



УДК 341.63
ББК 67.412

ПРАГМАТИЧЕСКАЯ ОЦЕНКА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ СТОРОН ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКОГО КОНТРАКТА

С.Ю. Казаченок

В статье описывается истинная роль института арбитражного (третейского) разбирательства в отечественной правовой системе с позиции юриста-практика, который в силу своей профессиональной деятельности нередко сталкивается с проблемами заключения арбитражных соглашений и обращения к институту третейского разбирательства современного бизнес-сообщества. Автор сравнивает уровень и финансовую стоимость третейского разбирательства в таких странах, как Англия и США, с российскими и приходит к выводу, что, несмотря на более высокую финансовую затратность арбитражного разбирательства в Англии и США, в этих странах данный институт более популяризирован, чем в нашей стране.

Ключевые слова: арбитраж, третейский суд, пророгационный эффект, компетентная защита, дерегационный эффект, пророгационное соглашение, соглашение об арбитраже.

В современной российской правовой науке сложилась парадоксальная ситуация, вызванная неожиданным (в начале 90-х гг. XX в.) распространением субинститута арбитража (третейского суда) среди широких масс предпринимателей, обладающих весьма скромным опытом во внешнеэкономической деятельности, и параллельным укреплением позиций государственных судов, в особенности арбитражных.

В связи с этим третейская (арбитражная) оговорка стала неотъемлемой частью внешнеэкономического договора. «Статистика говорит, что большинство споров в международной области решается при помощи арбитража» [3].

Однако собственный опыт, анализ соответствующей практики и точек зрения, изложенных в специализированной литературе, свидетельствуют о неоднозначных эффектах арбитражных соглашений, о необходимости коррекции мотивационных установок участников арбитражных соглашений по простой причине: «арбитраж не всегда может предостав-

лять сторонам адекватные возможности для эффективного разрешения ожидаемых и допускаемых споров» [3].

Дело в том, что российские участники внешнеэкономической деятельности столкнулись как бы с двумя уровнями существования третейского разбирательства: идеальной моделью арбитража, существующей в ряде зарубежных стран, и российской действительностью, осложненной фактором безденежности субъектов предпринимательской деятельности, злоупотреблением правом и банальным корпоративным шантажом [4].

В современном бизнес-сообществе принято считать, что арбитражное разбирательство лучше, чем судебное. В данной связи возникает закономерный вопрос: почему?

Российский законодатель вслед за Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) указал, что он «исходит из признания полезности арбитража (третейского суда) как широко применяемого метода разрешения споров, возникающих в сфере международной торговли» [10].

Представляется, что первым верным доводом в пользу арбитражного разбирательства является высокое качество разрешения спора при условии правильного выбора арбитра.

В остальном арбитражное соглашение заключается в целях обеспечения следующих параметров рассмотрения и разрешения споров (реализации законных прав и интересов):

- компетентная защита прав и интересов организаций;
- быстрота и экономичность процедуры разрешения споров;
- сохранение и дальнейшее упрочение деловых, партнерских отношений спорящих сторон, несмотря на имеющиеся между ними разногласия.

Все эти свойства арбитражного соглашения получили в американской юридической практике наименование «контроль за процессом», который позволяет избежать долгих тяжб, больших затрат, нежелательной огласки (публичности) и «ill will» (разрушения «доброй воли» в бизнесе).

Развивая взгляд юриста-прагматика на составление соглашения об арбитраже, задумаемся: «А почему будет именно так, а не иначе?» Причем взглянем на проблему с двух позиций: российской и иностранной сторон.

I. Компетентную защиту прав и интересов организаций обеспечивают наличие только специалистов в качестве арбитров и достаточно свободная, но равноправная и состязательная процедура, которая отвечает позитивному опыту столетий. Неоспорим тот факт, что «международный коммерческий арбитраж – наиболее обеспеченный различным международным регулированием процессуальный¹ институт» [4].

Презюмируется, что для обеих сторон спора арбитр – нейтральное лицо, не связанное патриотическими чувствами и не зависимое ни от одной из сторон. Это условие обеспечивается личностями арбитров, их особым высоким общественным статусом, а главное – правосознанием «doctorum» («сведущих») столпов юридической науки и практики. Причем не является исключением случай, когда одна из сторон находится в стране арбитража, например, МКАС и российская компания. Работающий долгое время в России иностранный партнер знает, что этому органу не свойственен юридический «национализм», другим вариантом может быть назначение арбитром негражданина РФ.

Однако изменчивость жизненных обстоятельств и упор на редких специалистах зачастую приводят к патовым ситуациям: на процесс не может пребыть один из арбитров, а недобросовестный ответчик не соглашается на замену, как следствие – затягивание процесса. Или занятость кандидата в арбитраже не дает ему возможности прибыть к назначенному дню разбирательства.

