

**Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ:
долгожданные изменения и как с ними арбитражить**

**Т.В. Слипачук
Юрист&Закон,
29.09.2010 – 05.10.2010**

Введение

С 15 августа 2010 года в силу вступила новая редакция Арбитражного регламента Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Обновленная версия Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ будет применяться к тем арбитражным соглашениям, которые будут заключены между сторонами, начиная с 15 августа 2010 года. В отношении ранее заключенных соглашений, если не будет специального соглашения сторон об ином, по-прежнему будет применяться версия 1976 года.

Рабочая группа была создана и работала над изменениями с 2006 года, и вот только 25 июня 2010 года приняла столь долгожданную и обсуждаемую новую редакцию, пожалуй, самого популярного арбитража ad hoc. Нельзя забывать и то, что специфика данного регламента заключалась в том, что он мог быть использован не только сторонами коммерческих споров, но и в арбитраже между государством и иностранным инвестором. Такая опция содержится в большинстве существующих двусторонних соглашений о защите инвестиций. Безусловно, это обстоятельство предполагало особый подход и к пересмотру положений Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

С момента принятия Арбитражного Регламента в 1976 году – это первая редакция. Нельзя забывать, что с момента его принятия история применения Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ была довольно успешной. Он послужил (наряду с Типовым Законом ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1980 года) основой для ряда регламентов национальных институциональных центров международного арбитража, затем нельзя не отметить использование данного регламента с начала 80-х годов прошлого столетия в качестве арбитражных правил рассмотрения споров Иран-США, а затем и в инвестиционных спорах. Многие постоянно действующие арбитражные институты, среди которых и МКАС при ТПП Украины, приняли специальные правила оказания административного содействия арбитражу ad hoc, проводимому в соответствии с Арбитражным Регламентом ЮНСИТРАЛ.

Однако, 30 лет для такого динамичного развивающегося способа разрешения споров как международный арбитраж – это срок. Тогда, в 1976 году невозможно было предугадать все возможные ситуации и проблемы, равно как и предвидеть те инновации и развитие, которые претерпит сфера альтернативного разрешения спора и которые внесет практика инвестиционного арбитража. За этот период в мире появились новые арбитражные центры, регламенты многих арбитражных институций претерпели изменения, развилась практика рассмотрения международных арбитражных споров, произошло заметное взаимопроникновение в нее правовых культур континентальной Европы и стран общей системы права.

Изменения, которые внесены в регламент призваны обеспечить его соответствии новым потребностям бизнеса, отразить уже сложившиеся практические механизмы, как, впрочем и устранить ставшие уже всем понятными недостатки и явные просчеты. При этом сама структура регламента не была изменена, как и его основная идея в части применения именно к арбитражным разбирательствам ad hoc, в рамках которых стороны сохраняют значительные возможности согласовать те или иные аспекты арбитражного разбирательства.

Все это в совокупности, наряду с неослабевающей потребностью иметь в качестве альтернативы продуманный удобный регламент арбитража ad hoc, послужило причиной принятия новой редакции Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ. Украинский бизнес всегда лояльно относился к этому регламенту и нередко использовал его в своих контрактах с иностранными партнерами, если компромисс в части выбора институционального арбитража был недостижим. Более того,

рассмотрение спора с иностранным инвестором по правилам Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ как альтернативная возможность указано в большинстве двусторонних соглашений Украины о защите инвестиций.

В настоящей статье будет представлен лишь краткий анализ наиболее существенных, по мнению автора, из тех новелл, которые содержит новая редакция Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ, при этом анализ следует структуре самого регламента.

Раздел I. Вводные положения

Форма арбитражного соглашения

Первое, что обращает на себя внимание, это отсутствие в **статье 1** жесткого требования о письменной форме арбитражного соглашения. Версия 1976 года начиналась словами, «если стороны в договоре согласились в письменной форме», не оставляя тем самым простора каким-либо интерпретациям. Теперь статья 1 гласит, что *«если стороны договорились о том, что споры между ними в отношении какого-либо конкретного правоотношения, независимо от того, носит ли оно договорный характер, будут передаваться на рассмотрение в арбитраж согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, такие споры подлежат разрешению в соответствии с настоящим Регламентом с такими изменениями, о которых стороны могут договориться»*. Отсутствие жесткой привязки к требованию письменной формы арбитражного соглашения отражает тенденции последних более либеральных подходов к письменной форме и позволит в зависимости от законодательства места арбитража соблюсти как более строгие, так и менее формальные требования к форме арбитражного соглашения.

