответствующего центра международного коммерческого арбитража, но и для обеспечения его последующей реализации как на стадии разрешения спора, так и на стадии исполнения вынесенного международным коммерческим арбитражем решения. В связи с этим так важно составить арбитражное соглашение в качестве работающего механизма по разрешению коммерческих споров, избежав оснований для его признания недействительным.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1 Кейлин А. Д. Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств // Ч. 3. Арбитраж. - С. 56.

2 Мата О. Арбитражное соглашение и разрешение споров в международных коммерческих арбитражах // М.: Права человека, 2004. - С. 16.

3 Хвалей В. Как "убить" арбитражное соглашение // Промышленно-торговое право, 2004. - № 1.

4 Вилкова Н. Г. Арбитражное соглашение и его влияние на эффективность разрешения споров в международном коммерческом арбитраже // WWW.ARD-CHECCHI.KG

5 Закон Швейцарской Конфедерации о международном частном праве от 18 декабря 1987 года (BBl 1988 I 5) // http://old.cisg.ru/content/ru/ipr/national.html

6 Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration, Kluwer Law International. P. 267.

7 Дмитриева Г. К. Международный коммерческий арбитраж // Учебно-практическое пособие. - М.: ПРОСПЕКТ, 1997. - С. 40.

8 Хвалей В. Как "убить" арбитражное соглашение // Промышленно-торговое право, 2004. - № 1.

9 Юркевич Н. Г. Международный арбитражный суд: оптимальные условия разрешения споров (Авдеева Л. С., Юркевич Н. Г.) // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 (Электронный ресурс) ООО "ЮрСпектр", Минск.

10 Толочко О. Н. Международный коммерческий арбитраж // Гродно: Издательство Гродненского филиала "Негосударственного института современных знаний", 1997. - С. 39.

11 Научно-практический комментарий к Хозяйственному процессуальному кодексу Республики Беларусь // КонсультантПлюс: Беларусь. Технология 3000 (Электронный ресурс) ООО "ЮрСпектр", Минск.

12 Нешатаева Т. Н. Международный гражданский процесс // Учеб. пособие. - С. 119-120.

13 Хвалей В. Как "убить" арбитражное соглашение // Промышленно-торговое право, 2004. - № 1.

14 Толочко О. Н. Международный коммерческий арбитраж // Гродно: Издательство Гродненского филиала "Негосударственного института современных знаний", 1997. - С. 39.

15 Поздняков В. С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации // М., 1996. - С. 18.

16 "Validity of Optional Arbitration Clause Questioned", contributed by Castren & Snellman to International Law Office - Legal Newsletter, September 12, 2002.

17 Хвалей В. Как "убить" арбитражное соглашение // Промышленно-торговое право, 2004. - № 1.