

*Квасницкая О.А.,**к.ю.н. доцент международного права и сравнительного правоведения
Международного гуманитарного университета*

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ИНСТИТУТА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ, ВОЗНИКАЮЩИХ В СФЕРЕ СТРОИТЕЛЬСТВА, ОСЛОЖНЕННЫХ ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ

Аннотация. Публикация посвящена исследованию правовой природы арбитражного соглашения и его роли в разрешении экономических споров при осуществлении строительной деятельности с участием иностранного инвестора. Проанализированы особенности договорных связей в сфере строительства и на основе анализа мультимодальной арбитражной оговорки сделаны выводы о ее теоретических и практических аспектах, и значении для разрешения конфликта в отличие от иных видов арбитражных оговорок.

Ключевые слова: арбитражное соглашение, арбитраж, мультимодальные арбитражные оговорки, договорные связи, иностранный элемент, строительная деятельность, строительная отрасль.

Постановка проблемы. Арбитражное соглашение является важнейшим правовым институтом, с помощью которого обеспечивается рассмотрение практически всех экономических споров в международных коммерческих арбитражах. Правовая природа международного арбитража характеризуется нейтральностью и интернациональностью, в основе которой лежит поиск разрешения возникшего между сторонами конфликта. Данная форма разрешения экономических споров непосредственно зависит от волеизъявления сторон, и в силу наличия частно-правового элемента позволяет сторонам реализовать свою волю в выборе, как процедуры и места разрешения, так и применимого права.

Изложение основного материала. Арбитражное соглашение, являясь, как было отмечено в литературе, «воротами в арбитраж» («the gateway to arbitration») [1], ведет к устранению государственного правосудия и делает легитимной процедуру арбитражного

разбирательства, устанавливая принцип «компетенция компетенции».

Нью-Йоркская конвенция, являющаяся системообразующим актом в сфере международного арбитража, содержит общее представление об арбитражном соглашении, что в дальнейшем было взято за основу разными государствами, в том числе и Украиной, при разработке национального законодательства об арбитраже. И не смотря на дефиницию арбитражного соглашения, закрепленную в национальном законодательстве, следует отметить, что вместе с развитием научной мысли и практики, взаимопроникновением теорий общего и континентального права, сложностью договорных связей экономических отношений, изменением правовой регламентацией инвестиционной и строительной деятельности, меняются и унифицируются требования к форме, элементам арбитражного соглашения.

В современный период глобализации экономики значительная роль принадлежит хозяйственным договорам (контрактам), которыми субъекты хозяйствования оформляют свои отношения. Регулируемый рынок все чаще получает смешанные правоотношения, которые опосредуются заключением сложных договоров, где стороны вынуждены использовать не один, а сразу несколько договоров, связанных между собой. При этом, договорные связи, учитывая их постоянное развитие, осложняются присутствием иностранного элемента, что выходит за рамки одного правопорядка и влияет, как на договорные связи, так и на выбор форм защиты и форм разрешения экономических (хозяйственных) споров.

Одной из отраслей, для которой характерным является регулирование отношений посредством системы договорных связей, является строительная отрасль. В числе

примеров системы договорных связей в сфере строительства, следует назвать генеральные соглашения, рамочные договора, договора о сотрудничестве, составляющими которых, как правило, являются элементы организации, финансирования, исполнения ряда работ и т.д.. Особенности договорных связей при осуществлении строительной деятельности усматриваются не только в осложнении договорной природы, но и сложностью, неоднородностью средств регулирования, спецификой процедур строительства, в частности:

- порядка допуска к застройке территории;
- условий получения градостроительных условий и ограничений застройки земельных участков (речь идет о получении исходных данных, технических условий);
- порядка допуска к осуществлению строительной деятельности (наличие соответствующей проектной документации, экспертиз, согласований, разрешений на выполнение строительных работ);
- способов осуществления строительной деятельности и условий финансирования (например, если это объекты некоммерческой недвижимости — фонды финансирования строительства, фонды операции с недвижимостью, институты совместного инвестирования, эмиссия целевых облигаций предприятий и т.д.);
- иных документов, которые необходимы для обеспечения требований относительно объектов строительства и выполнения строительной деятельности.

