

УДК 341.6

Юрах Віталій Михайлович

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри державно-правових
дисциплін та адміністративного права,
Центральноукраїнського державного
педагогічного університету імені Володимира Винниченка
yuraxandko@gmail.com

Поддєнєжний Артем Русланович

Студент 2-го курсу магістратури
Київського національного університету імені Т.Шевченка
artempost012@gmail.com

ВИЗНАЧЕННЯ ТА ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ПАТОЛОГІЧНИХ ЗАСТЕРЕЖЕНЬ ЯК ВИДУ АРБІТРАЖНИХ ЗАСТЕРЕЖЕНЬ

Стаття присвячена аналізу поняття патологічних арбітражних застережень з метою виявити сучасний підхід до його розуміння, встановлено спільні та відмінні риси у поглядах науковців на зазначене явище, окреслено межі котрі охоплює поняття патологічних застережень.

Ключові слова: арбітражне застереження, арбітраж, патологічне застереження, дефектне застереження.

Yurakh V.M., Poddnezhnyy A.R. DEFINITION AND HISTORICAL DEVELOPMENT OF PATHOLOGICAL WARNINGS AS AN ARBITRATION WARNINGS

An article devoted to analysis of the pathological arbitration clauses with the aim to recognize contemporary approach of its understanding. Established common and distinctive features in the views on mentioned phenomenon, outlined a scope which In the international literature, two approaches to the interpretation of pathological warnings can be distinguished in a narrow and broad sense.

The narrow interpretation more likely includes ambiguous, inaccurate, uncertain reservations that affect formal requirements for arbitration agreements. It is obvious that formal requirements lie in the plane that the parties can predict in advance or should foresee and incorporate into an agreement. cover notion of pathological clauses.

Understanding in the broad sense includes the bases applicable in the narrow approach and the issue of arbitrable disputes, execution and validity of the agreements based on the general provisions of the contract law. In the broadest sense, the range of defects is expanded with a violation of the rules of contractual law, and in particular, it may be manifested in violation of the balance of rights of the parties in the agreement, agreements imposing unreasonable encumbrances on one of the parties, the agreements are contrary to the principles of law, compromised agreements, threats from one side, transactions concluded in error, agreements with an inappropriate place of arbitration, and transactions concluded as a result of fraud.

Key words. Arbitration clause, arbitrage, pathological clause, defective clause.

Постановка проблеми. Сучасний розвиток міжнародних комерційних відносин потребує швидкого й оперативного способу вирішення спорів, де арбітраж є одним з найпоширеніших. Арбітражне застереження, як ключова фігура арбітражного процесу має укладатись належним чином аби не створювати додаткових перешкода для арбітражу. Однак на практиці сторони укладають застереження, котрі переривають гладкість ходу арбітражного процесу чи взагалі унеможливають останній. Розгляд таких застережень та узагальнення попередніх невдач повинні слугувати запобіганню його проявам у майбутньому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. В цілому аналізом патологічних арбітражних застережень займаються як іноземні так і українські науковці серед яких зокрема: В.Погорецький, Л.Винокурова, З.Литвиненко, Б.Девіс, Ф.Бессон, С.Кролл, А.Джейн, Г.Редферн, Г.Борн та інші. Разом з тим немає одностайного підходу до патологічних застережень, що і буде висвітлено у статті.

Формування цілей статті. Метою даної статті є аналіз підходів науковців до проблеми патологічних застережень для того аби сформулювати ключові підходи до розуміння явища та окреслити розбіжності між ними.

Виклад основного матеріалу. Вислів патологічні застереження відкрив світу Фредерік Ейзман. Згідно з Ейзманом є чотири істотні елементи арбітражного застереження:

«Перший, що спільний для всіх угод, створити зобов'язуючі умови для сторін;

Другий, виключити втручання державних судів в арбітражний розгляд, принаймні до винесення рішення;

Третій, надати повноваження арбітрам для вирішення спору між сторонами;

Четвертий, дозволити впровадити процедуру, котра вестиме за найкращих умов ефективності та швидкості до винесення рішення, що підлягає виконанню» [1, с. 130].

