

М.М. МАЛЬСЬКИЙ. ВИЗНАННЯ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ НЕДІЙСНОЮ

У статті розглянуто питання недійсності арбітражної угоди, визначені етапи, на яких виникає дане питання, досліджені підстави для визнання арбітражної угоди недійсною.

Ключові слова: міжнародний комерційний арбітраж, арбітражна угода, недійсність арбітражної угоди.

В статье рассмотрен вопрос недействительности арбитражного соглашения, определены этапы, на которых возникает данный вопрос, исследованы основания для признания арбитражного соглашения недействительным.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, арбитражное соглашение, недействительность арбитражного соглашения

This article analyses the issue of invalidity of the arbitration agreement, marks out the stages on which this matter arises, examines the grounds for invalidity of the arbitration agreement.

Key words: international commercial arbitration, arbitration agreement, invalidity of the arbitration agreement.

Арбітражна угода як інститут міжнародного комерційного арбітражу, зобов'язує її сторони подати спір, що охоплюється нею, на розгляд третейському суду, одночасно перешкоджаючи розглядати відповідний спір в державному суді. Дійсна арбітражна угода є, по-перше, правовою основою і правовим джерелом набуття третейським судом своєї компетенції розглядати конкретний спір, а по-друге, умовою дійсності та юридичної сили арбітражного рішення, винесеного по цьому спору¹.

Суттєвою перешкодою на шляху розгляду спору в міжнародному комерційному арбітражі є можлива недійсність арбітражної угоди. Заперечення компетенції арбітражного суду, за звичай, ґрунтується на недійсності арбітражної угоди. Водночас, недійсність арбітражної угоди не є єдиною підставою оспорування компетенції арбітражного суду. Втрата чинності чи неможливість виконання арбітражної угоди також перешкоджають арбітражному розгляду.

Сторона може заявити заперечення проти розгляду справи в арбітражному суді до, під час, або після арбітражного розгляду. Відповідно, на цих же етапах може розглядатися питання дійсності арбітражної угоди.

Відповідні правові норми, що регулюють питання дійсності арбітражної угоди і визначають підстави визнання арбітражної угоди недійсною містяться в національному законодавстві і міжнародних правових актах. Щодо останніх, то основними є – Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року (далі – Нью-Йоркська конвенція), Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року і Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж 1985 року (далі – Типовий закон ЮНСІТРАЛ), який був імплементований в Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» №4002-ХІІ від 24.02.1994.

Питання дійсності арбітражної угоди може вирішуватися як державним судом, так і третейським. Так, згідно доктрини «компетенції-компетенції», третейський суд, приймаючи рішення стосовно своєї компетенції, розглядає також питання дійсності арбітражної угоди.

Питання про дійсність арбітражної угоди вирішується державним судом: а) при пред'явленні позову до нього всупереч наявності арбітражної угоди (п. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції, п. 1 ст. 8 Типового закону ЮНСІТРАЛ); б) при розгляді звернення до нього в порядку п. 3 ст. 16 Типового закону ЮНСІТРАЛ; в) при розгляді заяви про скасування арбітражного рішення (пп. 1 п. 2 ст. 34 Типового закону ЮНСІТРАЛ) або визнання / виконання арбітражного рішення (пп. 1 п. 1 ст. 36 Типового закону ЮНСІТРАЛ, пп. а п. 1 ст. V Нью-Йоркської Конвенції).

Незважаючи на те, що питання дійсності арбітражної угоди може постати неодноразово, підстави недійсності арбітражної угоди, які застосовуються при цьому, на всіх етапах є ідентичними.

Єдиним винятком є перший етап, на якому державний суд вирішує питання про те чи він може розглядати спір по суті чи повинен, за заявою заінтересованої сторони, передати його на розгляд третейському суду. На цьому етапі обсяг перевірки дійсності арбітражної угоди є мінімальним і обмежується перевіркою наявності «дефектів волі». Тобто, державний суд може визнати арбітражну угоду недійсною на цьому етапі лише з обмеженого кола причин, а саме: «примусу, помилки, обману, відмови чи суперечності фундаментальним принципам»².