Как правило, такого рода договорные связи являются предметом разбирательств государственными судами, при этом разрешении таких споров усложняется необходимостью исследования целого комплекса организационно-хозяйственных и хозяйственно-производственных отношений.

Потенциальная сложность споров в сфере осуществления строительной деятельности, обремененных иностранным элементом, которые возникают из комплексных договорных связей, требующая высокой квалификации специалистов, участвующих в процедуре разрешения споров, делает очевидными преимущества третейского механизма разрешения споров.

Не исследуя проблемы арбитрабельности споров в сфере строительства, участия в арбитражных соглашениях государств или

других субъектов публичного права, задача данной публикации состоит в проведении анализа вопросов, которые характеризуют динамику развития арбитражного соглашения, как инструмента, с помощью которого участники строительной деятельности стремятся обеспечить эффективное, профессиональное рассмотрение экономических споров.

Нормы Законов Украины «О третейских судах» от 11.05.2004 г., «О международном коммерческом арбитраже» от 29.09.2005 г. и доктринальные наработки в области международного права, позволяют сделать вывод о существовании некой условной видовой классификации арбитражных соглашений по различным основаниям:

- эксклюзивные, альтернативные, односторонние, комбинированные (опционные);
- прямые, мультимодальные;
- широкие и узкие;
- совпадающие с типовой оговоркой, модифицированные, институциональные и т.д.

Как правило, все рекомендуемые типовые арбитражные соглашения являются прямыми — допускают право на обращение в арбитраж без соблюдения каких-либо дополнительных процедур.

Привлекательность альтернативных оговорок, часто применимых во внешнеэкономических контрактах характеризуется компромиссом относительно выбора места и регламента арбитражного разбирательства в зависимости от того кто из сторон будет истцом, а кто — ответчиком. Исходя из практики, при наличии такой оговорки, спор будет рассмотрен в арбитражной институции по месту нахождения ответчика. Между тем, учитывая сложности договорных связей в строительстве и множественность его участников, такие оговорки являются непрактичными по причине затруднения подачи встречных исков и различного толкования разными арбитражами одних и тех же положений.

Учитывая, что в сфере строительства в рамках одного договора могут быть переплетены частно-правовые и публично-правовые отношения актуальными являются односторонние оговорки (*unilateral arbitration clauses*). Смысл данной оговорки заключается в следующем: стороны по контракту ограничены в подаче иска рамками определенной судебной юрисдикции, но при этом одна сторона

(реже обе) имеет право инициировать разбирательство спора [2].

Большинство арбитражных соглашений, которые включаются в сложные контракты в сфере строительства (подряд на капитальное строительство, договора о сотрудничестве, об осуществлении инвестиций) относятся к «мультимодальным» арбитражным оговоркам. «Мультимодальные» арбитражные соглашения требуют, чтобы сторона, которая считает, что ее право нарушено или может быть нарушено, сперва осуществила бы определенные процессуальные действия, направленные на урегулирование спора (ведение переговоров, проведение медиации, направление письма с предупреждением о намерении обратиться в арбитраж), и лишь потом, если эти усилия не увенчались успехом, обратилась бы в арбитраж [2].

Включение «мультимодальных» или многоуровневых¹ арбитражных оговорок в сложные договора при осуществлении строительной деятельности предусматривает выбор сторонами, как формы правовой защиты, так и формы разрешения правовых споров. Учитывая организационно-экономическую и техническо-экономическую направленность строительной деятельности, применение многоступенчатого процесса урегулирования спорных вопросов является одним из эффективных и значимых в веренице существующих процедур. Как правило, речь идет о комбинации доарбитражного урегулирования спора и арбитража. Но здесь важно доарбитражную процедуру рассматривать не только с позиции просто проведения переговоров между сторонами по сделке, а с позиции необходимости обращения к экспертам, инженерам, техническим специалистам, целью которых является не разрешение правовых вопросов, а нахождение приемлемого для обеих сторон коммерческого решения спорного вопроса. Например, в договорах строительного подряда, стороны прописывают в арбитражном соглашении детальную процедуру переговоров на уровне корпоративного управления или ведущих технических специалистов, за которой следует создание специального органа (Dispute Review or Expert Board), на который возлагается обязанность принять согласованное разрешение по возникшему спору [3]. Учитыва-

вая долгосрочный и специфический характер подрядных договоров применение комплексных процедур, с указанием четких формулировок позволяет сохранить партнерские отношения, соответствующую репутацию на рынке, получить экспертное решение соответствующих специалистов в данной отрасли, указывает на желание сторон сотрудничать и избежать юридического конфликта.

