

# ПАТОЛОГИЧЕСКАЯ АРБИТРАЖНАЯ ОГОВОРКА: ТАКТИКА ИСТЦА НА ПРИМЕРЕ ОДНОГО ДЕЛА



**Ляйля Тлеулина**  
старший юрист  
ТОО «Юридическая фирма «AEQUITAS»

**П**рактикующие юристы нередко сталкиваются с так называемыми патологическими, или дефектными, арбитражными соглашениями, когда исполнение такого соглашения невозможно или значительно затруднено. Например, стороны выбрали несуществующий арбитражный орган или неправильно указали его наименование. Встречаются арбитражные соглашения, в которых стороны определили для рассмотрения споров один арбитражный орган, а в качестве процедуры рассмотрения указали регламент другого арбитражного органа или сослались на процессуальное законодательство какой-либо страны.

Наиболее распространена патологическая арбитражная оговорка, в которой отмечен несуществующий арбитражный орган. Например, в последнее время в Казахстане число дел с такими оговорками увеличилось в связи с ликвидацией Торгово-промышленной палаты Республики Казахстан (ТПП) и Международного арбитражного суда при ней. Их ликвидация была связана с созданием Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан, которая учредила свой арбитражный орган – Арбитражный центр «Атамекен», причем новые структуры юридически не являются правопреемниками упраздненных ТПП и Международного арбитражного суда. Между тем имеется множество контрактов, где в качестве органа для разрешения споров указан арбитражный суд Торгово-промышленной палаты той страны ответчика. Подобные арбитражные оговорки продолжают включаться в условия новых контрактов.

Попытки сторон самостоятельно исправить такие дефекты зачастую не приводят к результату, поскольку это происходит уже после возникновения спора и сторона, нарушившая обязательство, игнорирует предложение контрагента внести изменения в арбитражную оговорку.

Если стороны контракта находятся в государствах – участниках Европейской конвенции<sup>1</sup>, то такая проблема решается достаточно просто. Пункт 5 ст. 4 конвенции регулирует ситуацию, когда стороны предусмотрели передачу потенциальных споров между ними на рассмотрение постоянного арбитражного органа, но не назначили такой орган и не достигли соглашения на этот счет. В описанном случае истец может направить просьбу о назначении такого органа председателю компетентной торговой палаты страны ответчика или в специальный комитет, состав и характер деятельности ко-

<sup>1</sup> Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже. Женева, 21 апреля 1961 года.

торого определены в приложении к Европейской конвенции.

Необходимо учитывать, что возможность применения Европейской конвенции зависит не только от места нахождения сторон арбитражного соглашения, но и от характера спора. Согласно ст. 1 конвенция применяется к арбитражным соглашениям о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле. Понятие «внешняя торговля» следует определять в соответствии с материальным правом, применимым к спорным правоотношениям.

В Казахстане функции органа, уполномоченного назначать постоянный арбитраж или решать другие вопросы, предусмотренные ст. 4 Европейской конвенции, выполняет Арбитражный центр «Атамекен» (далее — Арбитражный центр) на основании уведомления постоянного представительства Республики Казахстан в ООН от 11 сентября 2014 года, направленного в соответствии с п. 6 ст. 10 Европейской конвенции.

Таким образом, если ответчиком в споре, возникшем при осуществлении операций по внешней торговле, является казахстанская компания и другая сторона спора находится в государстве — участнике Европейской конвенции, Арбитражный центр может устранить дефекты арбитражного соглашения, в том числе назначить постоянный арбитражный орган, если его не назначили стороны, а в случае, если соглашение предусматривает рассмотрение споров арбитражем *ad hoc*:

- назначить арбитров;
- установить местонахождение арбитражного суда;
- установить правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры, если стороны не достигли соглашения по этим вопросам.

Согласно п. 5 ст. 4 Европейской конвенции истец может просить о назначении постоянного арбитражного органа, если стороны не указали его и не достигли соглашения на этот счет. Ис-

ходя из смысла данной нормы, истцу следует до обращения в Арбитражный центр предпринять попытки согласовать арбитражный орган с ответчиком.

Но возможно ли преодолеть дефект арбитражной оговорки, если Европейская конвенция неприменима? Рассмотрим эту проблему на примере из практики нашей фирмы.

Между литовской и казахстанской компаниями возник спор из контракта на поставку товаров. Литовская компания намеревалась взыскать задолженность за поставленный товар и неустойку за просрочку его оплаты. Арбитражная оговорка в контракте содержала условие о разрешении споров «в Международной арбитражной комиссии при союзе Торгово-промышленной палаты Республики Казахстан». Арбитражного органа с таким наименованием, как и союза Торгово-промышленной палаты, в Казахстане никогда не существовало, а Международный арбитражный суд при ТПП был ликвидирован до заключения контракта.

Поскольку Литовская Республика не является участницей Европейской конвенции, последняя не могла быть применена к арбитражному соглашению, заключенному литовской компанией. Следовательно, постоянный арбитражный орган не мог быть назначен в порядке, предусмотренном ст. 4 этой конвенции.

Рассмотрим два варианта разрешения описанной проблемы, каждый из которых имеет свои плюсы и минусы.

**Первый вариант:** подать иск в Арбитражный центр без предварительных попыток согласовать с ответчиком постоянный арбитражный орган для рассмотрения спора.