У цьому контексті, як зауважує Б. Карабельников, існує найсерйозніша суперечність між російським і англійським (а також французьким) текстом Нью-Йоркської конвенції³. У п. 3 ст. II англійського варіанта Конвенції вказується термін «null and void», що насправді означає «нікчемність», а не «недійсність». Автори Конвенції насправді мали на увазі саме «нікчемність», а не «недійсність», що підтверджується пп. а п. 1 ст. V Конвенції, де в англійській версії вживається інший термін («void»), а в російській версії, знову ж таки, – «недійсність». Аналогічна помилка міститься і в російському варіанті п. 1 ст. 8 Типового закону ЮНСІТРАЛ, а також в п. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

Отже, формально, застосування українськими судами повного перегляду арбітражної угоди на предмет її недійсності, відповідно до п. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та п. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції є виправданим і ґрунтується на тому, що в українській та російській версії відповідних документів міститься саме термін «недійсність», а не «нікчемність». Проте, враховуючи, що автори Нью-Йоркської конвенції, як і Типового закону ЮНСІТРАЛ, мали на увазі саме «нікчемність» (що підтверджується англійськими / французькими варіантами документів, які є однаково автентичними з російськими) вважаємо за доцільне внести відповідні зміни в п. 1 ст. 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» та застосовувати на практиці п. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції саме в розумінні англійської та французької версії.

Більше того, існує думка, що не тільки до арбітражного розгляду, але й на інших етапах (під час арбітражного розгляду і після нього) арбітражна угода може визнаватись недійсною «лише в очевидних випадках»⁴. М. Богуславський зауважує, що арбітражна угода може бути визнана недійсною лише в тому випадку, якщо в ній будуть виявлені дефекти волі (помилка, обман і т.п.), порушення вимог закону до змісту і форми укладеної арбітражної угоди⁵.

Можна стверджувати, що в іноземній літературі та судовій практиці на сьогоднішній день сформувалася презумпція дійсності арбітражної угоди. Визнання арбітражної угоди недійсною чи скасування / невиконання рішення, винесеного на її підставі в значній мірі залежить від дій сторони, яка оспорує дійсність арбітражної угоди. Арбітраж чи суд за відсутності спору, щодо дійсності

арбітражної угоди рідко розглядає це питання з власної ініціативи. Так, до арбітражного розгляду державний суд розглядатиме питання дійсності арбітражної угоди лише в тому випадку, якщо сторона арбітражної угоди звернеться в суд, всупереч цій угоді. Під час арбітражного розгляду, якщо арбітражний суд визнає себе компетентним розглядати спір і тим самим визнає дійсність арбітражної угоди, то сторона має право оскаржити відповідну постанову арбітражного суду, винесену як питання попереднього характеру. Тобто від дій сторони залежить чи суд буде розглядати питання дійсності арбітражної угоди на цьому етапі. Після арбітражного розгляду саме сторона арбітражної угоди, яка оспорює її дійсність, повинна поставити відповідне питання і подати належні докази суду при процедурі скасування чи визнання/виконання арбітражного рішення.

При вирішенні питання дійсності арбітражної угоди постає проблема визначення права, яке підлягає застосуванню. Пп. а п.1 ст.V Нью-Йоркської конвенції передбачає, що у визнанні і виконанні арбітражного рішення може бути відмовлено при недійсності арбітражної угоди за законом, якому сторони цю угоду підпорядкували, а в разі відсутності такої вказівки, – за законом держави, де рішення було винесено. Аналогічне положення міститься і в пп. 1 п. 1 ст. 36 Типового закону ЮНСІТРАЛІ, звідки воно було імплементовано і в Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж». З цієї ж підстави (недійсність арбітражної угоди) відповідно до пп. 1 п. 2 ст. 34 Типового закону ЮНСІТРАЛІ, арбітражне рішення може бути скасоване державним судом.