Кроме того, как верно отмечается в правовой доктрине, в силу возможности для участников выбирать любых арбитров, причем не только из рекомендованного списка, судебное разбирательство может оказаться не только непрофессиональным, но и парадоксально некомпетентным [4]. К сожалению, нередко сегодня случаи нивелирования высокого статуса арбитра по причине их низкой компетенции или эксцентричного с правовой точки зрения поведения. Зачастую арбитры, которые в полном смысле не являются «doctorum» («сведущими»), то есть не до конца сформировались как юристы с большой буквы², но выдвинувшие (навязавшие) свою кандидатуру в качестве «юридической элиты», прямо в процессе начинают проявлять свою «гениальность»: делать правотворческие открытия, проявлять свое «я» при толковании или при применении права по аналогии. Это, возможно, допустимо для сферы научных изысканий, но не для арбитража. А ведь «большинство решений арбитражей как раз не должны быть оригинальными и неожиданными, а являться откликом на просьбу о защите» [там же].

II. Быстрота и экономичность процедуры разрешения споров заключается в следующем: арбитр не перегружен делами и в состоянии намного быстрее разобраться в обстоятельствах, этому же способствует и его высокая квалификация.

Немаловажным является и то, что решения суда не подлежат обжалованию. Однако данное положение применимо к отечественной действительности лишь отчасти.

Следует согласиться с мнением, высказываемом в правовой доктрине, что «тезис об относительно быстром рассмотрении споров при помощи международного коммерческого арбитража [7, с. 350–371] является в большой степени мифом в российских условиях, в котором уже давно разуверились многие из тех,

кто столкнулся с международным коммерческим арбитражем» [1].

«Правда, это беда не самого международного коммерческого арбитража, как института чрезвычайно полезного и обладающего к тому же массой других плюсов, а следствие недобросовестности одной из сторон разбирательства, а также результат нередко имеющей место слабой заинтересованности организаторов арбитражного разбирательства в скорейшем его завершении» [там же].

Кроме того, по сравнению с отдельным судебным разбирательством в арбитраже процесс может затянуться из-за слишком детального изучения отношений сторон, выверок, дополнительных расчетов.

III. Как преимущество третейского суда по отношению к западным судебным процессам обычно указывается его стоимость.

Для иностранного партнера арбитражное разбирательство дешевле судебного, особенно с учетом цен на адвокатские услуги. Такова же ситуация и для отечественной компании, если ей придется вступить в процесс за рубежом. Справедливости ради следует отметить, что надлежащее представление интересов в западном суде приводит к большим расходам, которые и предугадать невозможно (за исключением Германии, где действует Закон об установлении размеров вознаграждения адвокатам). Так, в США почасовая ставка адвокатов составляет 150–400 долл., по крупным спорам гонорар составляет 20–30 % от суммы иска; в Лондоне до распространения евро – 200 фунтов стерлингов, при том что в процесс следует привлекать минимум двух адвокатов: barrister & solister [2].

Относительно российского арбитражного процесса (то есть государственных арбитражных судов) третейский суд влечет за собой расходы, отсутствующие при рассмотрении дела простым арбитражным судом, что предполагает намного более высокую стоимость третейского суда. В отличие от судей, которым выплачивается жалование и у которых отсутствует возможность дополнительного легального заработка или получения прибыли от предпринимательской деятельности, арбитры оплачиваются непосредственно сторонами. Сторонам приходится снимать помещения для слушаний, оплачивать админист-

ративные издержки третейского суда, секретаря или регистратора, занятых в процедуре. В институциональном арбитраже эти издержки объединяются в арбитражном сборе или в сборе за содействие. Но в этом (высокой плате за арбитражные услуги), возможно, существует определенное преимущество: отсутствие у арбитров необходимости искать криминальные «дополнения» к жалованью.

Таким образом, включение в договоры оговорки, которые использовали крупные всесоюзные внешнеторговые объединения, вызвало трудности, связанные с возможностью защиты частными российскими предприятиями своих прав, так как многие не имели достаточных финансовых ресурсов для ведения арбитражных процессов за рубежом по причине своей слабости [8].

Поэтому сегодня, обеспечивая правовую поддержку российской стороны контракта, при составлении соглашения об арбитраже мы должны ответить на вопрос: «А будет ли наш клиент в состоянии понести арбитражные расходы?»

Поэтому при заключении соглашения об арбитраже следует помнить что «традиционные преимущества арбитража – компетентность, скорость, дешевизна, конфиденциальность – могут не только никак не проявить себя в ходе конкретного арбитражного разбирательства, но и обратится в полную свою противоположность» [4].