Таким чином, арбітражне застереження стає патологічним коли відхиляється бодай від одного з зазначених істотних елементів. Термін патологічне широко вживається наряду з дефектним, що по суті є тотожними поняттями.

На сучасному етапі наукових розробок існують різні підходи до визначення самого поняття патологічних застережень, їх межі та критеріїв відповідності того чи іншого застереження до патологічного.

В. Погорецький відносить до патологічних умов застережень наприклад: усні арбітражні застереження, не обов'язковий чи факультативний характер арбітражного застереження, відсилання до неіснуючої установи чи установи що припинила функціонування, відсутність кількості арбітрів в арбітражній угоді чи процедури їх призначення, неправильне найменування інституції, що призначає арбітрів, обов'язковість медіації чи примирювальної процедури, конкуренція норм арбітражної угоди з публічним порядком країни чи міжнародного публічного порядку, непідходяще місце арбітражу, угода що суперечить правилам розгляду справ інституції до якої вона відсилає, неправильні межі арбітражної угоди, відсутність мови арбітражу, помилки механічного характеру, описки та укладення двосторонньої арбітражної угоди в багатосторонніх відносинах [2, с. 3-12].

Підхід якого дотримується науковець являється традиційним та відповідає скоріше вузькій інтерпретації патологічних застережень. Хотілось би підкреслити на тому, що усна форма арбітражної угоди зазначалась, що є цікавим, оскільки це відсилає до питання укладення арбітражної угоди та відповідно до формальних вимог. Однак це дуже спірне твердження оскільки в деяких державах (на момент написання статті їх 22) прийняті і діють положення Типового закону Юнсітрал [3] з поправками внесеними в 2006 році, які в свою чергу визнають дійсними арбітражні угоди, які укладені в усній чи будь-якій іншій формі що дозволяє зафіксувати зміст угоди. До того ж деякі держави можуть встановлювати в національному законодавстві більш сприятливі умови до форми договору, що в свою чергу може застосовуватись до арбітражних застережень на підставі статті 5 Нью-Йоркської конвенції [4]. У випадках зазначених вище, усна форма застереження не буде вважатись патологією, хоча слід зазначити, що навіть у випадку узгодження форми угоди з законом місця арбітражу чи правом застосовуванню до арбітражного застереження труднощі можуть виникнути на стадії визнання та виконання рішення арбітрів в юрисдикціях котрі не визнають усної форми угоди.

Л. Винокурова використовує термін дефектні та зазначає, що арбітражні застереження з істотними дефектами є патологічними, оскільки: «нечітке, туманне, незрозуміле формулювання арбітражної угоди не дозволяє встановити дійсні наміри сторін щодо арбітражного механізму вирішення спору, що як правило тягне визнання арбітражної угоди недійсною» [5, с. 70].

З. Литвиненко визначає, що патологічні застереження «мають суттєві дефекти, неточні чи двозначні положення, котрі не дозволяють встановити справжні наміри сторін стосовно арбітражного розгляду» [6, с. 68].

Ю. Черних розділяє поняття дефектного та патологічного застереження наступним чином: дефектні арбітражні угоди дозволяють встановити справжні наміри сторін, не дивлячись на деякі неточні положення. Патологічні застереження містять дефекти котрі не дають змоги чи ускладнюють виконання арбітражної угоди і не дають змоги встановити намір сторін передати спори на вирішення арбітражу [7, с. 393].