На перший погляд вказане вище положення чітко визначає право на підставі якого визначається дійсність арбітражної угоди. Проте, проблема полягає в тому, що, за звичай, арбітражна угода не передбачає право, яке застосовується до неї. М. Рос вказує, що при цьому слід застосовувати право, яке застосовується до основного договору, якщо тільки сторони прямо не передбачили інше⁶. Так, у справі, що розглядалася в німецькому суді суд, було зазначено, що хоч, сторони обрали японське право, як право, що застосовується до контракту, такий вибір можна розцінити як опосередкований вибір і права, що застосовується до арбітражної угоди⁷.

Водночас У. Хаас стверджує, що вибір права стосовно основного договору, який містить арбітражну угоду, як правило, не означає вибір права стосовно арбітражної угоди. У більшості правових системах розрізняється право, яка регулює основний контракт і арбітражну угоду⁸. Б. Карабельников наголошує, що автоматичне поширення норм матеріального права, вибраного сторонами, на вирішення питання дійсності арбітражної угоди недопустиме в силу принципу автономності арбітражної угоди. Тільки якщо в документі, підписаному сторонами, міститься пряма вказівка про те, що обране сторонами право підлягає застосуванню і до питання дійсності арбітражного рішення, арбітри можуть оцінювати дійсність основного договору і арбітражної угоди за однаковими нормами⁹.

Г. Борн, підсумовуючи дискусію, стосовно того чи варто поширювати вибір права, що застосовується до контракту, на арбітражну угоду, зазначив, що «вибір права, що застосовується до арбітражної угоди (за відсутності прямого вибору), за звичай, вимагає вибору між двома альтернативами – матеріальне право, що застосовується до контракту або право місця арбітражного розгляду (презюмуючи, що це право відрізняється від права, що застосовується до контракту)».

Отож, хоч Нью-Йоркська конвенція та Типовий закон ЮНСІТРАЛІ передбачають, яке право слід застосовувати до визначення дійсності арбітражної угоди після арбітражного розгляду при скасуванні, визнанні і виконанні арбітражного рішення, на практиці часто виникають труднощі з визначенням цього права. Водночас,

п.3 ст.ІІ Нью-Йоркської конвенції, як і п.1 ст.8 Типового закону ЮНСІТРАЛ, не визначає право, яке слід застосовувати суду при вирішенні питання дійсності арбітражної угоди до початку арбітражного розгляду. Б.Карабельников зазначає, що про цю проблему в різний час висловлювалися різні думки, проте останнім часом домінує тенденція, згідно з якою державні суди держав-учасниць Нью-Йоркської конвенції при вирішенні питання дійсності арбітражної угоди, згідно з ст.ІІ Конвенції, повинні застосовувати колізійні норми пп.а п.1 ст.V Нью-Йоркської конвенції. Хоча ця тенденція є домінуючою, в деяких державах (наприклад, в США) суди для вирішення цього питання застосовують місцеве законодавство¹⁰.

Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року (далі – Європейська конвенція) більш чітко регулює питання права, яке слід застосовувати при визначенні дійсності арбітражної угоди. Пп. 2 ст. VI Конвенції передбачає, що при винесенні питання про наявність чи дійсність арбітражної угоди державні суди, в яких виникає таке питання, повинні керуватися, якщо питання стосується правоздатності сторін, законом, який до них застосовується, а з інших питань: а) законом, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду; б) за відсутності вказівки стосовно цього – законом держави, в якій повинно бути винесено рішення; в) за відсутності вказівок на закон, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду, і якщо в той момент, коли це питання постало перед державним судом, неможливо визначити, в якій державі повинно бути винесено арбітражне рішення, – законом, який застосовується в силу колізійних норм державного суду.

