

ФОРМА АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ

*Кухаренко О. В.,
студентка 1 групи, ОКР «Спеціаліст»
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

Розвиток зовнішньоекономічних відносин зумовлює потребу у договірному врегулюванні процедури розгляду спорів з суб'єктами господарських правовідносин з іноземним елементом. А формою волевиявлення сторін щодо цього слугує арбітражна угода, яка є гнучким правовим регулятором, що дає змогу врахувати специфіку зовнішньоекономічної діяльності та узгодити її із загально нормативним режимом правового регулювання в зарубіжних країнах.

Арбітражна угода є наріжним каменем будь-якого арбітражного розгляду. Сама арбітражна угода є правовою основою для звернення в міжнародний комерційний арбітраж, що визначає всю подальшу арбітражну процедуру та, врешті решт, долю арбітражного рішення[10, 38].

Актуальність наукового пошуку зумовлена тим, що з року в рік вдосконалюється і поширюються високотехнологічні засоби зв'язку і загострюється питання, що ж являється належною формою арбітражної угоди.

Метою даного дослідження є спроба автора знайти оптимальне вирішення проблеми дотримання належної форми арбітражної угоди у відповідності до сучасних засобів укладання договорів.

З розвитком світової торгівлі та засобів зв'язку розвивається і право, що регулює питання укладення арбітражної угоди. На початку ХХ століття не могло бути мови про укладення арбітражної угоди шляхом обміну електронними листами чи повідомленнями і законодавець не міг передбачити такої можливості. Сьогодні, з розвитком електронної комерції зростає актуальність питань електронного підпису та електронної торгівлі. Основні положення про арбітражну угоду, поняття, її форму, основні вимоги до неї та наслідки їх порушення містяться в низці міжнародних та національних нормативних актах, це і: Женевська конвенція про виконання іноземних арбітражних рішень 1927 року, Женевський Протокол про арбітражні застереження 1923 року, Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року [1], Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року [2], Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж [4], Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року [7] та ін., зупинимося на деяких із них.

Нью-Йоркська конвенція про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року закріпила вимоги до форми арбітражної угоди, дотримання якої є умовою дійсності даної угоди. Відповідно до Нью-Йоркської конвенції [1] держави-учасниці зобов'язані визнавати дійсність та юридичну силу тільки письмових арбітражних угод, так, п.2 ст.ІІ визначає, що арбітражна угода (чи то арбітражне застереження, чи то окрема арбітражна угода) вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона підписана сторонами або така, що міститься в обміні листами або телеграмами [1].

Змінами від 07.07.2006 року до Типового Закону ЮНСІТРАЛ запропоновано два варіанти визначення арбітражних угод:

«Варіант І.

7.2. Арбітражна угода укладається в письмовій формі.

7.3. Арбітражна угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо її зміст зафіксовано в будь-якій формі незалежно від того, чи укладена арбітражна угода або договір чи ні в усній формі, на підставі поведінки сторін або за допомогою інших засобів.

7.4. Вимога про укладення арбітражної угоди в письмовій формі задовольняється електронним повідомленням, якщо інформація, що міститься в ньому, є доступною для її подальшого використання; «електронне повідомлення» означає будь-яке повідомлення даних; «повідомлення даних» означає інформацію, підготовлену, відправлену, отриману або збережену за допомогою електронних, магнітних, оптичних або аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними (ЕОД), електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними.

7.5. Крім того, арбітражна угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона укладається шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, у яких зі сторін стверджує про наявність угоди, а інша проти цього заперечує.

7.6. Посилання в договорі на який-небудь документ, що містить арбітражне застереження, являє собою арбітражну угоду в письмовій формі за умови, що дане посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди.

Варіант II

«Арбітражна угода» - це угода сторін про передачу до арбітражу усіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними у зв'язку з якими-небудь конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи носять вони договірний характер чи ні»[4].

Щодо національного українського законодавства, що регулює форму арбітражної угоди знайшло своє закріплення в Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року (далі по тексту – Закон «Про МКА»)[7] що повністю відповідає ранній редакції Типового Закону ЮНСІТРАЛ. Стаття 7 Закону має назву «Визначення та форма арбітражної угоди», в п. 2 вищезазначеної статті Закону «Про МКА» містяться такі вимоги до форми арбітражної угоди: «Арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписа-

ному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди»[7].

Останнім часом у доктрині міжнародного комерційного арбітражу виникла зовсім радикальна ідея про можливість укладення арбітражної угоди в усній формі. Так, Генеральний секретар Комісії ООН по праву міжнародної торгівлі ГеральдХеррманн у своїй доповіді ще на VI конгресі Міжнародної ради по комерційному арбітражу висловив ідею: «Одного дня письмова форма арбітражної угоди зникне... Чому підприємець, який може усно укласти угоду постачання товарів на мільйони доларів, повинен бути зв'язаний письмовою формою того, що він може сприяти як додатковий пункт договору?»[13, 69-70]. Якщо проаналізуємо внесені зміни до Типового Закону ЮНСІТРАЛ, то є очевидним, що також є наслідком ідеї про можливість укладення арбітражної угоди в усній формі – Варіант I допускає усну форму, а Варіант II взагалі не згадує про належну форму арбітражної угоди, із чого випливає можливість укладення її у різноманітній зручній формі для сторін. Як влучно зазначає Т.С. Кисельова ще у 2002 році, «разом із встановленою вимогою про письмову форму арбітражної угоди більшість законів і прецедентів дають розширювальне тлумачення поняття «письмова форма». Іноді це розширювальне тлумачення призводить до фактичного визнання усних арбітражних угод»[12,80].