Тем не менее количество обращений к третейскому суду в большинстве стран возрастает. Это характерно и для России, где, по данным М.М. Богуславского, в подавляющем большинстве сделок, заключаемых отечественными организациями и фирмами других стран, предусматривается арбитражный порядок разрешения споров. Речь прежде всего идет о серьезных контрактах, а не о купле или продаже мешка картошки российского фермера из Калининграда немецкому. Указанный рост обусловлен в первую очередь экономическим подъемом. Все больше дел подается на рассмотрение в арбитражные институты; создаются новые арбитражные центры, чтобы справиться с растущим потоком дел.

Увеличение числа дел, рассматриваемых арбитражами, нельзя, однако, ставить в прямую зависимость от роста числа внешне-

экономических связей, так как расширено число групп лиц, которые могут быть субъектами арбитражных соглашений. Так, п. 2 ст. 1 закона РФ от 07 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» предусматривает, что в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

- споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческая организация хотя бы одной из сторон находится за границей;
- споры организаций с иностранными инвестициями и международными объединениями и организациями, созданными на территории РФ, а равно их споры с другими субъектами права РФ.

Расширение субъектного состава соглашений об арбитраже соответствует мировым правовым тенденциям. Как отмечает относительно Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. Председатель Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ А.С. Комаров: «Различная государственная принадлежность спорящих сторон не является предпосылкой применения Конвенции так же, как и сама сделка, из которой возник спор, по которому вынесено арбитражное решение, не обязательно должна быть международной, хотя на практике очень редко встречается случай, когда возникает необходимость исполнять иностранное арбитражное решение, касающееся внутреннего спора. Вместе с тем, в условиях современной российской реальности существует возможность столкнуться с такой ситуацией, поскольку известны случаи, когда зарегистрированные на территории Российской Федерации предприятия с участием иностранного капитала... в своих договорах с российскими предприятиями предусматривают арбитраж в третьей стране» [6].

Сохранение и дальнейшее упрочение деловых, партнерских отношений спорящих сторон, несмотря на имеющиеся между ними разногласия, во-первых, вытекает из сущнос-

ти самого соглашения об арбитраже как соглашения, и обусловливается тем, что:

- а) заседание негласно;
- б) арбитры сохраняют тайну в процессе разбирательства;
- в) арбитры практически не подвержены воздействию административного ресурса.

Поэтому иностранные партнеры склонны доверять третейскому суду больше, чем суду государственному, в частности российскому. При этом, на наш взгляд, немалую роль в выборе именно третейского суда играют так называемые «деловые фобии» субъектов внешнеэкономической деятельности, связанные с административными ресурсами и различными PR-акциями (комплексными информационными, психологическими, политическими мероприятиями по формированию общественного мнения и позиции отдельных лиц), которые являются не последним инструментом воздействия на решение государственного суда.

С юридической точки зрения применение арбитражных соглашений следует оценивать через результаты применения двух противоположных эффектов:

- пророгационного;
- дерогационного.

Вследствие того что согласно действующему российскому законодательству условие о передаче спора на рассмотрение третейского суда имеет так называемый «дерогационный» эффект, то есть ведет по общему правилу к признанию государственным судом себя некомпетентным рассматривать спор в делах [1], в которых существует неоднозначная, сложная коллизионная проблема, потенциально решаемая государственным судом не в пользу стороны, если противная сторона обратилась в государственный суд, использование арбитражной оговорки представляется наиболее верным средством защиты от иска. Смысл такой «процессуальной защиты» состоит в том, что потенциальный истец при наличии арбитражного соглашения стоит «перед необходимостью использования длительной и дорогостоящей процедуры арбитражного разбирательства» [там же], от использования которой он, исходя из экономических мотивов, скорее всего, откажется.

Таким образом, если иностранный контрагент по договору согласен подписать пророгационное соглашение о подсудности всех споров российскому государственному суду, то такое соглашение является предпочтительнее соглашения об арбитраже.

Что касается общей рекомендации по принятию решения о заключении соглашения об арбитраже при совершении внешнеэкономических сделок, то анализ полярных позиций в теории и практических казусов заставляет:

а) предостеречь участников внешнеторговой деятельности и многих юристов от следования обыкновению постоянно использовать соглашения об арбитраже;

б) солидаризироваться со следующей позицией М.М. Богуславского, распространив ее на все возможные отношения с иностранным элементом:

«Обращение к международному коммерческому арбитражу, конечно, не единственная возможность, к которой можно прибегнуть в случае возникновения споров, в том числе споров, непосредственно связанных с иностранными инвестициями. При реализации сложных и больших инвестиционных проектов и при подготовке соответствующих соглашений рекомендуется тщательно взвесить все “за” и “против” выбора места арбитража в стране или за рубежом, определение процессуальных правил к конкретному законодательству или формированию их в оговорке и т. д.» (цит. по: [5]).