Указывая, что «мультимодальные» арбитражные оговорки предусматривают выбор сторонами, как формы правовой защиты, так и формы разрешения правовых споров имеется в виду, что с помощью переговоров, экспертных заключений правовая защита не осуществляется, но при этом указанные процедуры являются формами разрешения конфликтов. В свою очередь, арбитраж, как исключительная и заключительная стадия — является и формой правовой защиты, и формой разрешения споров, для которого важным является факт наличия проведения доарбитражных процедур (если оговорка содержала обязательность таких условий).

В отличие от государственных судов, для которых досудебное урегулирование споров является не обязательной процедурой, для арбитража, как заключительной стадии при «мультимодальной» оговорке, невыполнение доарбитражных процедур, ее пропуск, является основанием для отказа в рассмотрении иска арбитрами.

В том случае, когда право на обращение в арбитраж обусловлено соблюдением определенных доарбитражных процедур, истец должен позаботиться о том, чтобы иметь возможность представить составу арбитража доказательства того, что он сделал все, что от него требовалось для урегулирования спора до обращения в арбитраж [4].

Вывод. Таким образом, целесообразность «мультимодальной» арбитражной оговорки при сложных договорных связях очевидна и от ее характера, условий будет зависеть как этапы урегулирования спора, так и возможности арбитража. При этом, определяя разрешения споров, используя «мультимодальную» оговорку, задачей сторон договорных связей в сфере строительства является четкость формулировок, от которых будет зависеть *право следовать*, либо *обязанность следовать* прописанным сторонами доарбитражным процедурам.

¹ Модальные оговорки в литературе известны еще как многоуровневые

Література:

1. Thomas E. Cardonneau, Cases and Materials on the Law and Practice of Arbitration, 3rd ed. (Thomson — West 2005). — P. — 5.
2. Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров / К. Содерлунд // Международный коммерческий арбитраж. 2006. — №3. — С. 100—114.
3. Слипачук Т.В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://www.tpprf-mkac.ru/en/component/docman/cat_view/77---?start=35
4. Международный коммерческий арбитраж : учебник / Б.Р. Карабельников. — М. : Инфотропик Медиа: б.и., 2012. — 576 с.

Квасніцька О.О. Теоретичні аспекти інституту арбітражної угоди при вирішенні спорів, що виникають у сфері будівництва ускладнених іноземним елементом.

Анотація. Публікацію присвячено дослідженню правової природи арбітражної угоди та її ролі у вирішенні економічних конфліктів, що виникають у разі здійснення будівельної діяльності за участю іноземного інвестора. Проаналізовані особливості договірних зв'язків у сфері будівництва та на підставі аналізу мультимодального арбітражного застереження зроблено висновки про його теоретичні і практичні аспекти, та значення для вирішення конфлікту на відміну від інших видів арбітражних застережень.

Ключові слова: арбітражна угода, арбітраж, мультимодальні арбітражні застереження, договірні зв'язки, іноземний елемент, будівельна діяльність, будівельна галузь.

Kvasnitska O. O. Theoretical aspects of institute of arbitration agreement at permission of spores arising up in the field of building complicated by a foreign element.

Summary. A publication is sanctified to research of legal nature of arbitration agreement and his role in permission of economic spores during realization of building activity with participation a foreign investor. The features of contractual connections are analysed in the field of building and on the basis of analysis of multimodal arbitrage reservation drawn conclusion about her theoretical and practical aspects, and value for permission of conflict unlike another types of arbitrage reservations.

Keywords: arbitration agreement, arbitration, multimodal arbitrage reservations, contractual connections, foreign element, building activity, building industry.