Слідуючи підходу колег виникають протиріччя з критеріями встановленими Ф. Ейзманом. Згідно з наведеними визначеннями, відсутність наміру сторін передати спори в арбітраж є ознакою патологічного застереження, відтак всі чотири критерії Ейзмана не будуть дотримані, оскільки за відсутності волевиявлення сторін не може бути зобов'язуючої арбітражної угоди, суди будуть втручатись в арбітражний процес, що відповідно тягне за собою недійсність угоди. До того ж дефект стосовно наміру сторін є фундаментальним, оскільки за сучасного підходу арбітражних юрисдикцій чітко виражений намір сторін є ледь не єдиною умовою дійсності арбітражної угоди тоді як наступні дефекти: двозначність, описки в назві інституції, факультативність арбітражного процесу хоч і наводять сумнів стосовно справжнього наміру сторін, проте можуть бути виправлені шляхом інтерпретації угоди. Також якщо керуватись наведеними визначеннями то такі дефекти як неправильне найменування установи, непідходяще місце арбітражу, відсутність зазначення місця арбітражу, права арбітражу, мови, не обов'язковий характер угоди не є патологічними умовами, оскільки в більшості про арбітражних юрисдикцій такі дефекти не ведуть до недійсності арбітражної угоди.

Нещодавно суд у Лісабоні в своєму рішенні і звернувся до питань патологічних застережень та надав власну інтерпретацію з цього питання. Суд зазначив, що існує два ключові елементи, які є обов'язковими для

дійсності угоди: «характер спору підпадає під межі арбітражної угоди та згода сторін передати спори в арбітраж». Інші ж елементи є факультативними, як от мова, місце арбітражу, арбітражний регламент, право арбітражу та ін. Що ж до патологічних застережень то суд роз'яснив «арбітражна угода може бути патологічною коли її умови двозначні чи містять хибні положення але такі відхилення не зачіпають дійсність арбітражного застереження» [8, с. 351].

Б. Девіс один з перших науковців який досліджував критерії Ейзмана стосовно патологічних застережень. В своїй роботі автор наводить та аналізує приклади застережень з патологіями, а також наводить класифікацію патологічних застережень поділяючи їх на «виліковні» та «невиліковні» [9, с. 386].

До кола патологічних умов Б. Девіс включає: факультативне слово можуть передати спір до арбітражу, не зазначення місця розташування установи, помилка в назві установи, протиріччя в значенні умов у двомовному договорі, угоди з кількома умовами стосовно місця арбітражу, не обов'язковий характер арбітражного вирішення спору: тобто відсилання одразу до суду та арбітражної установи, відсилання до арбітражної установи без зазначення застосовуваної арбітражної процедури, застереження, що відсилають до двох арбітражних установ, відсилання до неіснуючої установи, зазначення двох уповноважених установ для призначення арбітрів, наявність обов'язкового доарбітражного судового вирішення спору, примирювальна та арбітражна процедура стосовно одних і тих же правовідносин, «плаваюче» застереження тобто з обмеженим обсягом, а також відсутність процедури до ad hoc арбітражу. В своїй роботі Б. Девіс проаналізував значну кількість застережень взятих з практичного досвіду, однак автор не намагався надати власного визначення чи ознак до проблемного питання. Втім з переліку умов стає зрозумілим, що питання дійсності арбітражної угоди відповідно до істотних умов не аналізувались.

С. Крол аналізує застереження, що не можуть бути виконані, користуючись термінологією Нью Йоркської конвенції зазначає, що «патологічні застереження перший якщо не єдиний приклад застережень, що не можуть бути виконані». Втім ми розуміємо, що поняття патологічних застережень є ширшим оскільки вони можуть бути як «виліковні» так і «невиліковні». Втім далі автор роз'яснює, що «застереження котрі не можуть бути виконані можуть відноситись до патологічних всього в декількох випадках коли невідповідність, суперечності чи туманність патологічної угоди не можуть бути усунені інтерпретацією чи іншими засобами договірної права як от застосовувані положення чи додаткова розширена інтерпретація» [10, с. 330]. Втім ми розуміємо, що С. Крол послідовник широкого підходу до інтерпретації патологічних застережень. С. Крол наводить приклади «виліковних» і «невиліковних» застережень: Припинення вибраної арбітражної установи, проблеми з формуванням арбітражного трибуналу, невизначене місце арбітражу, не доступність обраного арбітра, неможливість арбітражної процедури у визначеному місці, недостатність коштів для арбітражної процедури, багатосторонні відносини де спори, що виникають виходять за межі арбітражної угоди, чи коли не всі сторони зобов'язані арбітражною угодою.