В соответствии с Законом об арбитраже<sup>2</sup> постоянный арбитражный орган, в который поступил иск, в течение 10 календарных дней выносит определение о возбуждении арбитражного разбирательства, извещает стороны о месте рассмотрения дела и предлагает ответчику представить письменный отзыв на исковое заявление. Постоянный арбитражный орган вправе возвратить иск в случае, если он подан в арбитраж, не пред-

<sup>2</sup> Закон Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года № 488-V.

усмотренный в арбитражном соглашении. Однако на практике при наличии дефектов арбитражной оговорки, требующих ее толкования, постоянный арбитражный орган принимает иск и возбуждает арбитражное разбирательство.

В силу п. 1 ст. 35 Закона об арбитраже состав арбитража самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий рассматривать конкретный спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора (п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже).

В случае подачи иска в Арбитражный центр состав арбитража может прийти к выводу о наличии у него компетенции рассматривать спор, исходя из следующего толкования. Национальная палата формально не является правопреемником ТПП, но фактически выполняет те же функции. Это обстоятельство может быть истолковано как наличие воли сторон обратиться в арбитраж, который образован органом, выполняющим функции ТПП. В настоящее время таким органом является Арбитражный центр.

Вероятность такого толкования достаточно высока. Как отмечал В. В. Хвалеи, «практически все арбитражные институты при разрешении споров о компетенции, возникающих при неправильном наименовании того или иного арбитражного института, имеют тенденцию к расширительному толкованию в пользу наличия собственной компетенции»<sup>3</sup>. Казахстанские арбитражные институты не являются исключением. Практика нашей фирмы показывает, что во всех случаях, где в контрактах было некорректно указано наименование арбитражного органа, составы арбитражей делали вывод о наличии у них компетенции на рассмотрение споров.

Что касается Арбитражного центра, то с момента своего создания он администрировал 14

дел с оговорками о подсудности споров Международному арбитражному суду при ТПП, девять из которых дошли до стадии принудительного исполнения арбитражных решений. До настоящего времени не было случаев отказа в принудительном исполнении этих решений на основании отсутствия у Арбитражного центра компетенции рассматривать спор.

Однако такая статистика не исключает следующий риск. Как известно, в принудительном исполнении арбитражного решения может быть отказано, если состав арбитражного органа или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон (ст. V Нью-Йоркской конвенции<sup>4</sup>, ст. 255 ГПК<sup>5</sup>). По этому же основанию решение казахстанского арбитража может быть отменено судом (подп. 4 п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже).

В отличие от расширительного толкования, которое практикуют арбитражные институты, государственные суды придерживаются буквы закона. Поэтому суд, вероятнее всего, посчитает, что рассмотрение спора не указанным в контракте арбитражным центром по регламенту последнего не соответствует арбитражному соглашению.

В рассматриваемом случае данный риск усиливался тем обстоятельством, что в арбитражной оговорке не было указано правильное наименование Международного арбитражного суда при ТПП. Следовательно, шанс отказа в признании и принудительном исполнении решения Арбитражного центра был достаточно высоким.

**Второй вариант:** предложить ответчику согласовать действующий арбитражный орган для рассмотрения спора и в случае отказа или неполучения ответа подать иск в суд.

Согласно п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции суд договаривающегося государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, должен по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомяну-

<sup>3</sup> Хвалеи В. В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. № 5.

<sup>4</sup> Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Нью-Йорк, 10 июня 1958 года.

<sup>5</sup> Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V.

тое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Аналогичные положения содержит ст. 10 Закона об арбитраже.

Нежелание ответчика согласовать иной арбитражный орган для рассмотрения спора и невозможность назначения такого органа в порядке, предусмотренном Европейской конвенцией, дают основания говорить о неисполнимости арбитражной оговорки. Учитывая тенденцию к узкому, дословному толкованию арбитражных соглашений государственными судами, представляется маловероятным, что суд будет устанавливать волю сторон и пытаться «исправить» дефект арбитражной оговорки, в которой указана никогда не существовавшая в Казахстане «Международная арбитражная комиссия при союзе Торгово-промышленной палаты Республики Казахстан».

Рассмотрение дела государственным судом исключает риски неисполнимости реше-

ния, которые имеются в первом варианте. Эти риски, на наш взгляд, более существенны, чем преимущества арбитражного разбирательства, поэтому второй вариант представляется предпочтительным.

Отметим, что мы рекомендовали истцу выбрать второй вариант, поскольку должником в данном случае являлась казахстанская компания и с исполнением решения казахстанского суда не возникло бы никаких проблем. При других обстоятельствах необходимо учитывать наличие международного договора о правовой помощи, заключенного со страной, в которой должник находится или имеет имущество. При отсутствии такого договора целесообразность обращения в суд следует оценивать с учетом существующей в данном государстве практики применения принципа взаимности в вопросе исполнения решений иностранных судов.

— 3 книги —

**20%**  
скидка

+

— Extra —

**10%**  
скидка

**СПЕЦИАЛЬНОЕ ПРЕДЛОЖЕНИЕ  
ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ФИРМ**

**2800 руб**

ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ  
В ИСПОЛНЕНИЕ  
ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ  
РЕШЕНИЙ В РОССИИ  
И СТРАНАХ БЫВШЕГО СССР

А.В. ГРИЦЕНКОВА  
ПСИХОЛОГИЯ И УБЕЖДЕНИЕ  
В СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ  
ПОСЛЕЙНЫЙ  
КОММЕНТАРИЙ  
К ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ  
О ТРЕТЬИХ СУДАХ