Рассмотренные мотивы заключения или незаключения соглашения об арбитраже и, следовательно, плюсы третейского разбирательства возникли не сегодня. Поэтому, даже изучая данный институт глазами прагматика, практика, мы должны понимать его место в истории, а значит, место и своевременность в конкретной социально-экономической ситуации.

В этом неопределимую помощь оказывает история, которая позволяет не совершать ошибок прошлого, не деградировать по причине невежества и ее незнания. И начать историческое исследование необходимо с права Древнего Рима, потому что, как справедливо говорил Ф. Энгельс, римское право является настолько классическим юридическим выра-

жением жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует частная собственность, что все позднейшие законодательства не смогли внести в него никаких существенных изменений. Первичное знакомство с источниками римского права, посвященное исследуемой проблеме, и их сравнение с современным законодательством свидетельствует о том, что приведенное высказывание классика верно для института соглашения об арбитраже. При этом заявленный тезис требует подтверждения [9].

Таким образом, несмотря на массу существующих заблуждений, нами рекомендуется использование арбитражных соглашений в договорной практике как отечественных, так и иностранных участников внешнеэкономической деятельности, только с учетом материального благосостояния компании, а также в зависимости от географии хозяйственных связей и характера отношений между контрагентами.

Если же иностранный контрагент по договору согласен подписать пророгационное соглашение о подсудности всех споров российскому государственному суду, то такое соглашение является предпочтительнее соглашения об арбитраже.

ПРИМЕЧАНИЯ

¹ Речь идет о международном гражданском процессе как части международного частного права.

² Речь идет о системности и логичности правовых воззрений и знаний, высокой правовой и общей культуре, об оппозиции (если таковая существует) наиболее распространенным взглядам, которая является мотивированной и признающей взгляды других, о знакомстве с существующими тенденциями в правовой жизни оборота, об адекватном (даже скромном) позиционировании себя в юридическом мире.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Алексеев, М. А. Трансформация регламентации деятельности и компетенции международного коммерческого арбитража (экономико-правовые потребности современного хозяйствования) / М. А. Алексеев, А. О. Иншакова, С. В. Нилюкин ; под ред. д-ра юрид. наук, проф. А. О. Ин-

шаковой, канд. юрид. наук, доц. С. В. Николюкина. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 176 с.

2. Богуславский, М. М. Современные тенденции расширения сферы действия институциональных арбитражных судов / М. М. Богуславский // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража : к 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации : сб. ст. – М. : Спарк, 2002. – С. 37–50.

3. Буркова, А. Ю. Некоторые аспекты действия арбитражной оговорки / А. Ю. Буркова // Вестник арбитражной практики. – 2012. – № 1. – С. 26–32.

4. Валявина, Е. Ю. Актуальные вопросы защиты прав субъектов предпринимательской деятельности в современных условиях (в практике арбитражных судов) / Е. Ю. Валявина // Журнал российского права. – 2011. – № 1. – С. 5–13.

5. Доронина, Н. Г. Международное частное право и инвестиции : науч.-практ. исслед. / Н. Г. До-

ронина, Н. Г. Семилютина. – М. : Контракт : Волтерс Клувер, 2011. – 272 с.

6. Интернет-интервью Председателя Международного Коммерческого Арбитражного Суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации А. С. Комарова. – Электрон. дан. – Режим доступа: <http://www.garant.ru/action/interview/10250/>. – Загл. с экрана.

7. Иншакова, А. О. Международное частное право : учебник / А. О. Иншакова. – М. : Рос. ун-т дружбы народов, 2011. – 376 с.

8. Крутий, Е. А. Защитные оговорки в современных кодификациях международного частного права / Е. А. Крутий // Адвокат. – 2011. – № 4. – С. 41–51.

9. Муранов, А. Законодательство: ВАС идет в обход / А. Муранов // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2011. – № 3. – С. 141–144.

10. О международном коммерческом арбитраже : Преамбула Закона РФ от 07.07.1993 г.

PRAGMATIC ASSESSMENT OF THE ARBITRATION AGREEMENT OF THE PARTIES OF FOREIGN ECONOMIC CONTRACTS

S. Yu. Kazachenok

This paper describes the true role of the institution of arbitration proceedings, established in the Russian legal system from the standpoint of practitioners that are often faced with problems of the business arbitration agreement and appeals to the institution of arbitration proceedings in their professional activities. The author compares the level and the financial cost of the arbitration in such countries as England and the United States with those in the Russian Federation, and comes to the conclusion that, despite the greater financial costs on arbitration in England and the United States in those countries, the Institute has a higher popularity than in the Russian Federation.

Key words: *arbitration, the arbitral tribunal, business community, UNCITRAL, arbitrator, effect prorogation effect, competent defense, derogation effect, prorogation agreement, agreement for arbitration.*