В своїй роботі науковець С. Бессон зазначив, що патологічні застереження не завжди нікчемні чи неефективні. Він також погодився, що «виліковні» патології можуть бути усунені інструментами контрактного права. Як ми бачимо з визначення С. Бессон слідує широкому підходу до інтерпретації, що ж до патологічних умов то науковець наводить наступні: Одна з найпоширеніших помилок стосується визначення арбітражної установи, труднощі від дефектної процедури призначення арбітрів, особливо де невдалі відхилення допущені від регламенту установи, протиріччя у відсиланні як до арбітражної так і до судової юрисдикції, «білі застереження», які встановлюють волю сторін передати справу на розгляд до арбітражу та не зазначають порядок формування арбітражного трибуналу чи установу яка б могла їм асистувати в цьому, Дефекти які призводять до нікчемності, втрати сили та неможливості виконання у термінах Нью Йоркської конвенції [11, с. 129].

Згідно з Р. Д. Бішопом, патологічні арбітражні застереження можуть бути визначені як: «застереження побудовані таким шляхом, що можуть призвести до спорів в його тлумаченні, можуть вилитись у невиконанні арбітражного застереження чи можуть вилитись у невиконання арбітражного рішення» [12, с. 18].

Р. Д. Бішоп наводить приклади патологій, котрі призводять до різних наслідків як от додаткові витрати для сторін, втручання суду в арбітражний розгляд, втрата сили, неможливість виконання. Список патологічних умов згідно з Р. Д. Бішопом: двозначність стосовно наміру сторін до обов'язкового арбітражу, зазначення конкретного арбітра котрий зараз недоступний чи відмовляється вести розгляд, зазначення установи для адміністрування арбітражного процесу чи для призначення арбітрів коли така установа ніколи не існувала, невірно зазначена чи відмовляється діяти, встановлення необгрунтовано коротких строків для дій арбітрів, встановлення значних спеціальних вимог стосовно кваліфікації арбітрів, встановлення нечітких регламентів чи таких що мають протиріччя.

М. Мольфа визначає патологічні застереження як: «арбітражні угоди котрі містять дефекти, що відповідальні за переривання гладкості арбітражного процесу» [13, с. 163].

Автор наводить різні причини котрі приводять до патологій. Практично він віднайшов три принципові причини: неточність, невідповідність та втрата сили. Автор зазначає що двозначність це неточність яка виникає внаслідок необов'язкового відсилання до арбітражу, а також «порожні» застереження, коли застереження не

визначає арбітражний регламент, арбітражну установу головує в арбітражному процесі чи порядок призначення арбітрів. Прикладами арбітражного застереження яке втратило силу можуть бути: назва установи вказана неправильно чи вибрана установа припинила існування чи механізм призначення арбітрів встановлений в застереженні-дефектний.

А. Джейн розуміє патологічні застереження як фразу для того щоб описати арбітражні застереження з дефектом(ами). Наслідками дефектів автор наводить: переривання арбітражного процесу чи спричинення краху їх обох. Як приклади патологій автор наводить наступні: помилки у визначенні арбітражної установи чи регламенту, помилки стосовно кількості арбітрів, “порожні” застереження, застереження котрі надають вибір сторонам, одне застереження відсилає до суду коли інше в договорі до арбітражу, застереження з альтернативними арбітражними установами чи арбітрами, двозначність стосовно того чи це арбітражне застереження чи застереження експертного визначення, використання слів незобов’язуючого значення, питання включення арбітражного застереження до договору укладеного між сторонами [14, с. 435].

І. Веслер аналізувала дефектні застереження з точки зору проблем котрі можуть поставити під сумнів компетенцію арбітражу щодо вирішення спору. Автор зазначає, що «формальні або істотні дефекти арбітражної угоди є першочерговими причинами оспорювання компетенції арбітражу» [15, с. 7]. І. Веслер також наводить дефекти формального характеру: арбітражна угода не зафіксована у жодній формі, контракт не підписаний уповноваженим представником та інші дефекти що не відповідають вимогам застосовуваного закону. Також дефекти можуть впливати на виконання угоди, такими зокрема відмічаються: застереження що втратили силу-зазначена установа чи арбітр не доступні, не обов’язкові угоди, застереження з вузьким обсягом. Як ми бачимо з переліку ознак та умов автор слідує широкій інтерпретації, хоча детально дефекти не аналізуються.