Слід зазначити, що незважаючи на виникнення наведеної ідеї та деяку підтримку її в законодавстві та на практиці, використання усної форми арбітражної угоди в повній мірі є неможливим, через те, що виконати арбітражне рішення по спору, який було передано до арбітражу за такого роду арбітражної угоди у більшості країн не можливе відповідно до норм національних

законодавств та приписів Нью-Йоркської конвенції про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень[1].

Розвиток ринкових відносин та технічного прогресу сприяє постійному розширенню поняття «письмова форма» аж до сучасних теорій про можливість укладання арбітражного застереження в усній формі. Досить поширеним явищем є укладення угод за допомогою різноманітних комунікаційних систем (SWIFT, REUTERS), а також мережі Інтернет[11, 67-68]. Водночас, є незрозумілим той факт, яким саме чином буде досягнутий консенсус про визначення того, ким і в якому порядку буде розглянутий їх спір, у випадку, якщо це не підтверджено укладеною у традиційній формі арбітражною угодою. Питання можливості та належної форми укладення договорів за допомогою мережі Інтернет залишається актуальною темою для наукових досліджень, так і для вдосконалення національних законодавств та міжнародних нормативних документів[13,72].

Відповідно до ч.1 ст.207 ЦК України правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони або якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку[6, 58-59]. Тобто, дана норма підтверджує можливість укладення договору в електронній формі і це відбувається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір та прийняття цієї пропозиції іншою стороною. Так, законодавство містить правила, за якими визначається момент відправлення та отримання вказаних електронних повідомлень. Згідно ст.10 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг»[8], якщо автор і адресат у письмовій формі попередньо не домовилися про інше, датою і часом відправлення електронного документа вважаються дата і час, коли відправлення електронного документа не може бути скасовано особою, яка його відправила. Згідно ст.11 вказаного Закону електронний документ вважається одержаним адресатом з часу надходження авторові повідомлення в електронній формі від адресата про одержання цього електронного документа автора, якщо інше не передбачено законодавством або попередньою домовленістю між су-

б'єктами електронного документообігу. Отже, за загальним правилом у разі ненадходження до автора підтвердження факту одержання електронного документа, вважається, що електронний документ не отриманим адресатом[8]. Дане зазначене положення суперечить нормам закріпленим у міжнародних договорах і угодах. Так, ст.10 Конвенції Організації Об'єднаних Націй «Про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах» часом відправлення електронного повідомлення визнається момент, коло воно залишає інформаційну систему, яка перебуває під контролем особи, яка його склала, або особи, яка відправила його від імені складача, або якщо електронне повідомлення не залишило систему, яка перебуває під контролем складача або особи, яка відправила його від імені складача, - моментом отримання електронного повідомлення вважається момент, коли виникає можливість вилучення електронного повідомлення адресатом за електронною адресою, зазначеною адресатом[3]. Вважається, що можливість вилучення повідомлення адресатом утворюється у той момент, коли воно надходить на електронну адресу останнього[13, 74]. Норми вітчизняного законодавства, таким чином, звужують права сторін у порівнянні з аналогічними міжнародними нормами, адже створюють для недобросовісної сторони правову підставу відмовитися від певних відносин з контрагентом, посилаючись на неможливість доказування таких відносин без повідомлення про отримання листів.

Ще одним протиріччям, що є між національними та міжнародними актами є питання дійсності електронних повідомлень та документів і способів їх перевірки. Відповідно до Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» «електронний документ» є документом, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа, в тому числі, електронний цифровий підпис його автора[8]. Та, відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» під «електронним підписом» розуміють дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних; «електронний цифровий підпис» - вид електронного підпису, отримано-

го за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача[9]. Законодавство України регламентує, що юридична чинність електронного документу та електронного підпису не може бути заперечена лише через те, що вони мають електронну форму, проте, відповідно до ч.3 ст.207 ЦК України використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів[6, 58-59]. Тобто, сторонам майбутньої електронної угоди необхідно укласти ще одну – щодо використання ними електронного цифрового підпису. Дане положення суперечить міжнародним актам, оскільки останні не вимагають попередньої домовленості у вигляді окремої письмової угоди про використання електронної форми договору або електронного підпису.

Ст.9 Конвенції Організації Об'єднаних Націй «Про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах»[3] та ст.6 Типового Закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю»[5] закріплюють правило, згідно з яким вимога про дотримання письмової форми договору вважається виконаною шляхом надіслання електронного повідомлення, якщо інформація, що міститься в ньому, може бути використана в подальшому.