При этом оговорка, что *«споры подлежат разрешению в соответствии с настоящим Регламентом с такими изменениями, о которых стороны могут договориться»*, позволяет сторонам предусмотреть необходимый уровень требований как к форме арбитражной оговорки, так и в части применения других норм регламента. Типовая арбитражная оговорка уже идет не в сноске, а вынесена в приложение к регламенту. При этом если ранее сторонам указывалось, что они *«могут пожелать»* согласовать компетентный орган, место арбитража, число арбитров и язык арбитража, то теперь регламент указывает, что они должны это сделать.

Новая редакция регламента в отличие от предыдущей содержит положения, рассмотрев которые, стороны могут рассмотреть вопрос о включении в арбитражное соглашение положения об исключении возможности обжалования арбитражного решения, учитывая, однако, такое условие зависит от применимого закона *lex arbitri*.

Уведомление об арбитраже и ответ на него

Нельзя не отметить и изменения в части уведомлений, подаваемых сторонами в период до формирования состава арбитражного суда. В этой части арбитражного процесса (это статьи 3 и 4 новой редакции регламента) теперь их несколько. Для арбитража *ad hoc* инициирование самого разбирательства имеет существенное значение. Что же в нем изменилось?

Новая редакция **статьи 3** отразила возможность множественности истцов или ответчиков, а также изменила требования к уведомлению об арбитраже, расширив понимание оснований спора. Теперь уведомление об арбитраже должно включать не просто *«ссылку на договор, из которого или в отношении которого возник спор»*¹, а *«указание на какой-либо договор или другой юридический документ, из которого или в отношении которого возникает спор, или, в отсутствие такого договора или документа, краткое описание соответствующего правоотношения»*. В определенной степени подобные изменения были вызваны и тем, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ применяется в инвестиционных спорах, когда речь не идет о нарушении контракта или, когда стороной по контракту, в отношении которого возник спор, является не сторона в арбитраже.

Не менее интересны и другие новые изменения, а именно исключение из уведомления об арбитраже понимания его как искового заявления и возможность сформировать состав арбитров, несмотря на недостатки уведомления об арбитраже. Оба изменения призваны внести в арбитражное разбирательство большую степень предвидимости и обеспечить арбитрам возможность более адекватно провести процесс. Этому, по сути, служат и последующие изменения, вынесенные в новую статью 4.

Статья 4 предусматривает подачу ответчиком ответа на уведомление об арбитраже. Как представляется, подобное нововведение очень полезно, ведь ранее, следуя регламенту, формирование состава арбитражного суда происходило без понимания позиции ответчика,

¹ Пп. d) Статьи 3 (3) Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ 1976

которому регламент в принципе не давал возможности ответить на просьбу об арбитраже, в том числе возразить по юрисдикции, заявить о желании подать встречный иск или требование к зачету. Все это ответчик мог высказать значительно позднее, в ответ на исковое заявление при подаче отзыва на иск. С практической точки зрения, отсутствие понимания позиции ответчика при формировании состава арбитража и принятии им первых процессуальных приказов очень нежелательно. Как и уведомление об арбитраже, ответ на него не должен представлять собой в полном смысле отзыв с подробным изложением фактических обстоятельств и юридических аргументов, эти два документа должны лишь очертить позиции сторон. Итак, ответ на уведомление об арбитраже должен содержать, прежде всего, и именно, ответ на информацию, изложенную в уведомлении об арбитраже, а также возможные встречные требования ответчика.

Обращает на себя внимание и новая редакция **статьи 5** регламента, в которой более четко очерчены правила и условия представительства, а также право арбитражного суд по собственной инициативе или по просьбе любой стороны в любое время потребовать подтверждения полномочий, предоставленных представителю, в такой форме, какую может определить арбитражный суд.