М. Мозес згадуючи недійсність арбітражної угоди зазначає, що: «Дефектні застереження ... можуть бути інтерпретовані судом аби дотримати намір сторін передати спір арбітражу, навіть якщо вибір установи чи регламенту був неточним...застереження може бути визнане настільки туманним що просто скасовує угоду» [16, с. 480].

Автор описує значну кількість патологічних умов: застереження можуть бути неоднозначним, двозначним, містити помилкову інформацію, застереження може містити неправильну назву арбітражної установи чи регламенту, що виливається у вибір неіснуючої установи, застереження що обирають конкретного арбітра, котрий може бути покійний на час початку арбітражу, суперечливі застереження-два застереження до одного договору містять юрисдикцію як суду так і арбітражу. Як ми бачимо, також слідує широкому підходу вказуючи, що патологічні умови не можуть бути усунені призводять до скасування угоди.

Висновки. Автори з різних країн наряду з терміном патологічні застосовують термін дефектні, що не змінює суті розглядуваного явища. Таким чином коло патологій є абсолютно дзеркальним колу дефектів арбітражного застереження.

Підсумовуючи викладений матеріал ми можемо прийти висновку, що критерії Ейзмана стосовно розуміння патологічних застережень навіть коли автори використовують термін дефекти є досі актуальними та застосовуються значною кількістю сучасних науковців. Більшість розглянутих робіт визначають, що деякі патології можуть бути усунені інструментами контрактного права, а в протилежному випадку спричиняють неможливість арбітражного розгляду, виконання рішення чи є наслідком недійсність арбітражної угоди.

В міжнародній літературі можна виділити два підходи стосовно інтерпретації патологічних застережень у вузькому та широкому сенсі. Вузька інтерпретація скоріше включає двозначні, неточні, невизначені застереження що зачіпає формальні вимоги до арбітражних угод. Очевидним є що формальні вимоги лежать в площині того, що сторони можуть заздалегідь передбачити чи повинні передбачити та включити в угоду. Розуміння в широкому сенсі включає підстави застосовні у вузькому підході та питання арбітрабельності спорів, виконання та дійсності угод на підставі загальних положень договірної права. У широкому розумінні коло дефектів розширюється порушенням норм договірної права та зокрема може виявлятися у порушенні балансу прав сторін в угоді, угоди що накладають не обґрунтовані обтяження на одну з сторін, угоди суперечать засадам законності, угоди укладені під примусом, погрозами, з боку однієї сторони, угоди укладені помилково, угоди з неподходящим місцем арбітражу, та угоди укладені внаслідок обману.

Список використаних джерел:

1. Frederic Eisemann. La clause d'arbitrage pathologique. // Arbitrage Commercial: Essais in memoriam Eugenio Minoli 129. 1974.
2. Погорецкий В. Теория “патологии арбитражного застережения” / В. Погорецкий // Юридический радник. – 2008. - №1. – С. 3-12.
3. UNICITRAL Model law on international commercial arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.
4. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention. 1958.
5. Винокурова Л. Арбитражная угода: теоретичні питання, що мають практичне значення / Л. Винокурова // Юридична газета. – 2004. – № 13: [Електронний ресурс] - Режим доступу: <http://www.yur-gazeta.com>.