Таким чином, державним і третейським судами забезпечується багатоступеневий контроль того, щоб арбітражний розгляд відбувався на підставі дійсної арбітражної угоди. Вже на стадії укладання арбітражної угоди слід врахувати, що її дійсність може бути перевірена як третейським судом, так і державним судом. При цьому, можливе застосування різного права на різних етапах перевірки дійсності арбітражної угоди. Тобто, сторонам слід врахувати ризик того, що навіть, якщо арбітражний суд визнає арбітражну угоду дійсною, а державний суд місця арбітражу не скасує арбітражне рішення, прийняте на підставі такої угоди і тим самим підтвердить дійсність арбітражної угоди, то суд країни визнання / виконання арбітражного рішення може, застосовуючи при цьому інше право, визнати арбітражну угоду недійсною.

Повернемося до питання підстав недійсності арбітражної угоди. В.Чубарев зауважує, що для вирішення питання про дійсність арбітражної угоди застосовуються ті самі критерії, що й для звичайного контракту. Додаючи, що арбітражна угода повинна бути укладена в належній формі дієздатними особами, що мають необхідні повноваження для укладання цієї угоди, а угода не повинна містити дефекти волі, форми або змісту¹¹. Водночас не слід забувати в цьому контексті і про принцип автономності арбітражної угоди. Саме завдяки цьому принципу ми можемо говорити окремо про проблемах дійсності арбітражної угоди і права, що застосовується для вирішення цього питання.

М.Мос на підставі аналізу п.1 ст.ІІ Нью-Йоркської конвенції виділяє три необхідні умови дійсності арбітражної угоди: а) вимога письмової форми; б) вимога визначення конкретних правових відносин; в) можливість вирішення арбітражем. Ці ж умови дійсності арбітражної угоди виділяють А. Редферн і М. Хантер¹². Г. Борн розділяє формальну та матеріальну дійсність арбітражної угоди. Виділимо наступні підстави визнання недійсною арбітражної угоди: недо-

тримання вимог, щодо змісту арбітражної угоди; недотримання вимоги, щодо форми арбітражної угоди; відсутність повноважень сторін або дефект волі.

Так, для дійсності арбітражної угоди необхідно, щоб вона відповідала мінімальним вимогам стосовно її змісту, щоб зі змісту арбітражної угоди було чітко видно волю сторін на передачу спору саме в арбітраж. Можна виділити наступні істотні умови арбітражної угоди: а) згода на передачу певних спорів на вирішення третейського суду; б) визначення кола правовідносин, спір з яких передається на вирішення третейського суду; в) вид арбітражу: арбітраж *ad hoc* чи постійно діючий арбітражний орган, компетентний розглядати спір.

Правовим наслідком того, що одна із суттєвих умов арбітражної угоди не буде узгоджена сторонами, може бути визнання цієї угоди недійсною або такою, що не може бути виконаною. Що ж стосується правових наслідків відсутності в арбітражній угоді факультативних умов, то це не може бути підставою для визнання арбітражної угоди недійсною, тому що такі додаткові умови можуть бути узгоджені сторонами в ході вирішення спору, а деякі з них вирішені складом третейського суду. Щодо вимоги до форми арбітражної угоди, то арбітражна угода має бути укладена в письмовій формі, хоча ряд юрисдикцій визнають арбітражну угоду і в усній формі. Вимогу до письмової форми арбітражної угоди слід трактувати широко. Типовий закон ЮНСІТРАЛ і Нью-Йоркська конвенція надають сторонам широкі можливості стосовно способу укладання арбітражної угоди.

Важливим питанням є дієздатність і повноваження сторін на укладання арбітражної угоди. Якщо сторона арбітражної угоди уклала її, не маючи відповідних повноважень чи дієздатності, це є підставою для визнання такої угоди недійсною. Водночас, ця підстава недійсності арбітражної угоди не є беззаперечною. Судова і арбітражна практика показує, що навіть за відсутності повноважень на укладання арбітражної угоди вона може бути визнана дійсною, наприклад у зв'язку із фактом виконання умов основного договору в якому вона міститься.