Компетентный орган

В отличие от предыдущей редакции в вводные положения включено более расширительное регламентирование положений о компетентном органе (**статья 6**). Как известно, отсутствие эффективной, прежде всего, в части временных затрат, процедуры назначения арбитров является одним из основных недостатков арбитражного разбирательства *ad hoc*, особенно если и сам компетентный орган не согласован. Фактически с самого момента принятия регламента нормы о компетентном органе вызвали много нареканий, в том числе и с точки зрения из нечеткости и размытости в нескольких статьях.

Нынешняя статья 6 не только дает ясное изложение статуса и процедуры, но и существенно подчеркивает значение компетентного органа для арбитражного разбирательства в целом. Интересно, что по новой редакции регламента Генеральный секретарь Постоянной палаты третейского суда в Гааге может быть не только определяющим компетентный орган, но и самим компетентным органом.

С 60-ти до 30-ти дней уменьшены сроки, предоставленные компетентному органу на назначение арбитров, или на уведомление о своем отказе выступать в этом качестве. Кроме того, ниже проанализированная статья 41 регламента четко определила функции компетентного органа и в процессе фиксирования арбитражных сборов и расходов.

Раздел II. Состав арбитражного суда

Данный раздел регулирует все вопросы, связанные с арбитрами и формированием состава арбитражного суда. И он претерпел довольно-таки существенные модификации, которые стоят нашего внимания, поскольку арбитраж хорош ровно настолько, насколько профессиональны арбитры.

Количество арбитров

Как и ранее, если стороны не согласовали число арбитров и если в течение 30 дней после получения ответчиком уведомления об арбитраже стороны не договорились о том, что будет лишь один арбитр, то назначаются три арбитра (**статья 7**). Однако компетентный орган получил право по просьбе какой-либо стороны и в случаях, когда другие стороны не ответили на предложение какой-либо стороны назначить единоличного арбитра в течение установленного срока, и не назначили второго арбитра в соответствии регламентом, назначить единоличного арбитра, если он определит, что с учетом обстоятельств дела это является более целесообразным.

Назначение арбитров

Если в принципе процедура назначения единоличного арбитра или арбитра за сторону и не изменилась, то изложена она более ясно и компактно. Новеллой стала **статья 10**, в которой предусмотрен порядок формирования состава арбитров при множественности сторон (нескольких истцах или нескольких ответчиках).

Если стороны договорились при этом, что арбитражный суд должен состоять из иного числа арбитров, чем один или три, то арбитры **согласно части 2 статьи 10** назначаются таким способом, какой согласован сторонами.

Особое внимание, опять таки с позиции усиления роли и значения компетентного органа, стоит уделить **части 3 статьи 10**, которая устанавливает, что если не удастся учредить арбитражный суд в соответствии с настоящим Регламентом, то компетентный орган, по просьбе любой из

сторон, учреждает арбитражный суд и при этом может отозвать любое ранее произведенное назначение и назначить или переназначить каждого из арбитров, а также назначить одного из них в качестве арбитра-председателя. По сути, в силу этих полномочий компетентным органом может быть снят один из самых больших вопросов, а именно затягивание арбитражного разбирательства стороной недобросовестно саботирующей назначение арбитра в арбитраже *ad hoc*.

Раскрытие обстоятельств арбитрами и отвод арбитров (статьи 11-13)

В **статье 11** более четко определен длящийся характер обязанности арбитра раскрывать не только сторонам, но и другим арбитрам обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его беспристрастности или независимости, за исключением случаев, когда они уже были ранее уведомлены им об этих обстоятельствах. Примечательно, что в приложении к регламенту содержатся типовые заявления о независимости, как это свойственно институциональным арбитражам. Такое новшество нельзя не приветствовать, учитывая и то обстоятельство, что не всегда назначенные в арбитражном разбирательстве *ad hoc* арбитры могут обладать достаточным знанием и опытом, чтобы правильно выполнить обязанность по раскрытию информации и не давать повода для заявления отвода. Новая редакция предусматривает и процедуру отвода, согласно которой, если в течение 15 дней с даты уведомления об отводе не все стороны соглашаются с отводом или если отводимый арбитр сам не отказывается от должности, сторона, заявляющая отвод, может продолжить процедуру отвода и в течение 30 дней с даты уведомления об отводе обратиться с просьбой о вынесении решения об отводе к компетентному органу.