Таким чином, можна констатувати, є наявні протиріччя між відношенням до електронної форми договорів вітчизняного законодавця та міжнародного.

Слід також зазначити, що існують протиріччя щодо електронної форми договорів і в доктрині. Так, російський науковець О. Ю. Скворцов зазначає, що для того щоб укладення сторонами угоди з використанням електронного підпису було визнане таким, що відбулося, «повинні бути дотриманні певні умови. Зокрема, сторони повинні досягти спеціальної угоди про ті вимоги, які висуваються до електронної процедури укладення такого до-

говору, а також до електронних документів»[13, 77-78]. На думку М.В. Купцової[13, 78], дане категоричне твердження є спірним, хоча і згадана позиція є обґрунтована з точки зору впорядкування сторін, а її повсюдна реалізація дозволила розв'язати багато питань, що виникають при вирішенні спорів у арбітражі, така реалізація уявляється мало можливою і внаслідок цього такою, що значно обмежує права підприємців[13, 78]. Крім того, угоди, укладені за допомогою використання комунікаційних мереж або мереж Інтернет, як вказує російський вчений Б.Р. Карабельников, часто не тільки не фіксуються на папері, але й «залишаються в пам'яті комп'ютера не у формі контракту або обміну офертою і акцептом, а в узагальненій формі (такій, як таблиця або графік)»[11, 67-68]. Тому, через неможливість передбачити всі можливі види обміну інформацією, яких з кожним роком все більше і більше, у світовій законодавчій практиці було введено формулу «інші засоби електронного зв'язку». При цьому єдиною вимогою до такого виду укладення угоди залишається можливість цю угоду зафіксувати[11, 68].

Деякі вчені (зокрема, Т.С. Кисельова) вважає такі правила передчасними для країн пострадянського простору[12, 80]. Хоча доводи Т.С. Кисельової є обґрунтованими, але підтримуючи думку М.В. Купцової, слід вказати на той факт, що зробивши більш жорсткішим вітчизняне законодавство по відношенню до міжнародного, може призвести до зменшення інвестиційної привабливості до українського ринку[13, 79].

На наш погляд, вітчизняному законодавцю потрібно дотримуватися зваженої позиції щодо імплементації в українське законодавство вищезгаданих норм міжнародних актів, змінюючи консервативні приписи законодавства, суть яких давно не відповідає специфіці сучасних економічних відносин, але й не слідуючи надто утопічним уявленням про гранично простий спосіб укладання арбітражних угод. Так, норми, що допускають укладення арбітражної угоди у формі обміну не підписаними повідомленнями, дійсно стали б передчасними для вітчизняного законодавства і практики, однак, необмежена можливість укладання арбітражного застереження шляхом обміну повідомленнями з викори-

станням електронного підпису повинна знайти своє відображення в нормативних актах.

Таким чином, ми пропонуємо внести зміни до ч.3 ст. 207 Цивільного кодексу України та викласти в такій редакції:

«3. Використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, встановлених законом та іншими актами цивільного законодавства».

Крім того, вважаємо за доцільне внести зміни також до ч.2 ст.7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» і викласти в такій редакції:

«2. Арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує.

Арбітражна угода укладена з використанням будь-яких засобів електронного зв'язку, вважається укладеною у письмовій формі за умови, що інформація що міститься в ній можна використати в подальшому, а електронні підписи дозволять ідентифікувати підписувача.

Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди».

Отже, ми можемо зробити висновок, вирішення питання із забезпечення належної форми арбітражної угоди та внесення відповідних змін до законодавства сприятиме формуванню належної арбітражної і судової практики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Нью-Йоркська конвенція про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_070.

2. Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_069.

3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй Про використання електронних повідомлень в міжнародних договорах [Електронний ресурс] – Режим доступу:

http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_e71.

4. Типовий Закон ЮНСИТРАЛ про міжнародний торговельний арбітраж [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_879.

5. Типовий закон ЮНСИТРАЛ об електронній торгівлі от 12.06.1996г. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commence/1996Model.html.

6. Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 01 верес. 2013 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: ПАЛИВОДА А.В. – 2013. – 328 с. – (Кодекси України)

7. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02.1994 № 4002-ХІІ [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4002-12>.

8. Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року № 851-IV [Електронний ресурс] - Режим доступу:

<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/851-15/>.

9. Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 року № 852-IV [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/852-15>.

10. Захарченко Т. Умови дійсності арбітражної угоди // Право України: Юридичний журнал/ Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України та ін. – Київ, 2007. - №10. – с.38-44.

11. Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Коментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2008. – 606с.

12. Киселева Т.С. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения: сравнительно-правовой анализ/ Т.С. Киселева// Третейский суд. – 2002, №1/2. – с.74-88.

13. Купцова М.В. Арбітражна угода як основа компетенції міжнародного комерційного арбітражного суду : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Купцова Марина Валентинівна ; М-во освіти і науки, молоді та спорту України, Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – Київ, 2012 – с. 235.