Передача спору на розгляд третейському суду – це право сторін, а не обов'язок. Призюмується, що сторони, які уклали арбітражну угоду діють з власної волі і свідомі своїх дій. Водночас, часом на практиці може бути навпаки, тоді має місце «дефект волі» сторін арбітражної угоди.

Цивільне право більшості держав передбачає можливість визнання недійсною угоди, укладеною без вільного волевиявлення сторін. Так, наприклад, в п.3 ст. 203 Цивільного кодексу України серед загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину зазначається і наступна вимога – волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Недодержання цієї вимоги є підставою недійсності правочину відповідно до п.1 ст.215 Цивільного кодексу України. Недійсний правочину не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю (п.1 ст.216 Цивільного кодексу України).

Дефект волі сторони арбітражної угоди може полягати в тому, що сторона арбітражної угоди уклала її під впливом: а) примусу; б) обману чи в) помилки. Визнання арбітражної угоди недійсною з цих причин прямо не передбачено ані Нью-Йоркською, ані Європейською конвенціями. Не містяться відповідні норми і в Типовому законі ЮНСІТРАЛ. Водночас, не виникає сумнівів, що арбітражна угода укладена під впливом примусу, обману чи помилки є недійсною.

Українське законодавство, як і законодавство більшості держав, не передбачає окремих норм, щодо визнання недійсною арбітражної угоди з причини примусу, обману чи помилки. Водночас, відповідно до ст. 229-231 Цивільного кодексу

України правочин може бути визнаний недійсним, якщо він вчинений під впливом помилки, обману чи насильства. Доцільно відповідні положення застосовувати і до недійсності арбітражної угоди.

Г. Борн зауважує, що сторони арбітражної угоди рідко оспороюють її дійсність по причині примусу чи обману у тому числі і тому, що принцип автономності арбітражної угоди відіграє особливу роль в цьому випадку. Так, визнання основного контракту недійсним у зв'язку з тим, що він був укладений під впливом обману, не веде за собою автоматичної недійсності арбітражного застереження, яке міститься в цьому контракті. Сторона, яка стверджує, що арбітражна угода є недійсною з причини обману повинна довести недійсність саме арбітражної угоди. Наприклад, якщо сторону ввели в оману стосовно товару чи його якості, то це не має нічого спільного з механізмом вирішення спору, і спір може бути переданий на вирішення третейського суду попри недійсність основного контракту¹³. Визначальною справою з цього приводу в США є *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* у якій суд вирішив, що доводи відповідача про те, що контракт між сторонами, який містив арбітражне застереження, укладений під впливом обману не є запереченнями проти самої арбітражної угоди. Внаслідок цього арбітражний суд, на відміну від державного, є компетентний розглядати і вирішити наявність обману¹⁴.

Частіше постає питання «помилки», як підстави до визнання арбітражної угоди недійсною. Згідно з французькою судовою практикою, у випадку, коли сторона арбітражної угоди не знала, що існує зв'язок між арбітром та іншою стороною, така необізнаність є помилкою в результаті якої арбітражна угода має бути визнана недійсною. Проте, існують і протилежні приклади. Так, у справі, яку розглядав Апеляційний суд м. Париж, позивач стверджував, що він не знав на час укладання арбітражної угоди, що віце-президент Арбітражного суду при Міжнародній торговельній палаті є юристом протилежної сторони, і просив суд визнати арбітражну угоду недійсною з підстави помилки або обману. Проте, суд відмовив у цьому клопотанні, так як «не було чітко встановлено, що на момент укладання контрактів, які містили арбітражне застереження, віце-президент Арбітражного суду вже працював як юрист відповідача»¹⁵.