Отвод и замена арбитра (статьи 14 – 15)

Если в отношении отвода имеет место скорее усовершенствование правовой техники изложения, то в части замены арбитра заслуживает внимание положение **части 2 статьи 14**, согласно которой, если, по просьбе какой-либо стороны, компетентный орган определяет, что с учетом исключительных обстоятельств дела было бы оправданным лишение какой-либо стороны ее права назначать нового арбитра, то после предоставления сторонам и остальным арбитрам возможности высказать свое мнение компетентный орган может: а) назначить нового арбитра или б) после закрытия слушаний, уполномочить других арбитров продолжить арбитраж и вынести любое определение или арбитражное решение. Безусловно, в этой связи интересно понимание компетентным органом исключительности обстоятельств дела, ибо отсутствие критериев такой исключительности может привести к перекосам на практике.

Другой интересный момент, что по новой редакции регламента в случае замены арбитра разбирательство возобновляется со стадии, на которой замененный арбитр прекратил выполнять свои функции, если только арбитражный суд не примет иное решение. Ранее повторение слушаний было обязательным.

Исключение ответственности

Статья 16 стала абсолютным новеллой, согласно ей за исключением случаев намеренных противоправных действий, стороны отказываются в полном объеме, в котором это допустимо согласно применимому закону, отказываются от права предъявлять иски арбитрам, компетентному органу и любому лицу, назначенному арбитражным судом, за любые действия или упущения.

Раздел III. Арбитражное разбирательство

Общие положения (статья 17)

Сохраняя основополагающие принципы, новая редакция несколько сместила акценты в их приоритетах и характеристиках. Теперь арбитражный суд может вести арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них на соответствующей стадии процесса разумной возможности для изложения своей позиции. Предыдущая редакция говорила о предоставлении всех возможностей, тем самым давая волю произволу и злоупотреблениям сторонами своими процессуальными правами. Критерий разумности логично снизил эти риски. Важным представляется также комбинация требований обеспечить справедливый и эффективный процесс разрешения спора между сторонами, которые должны лежать в основе ведения разбирательства арбитрами.

Нельзя не отметить и положения **части 2 статьи 17** согласно которой, арбитражный суд может в любой момент после предложения сторонам изложить свои позиции продлить или сократить любой срок, установленный в настоящем Регламенте или согласованный сторонами. Данное положение предоставляет арбитрам возможность контролировать общую продолжительность разбирательства. В **части 5 статьи 17** выписано право арбитражного суда, по просьбе любой стороны, разрешить одному или нескольким третьим лицам вступить в арбитраж в качестве

стороны при определенном условии, описанной в этой же части. Тем самым новая редакция регламента прямо предусмотрела возможность так называемого *joinder*, с правом арбитров вынести одно арбитражное решение или несколько арбитражных решений в отношении всех сторон, участвующих таким образом в арбитражном разбирательстве.

Место арбитража (статья 18) и язык арбитража (статья 19)

Данные статьи не содержат принципиальных новелл, **статья 18** изменена структурно и изложено более ясно и определенно. Так, в отличие от несколько расплывчатой формулировки редакции 1976 года арбитражное решение считается вынесенным в месте проведения арбитражного разбирательства. Что касается положений о языке арбитражного разбирательства, то они не поменялись.

Обмен иском и возражениями на иск (статьи 20 – 22)

Новая редакция регламента однозначно устраняет какое-либо совпадение уведомления об арбитраже и иска. Это два самостоятельных документа.

Истец может рассматривать в качестве своего искового заявления уведомление об арбитраже, но при условии, что такое уведомление об арбитраже соответствует требованиям, предусмотренным к иску, в перечень которых включено теперь и изложение юридических оснований или аргументов, подкрепляющих искомое требование. Также важным является формулирование требований к документам, прилагаемым к иску теперь уже в обязательном порядке. Аналогичный подход сохранен регламентом и к возражениям на иск. Что касается уточнений и изменений к этим двум основным письменным документам, то главное требование к ним сведено не только и не столько ко времени предъявления, сколько к соблюдению пределов компетенции арбитражного суда.