6. Литвиненко З. Подання позову до міжнародного комерційного арбітражного суду / З. Литвиненко // *Право України*. – 2011.– №1. – С.68.
7. Черних Ю. Дефектні та патологічні арбітражні застереження як каталізатор неетичного у міжнародному комерційному арбітражі цитовано з Прусенко Г.Є, Поняття “Патологічного” арбітражного застереження у Міжнародному комерційному арбітражі, *Студентська Трибуна* / Ю. Черних - 2013, с. 392.
8. Duarte G. Henriques “Pathological arbitration clauses, good faith and the protection of legitimate expectations”. *Arbitration International*, 2015, 31, 349–362.
9. B.G. Davis. “Pathological Clauses: Frédéric Eisemanns still vital criteria” // *Arbitration International*. 1991, Vol. 7, No 4.
10. Stefan Kröll, The ‘Incapable of Being Performed’ Exception in Article II (3) of the New York Convention, in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards—The New York Convention 1958 in Practice*.
11. J.-F. POUURET AND S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd edition, 2007, pp. 123-141.
12. R. Doak Bishop. *Practical guide for drafting arbitration clauses* // *Int-l Energy L. & Tax-n Rev*. 2000, 16.
13. Milo Molfa, *Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*, 37 *Hong Kong L.J.* 161 (2007).
14. Alok Jain, *Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts*, 25 *J. Int'l Arb.* 433 (2008).
15. Irene Welser, *Pitfalls of Competence*, 2007. - 28 p.
16. Moses, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. New York (N.Y.): Cambridge University Press, 2008.

REFERENCES

1. Frederic Eisemann. (1974). La clause darbitrage pathologique. *Arbitrage Commercial: Essais in memorium Eugenio Minoli* [in English].
2. Pohoretskyi, V. (2008). Teoriia “patolohii arbitrazhnoho zasterezhennia” [Theory of “pathology of arbitration clause”]. *Yurydychnyi radnyk – Legal counsel*, 1, 3-12 [in Ukrainian].
3. *UNICITRAL Model law on international commercial arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006*. (n.d). [in English].
4. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the “New York” Convention*. (1958). [in English].
5. Vynokurova, L. (2004). Arbitrazhna uhoda: teoretychni pytannia, shcho maiut praktychne znachennia [Arbitration agreement: theoretical issues of practical importance]. *Yurydychna hazeta – Legal newspaper*, 13. Retrieved from <http://www.yur-gazeta.com> [in Ukrainian].
6. Lytvynenko, Z. (2011). Podannia pozovu do mizhnarodnoho komertsiiinoho arbitrazhnoho sudu [Filing a claim to the International Commercial Arbitration Court]. *Pravo Ukrainy – The Law of Ukraine*, 1, 68 [in Ukrainian].
7. Chernykh, Yu. (2013). Defektni ta patolohichni arbitrazhni zasterezhennia yak katalizator neetychnoho u mizhnarodnomu komertsiiinomu arbitrazhi tsytovano z Prusenko H.Ie, Poniattia “Patolohichnoho” arbitrazhnoho zasterezhennia u Mizhnarodnomu komertsiiinomu arbitrazhi [Defective and pathological arbitration clauses as a catalyst for non-ethical in international commercial arbitration quoted from Prusenko G.E., The notion of "Pathological" arbitration clause in the International Commercial Arbitration]. *Studentska Trybuna – Student's Tribune* [in Ukrainian].
8. Duarte, G. (2015). Henriques “Pathological arbitration clauses, good faith and the protection of legitimate expectations”. *Arbitration International*, 31, 349–362 [in English].
9. Davis, B.G. (1991). “Pathological Clauses: Frédéric Eisemanns still vital criteria”. *Arbitration International*, 4 [in English].
10. Stefan Kröll, (1958). *The “Incapable of Being Performed’ Exception in Article II (3) of the New York Convention, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention 1958 in Practice* [in English].
11. POUURET, J.-F., & BESSON, S. (2007). *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd edition [in English].
12. Bishop, R. Doak. (2000). *Practical guide for drafting arbitration clauses*. *Int-l Energy L. & Tax-n Rev* [in English].
13. Milo Molfa. (2007). *Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*. Hong Kong: L.J. [in English].
14. Alok Jain. (2008). *Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts*, 25 *J. Int'l Arb.* 433 [in English].
15. Irene Welser. (2007). *Pitfalls of Competence* [in English].
16. Moses, Margaret L. (2008). *The principles and practice of international commercial arbitration*. New York: Cambridge University Press [in English].

Стаття надійшла до редакції 19.03.2018