Якщо арбітражне застереження міститься в контракті між фізичною і юридичною особою і є підстави вважати, що фізична особа, підписуючи даний незвичний для неї контракт, не була свідомою того, що для контракту з низькою ціною спосіб арбітражного вирішення спору є мало підходящим і в зв'язку з цим право на захист цієї особи може вважатися порушеним, то є імовірність, що державний суд всупереч такій арбітражній угоді розгляне спір по суті. Тобто, якщо фізична особа, якій не відомі реалії міжнародного комерційного арбітражу, підписує контракт, що містить арбітражне застереження, то скоріш за все така особа діє під впливом помилки, не підозрюючи наскільки дорогим та неефективним є міжнародний арбітраж в контексті незначної «побутової угоди». Тобто, має місце дефект волі, що веде за собою недійсність арбітражної угоди.

У країнах загального права сформувалася доктрина *forum non conveniens*, згідно з якою форум (арбітраж чи суд), обраний сторонами, може відмовитися розглядати справу, так як є більш підходящий форум для сторін. Ця доктрина застосовується і на стадії визнання і виконання іноземних арбітражних рішень. Так, у справі *Monegasque de Reassurance SAM (Monde Re) v NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*¹⁶ апеляційний суд США другого округу відмовив у виконанні арбітражного рішення, винесеного в Москві, на основі доктрини *forum*

non convenience. При цьому суд зауважив, що ст. V Нью-Йоркської конвенції не містить вичерпного переліку підстав невизнання і невиконання іноземного арбітражного рішення і, що ст. III Конвенції вказує на застосування процесуального права країни, де іноземне арбітражне рішення визнається і виконується, що включає (у випадку США) доктрину *forum non convenience*.

Підсумовуючи зазначимо на необхідності дотримання вимог, які ставляться до змісту та процедури укладання арбітражної угоди. В іншому випадку існує ризик визнання відповідної угоди недійсною. Наслідком цього може стати неможливість арбітражного розгляду. Винесене на підставі недійсної арбітражної угоди рішення може бути скасоване, а в його виконанні і визнанні може бути відмовлено.

1. *Ціпак Г.* Міжнародний комерційний арбітраж: Навч. посіб. – К.: Істина, 2002. – С. 19. 2. *United States District Court, Southern District of New York, 04.03.1985* // Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration Volume XII-1987, Volume XII* (Kluwer Law International 1987) pp. 532–535. 3. *Караськов Б.* Исполнение решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 4. *Yearbook of Commercial Arbitration. Vol. X.* – P. 368. 5. *Богуславский М.* Международный коммерческий арбитраж. – М., 1993. – С. 10. 6. *Roth. M.* The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. // *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, edited by Dr. Frank-Bernd Weigand, Verlag C.H. Beck München, 2002. – P. 1280. 7. *Hanseatisches Oberlandesgericht, Hamburg, 07.02.1989.* // Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration Volume XV - 1990, Volume XV* (Kluwer Law International 1990) pp. 455 – 464. 8. *U. Haas.* Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards. // *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, edited by Dr. Frank-Bernd Weigand, Verlag C.H. Beck München, 2002. – P. 491; 9. *Караськов Б.* Исполнение решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 10. Там же. 11. *Чубарев В.* Міжнародне приватне право: Навч. посіб. – К.: Атіка, 2006. – С. 563. 12. *Redfern A., Hunter M.* Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, 2004. – P. 134. 13. *Born G.* International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 2009). – P. 715. 14. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* 388 U.S. 395 (U.S. S. Ct. 1967) // [<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=388&invol=395>]; 15. *Fouchard, Gaillard,* Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 1999. – P. 310. 16. *Monegasque de Reassurance SAM (Monde Re) v NAK Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine* 311 F 3d 488 (2002). // [<http://openjurist.org/311/f3d/488/arbitration-between-monegasque-de-reassurances-sam-v-nak-naftogaz-of-ukraine>].