Отвод арбитражного суда по неподсудности (статья 23)

По сути, в новой редакции регламента отражены теперь формулировки Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Обеспечительные меры (статья 26)

Данная статья следует духу и букве Типового закона ЮНСИТРАЛ. Представляется важным то, что она содержит не только понятие обеспечительной меры, но и указывает на некоторые возможные формы последней, в частности арбитражный суд может распорядиться, чтобы сторона (а) поддерживала или восстановила статус-кво до разрешения спора; (b) приняла меры с целью предупреждения текущего или неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу, или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб; (c) предоставила средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение; или (d) сохраняла доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для разрешения спора.

Доказательства и слушания (статьи 27 -31)

Обе статьи изложены в соответствии с современной терминологией и пониманием, без внесения в них принципиальных изменений.

Отказ от права на возражение (статья 32)

Смещен акцент и в понимании отказа от права на возражение, поскольку субъективный критерий «знания» о несоблюдении регламента заменен объективным критерием факта такого возражения. То есть, для реализации права на возражение необходимо незамедлительно возразить против любого требования арбитражного соглашения.

Раздел IV. Арбитражное решение

Принятие решений (статьи 33 – 36)

Регламент вводит и оперирует понятием «отдельное арбитражное решение» (**статья 34**), заменяя им ранее использованные термины о временном, промежуточном или частичном решении. При этом все арбитражные решения излагаются в письменной форме и являются окончательными и обязательными для сторон. Стороны выполняют все арбитражные решения незамедлительно. Регламент устанавливает и основания публикации решения, которая может быть опубликовано с согласия всех сторон (как и в предыдущей редакции) или в тех случаях и в той мере, в каких раскрытие информации об арбитражном решении требуется от стороны в результате лежащего на ней юридического обязательства в целях защиты или сохранения юридического права или в связи с проводимым юридическим разбирательством в суде или другом компетентном органе.

В **статье 34** в отношении определения применимого права (при отсутствии о том соглашения сторон) регламент устанавливает правило *прямого выбора права*, при этом русскоязычная официальная версия регламента указывает, что арбитражный суд применяет право, которое он сочтет уместным (*appropriate*), что с юридической точки зрения звучит несколько неоднозначно. Скорее, в данном случае следует говорить о «*надлежащем*» праве.

Право арбитражного суда выносить решение в качестве "дружеского посредника" или *ex aequo et bono* ограничено только прямым уполномочиванием сторон на это.

Толкование и исправление решения (статьи 37 – 38)

Статьи отредактированы в лингвистическом праве. До 45 дней (вместо 30) продлен срок для внесения исправления в решение арбитражным судом, если оно вносится на основании признания оправданной просьбы стороны об этом.

Определение термина "издержки"(статья 40), расходы и гонорары арбитров (статья 41)

При определении термина издержки в **статье 40** регламент абсолютно справедливо оперирует критерием разумности, тем самым значительно уменьшая риски необоснованного завышения таких издержек арбитрами. Как и ранее, за толкование, исправление или дополнение любого арбитражного решения арбитражный суд не может устанавливать какие-либо дополнительные гонорары, но теперь вправе взимать издержки.

Статья 41 обязывает арбитражный суд незамедлительно после своего образования сообщить сторонам предлагаемую им методику определения размеров гонораров и расходов его членов, включая любые ставки, которые он намерен применять. В течение 15 дней после получения этого предложения любая сторона может передать это предложение на рассмотрение компетентного органа. Если в течение 45 дней после такой передачи компетентный орган определяет, что это предложение арбитражного суда не соответствует требованию разумности (с учетом спорной суммы, сложности предмета спора, времени, затраченного арбитрами, и любых других относящихся к делу обстоятельств), то он может внести в предложение любые необходимые поправки, которые имеют обязательную силу для арбитражного суда.

Резюме

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ предстал миру в своем новом облике. К счастью, работа над изменениями была сделана профессионально и аккуратно, не заставив всех нас ужаснуться или слишком озадачиться, хотя, как и указано в комментариях, некоторые положения являются довольно неоднозначными в понимании. Одно бесспорно, Регламент стал более современным, ясным с точки зрения формулировок и практики. Более того, ряд его положений призван снизить такие негативные аспекты как непредвидимость и необоснованная дороговизна арбитражного разбирательства, свойственные *ad hoc*. Надеемся, что практика будет следовать не только букве, но и духу изменений, что позволит и следующие тридцать лет вести арбитражные разбирательства по Арбитражному Регламенту ЮНСИТРАЛ успешно и эффективно.