

4. АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ ПО ШВЕДСКОМУ ПРАВУ

4.1. Общие вопросы арбитрабельности

В 1999 г. на 32-й сессии ЮНСИТРАЛ арбитрабельность была включена в число вопросов, которые подлежат проработке комиссией. Одновременно было отмечено, что данный вопрос необходимо исследовать не столько для унификации, сколько для выработки понятных и прозрачных моделей арбитрабельности. Действительно, если сравнить арбитражное законодательство разных стран, то будет видно, что арбитрабельность везде понимается по-разному. Такое многообразие негативно сказывается в первую очередь на международном арбитраже, когда, подчиняя разрешение спора определенному арбитражному закону, нельзя полностью исключить того, что в силу применимого закона спор окажется неарбитрабельным. Несмотря на существование данной проблемы, на 32-й сессии ЮНСИТРАЛ было решено включить данный вопрос в число неприоритетных, поскольку концепция арбитрабельности находится в процессе развития и является одним из тех деликатных вопросов, вмешательство в которые не приветствуется рядом стран¹. Несколько позже комиссия ЮНСИТРАЛ вернулась к обсуждению данной проблемы в части арбитрабельности внутрикорпоративных споров, а также споров, связанных с недвижимым имуществом, недобросовестной конкуренцией и банкротствами, но какой-либо серьезной работы по предмету сегодня не ведется.

Принимая во внимание многообразие моделей арбитрабельности, при заключении арбитражного соглашения очень важно понимать, какие ограничения заключены в применимом арбитражном законе и судебной практике места арбитража.

В Законе Швеции «Об арбитраже» вопрос арбитрабельности решен достаточно простым образом, а именно все вопросы, по которым стороны могут достичь соглашения, признаются арбитрабельными². Сам Закон «Об арбитраже» не определяет круга таких споров, за одним исключением: споры с участием потребителей не могут быть предметом арбитражного рассмотрения³. Здесь ориентиром могут служить и иные законодательные акты, содержащие запрет на арбитраж по спорам, касающимся действительности патентов, товарных знаков и прочих объектов интеллектуальной собственности. Соглашения, влекущие нарушение прав миноритарных акционеров, считаются неарбитрабельными в

¹ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-second session 17 May – 4 June 1999. § 351–353.

² Статья 1 (1) Закона «Об арбитраже».

³ Статья 6 (1) Закона «Об арбитраже».

силу того, что затрагивают интересы третьих лиц⁴. Неарбитрабельны в Швеции также и трудовые, семейные и уголовные дела. В то время как вопросы уголовного наказания не являются арбитрабельными, вопросы компенсации ущерба, наступившего вследствие совершения преступления, вполне могут быть предметом исследования арбитража.

В период разработки шведского арбитражного закона 1999 г. обсуждались самые разные модели неарбитрабельности, рассматривались примеры Франции, Германии и других стран. В итоге законодатель применил иной критерий неарбитрабельности – нарушение императивных норм, влекущее негативные последствия для сторон соглашения⁵. Именно нарушение императивных норм, а не сам факт их применения в связи со спором служит основанием неарбитрабельности. Это подтверждается и судебной практикой. Одним из таких примеров стало решение Апелляционного суда Свеа (Стокгольм) от 7 октября 2011 г.⁶

24 января 1990 г. российский заемщик и шведский банк вступили в кредитное соглашение, по которому банк обязался предоставить заемщику ссуду в размере 22 млн шведских крон. В соглашении была сделана ссылка на арбитраж по регламенту Арбитражного института ТПС.

19 декабря 2008 г. банк направил в Арбитражный институт ТПС просьбу об арбитраже. Правление Арбитражного института приняло решение, что местом арбитража будет Стокгольм, Швеция. Ответчик возражал против компетенции арбитража, указывая на неарбитрабельность спора, поскольку правоотношения сторон регулировались императивными нормами валютного законодательства СССР.

Единоличный арбитр в своем решении отметил, что действительно правоотношения сторон регулировались императивными нормами, однако сторонами не были допущены какие-либо нарушения этих норм. Арбитр обязал ответчика выплатить определенную сумму основного долга и проценты.

Ответчик обратился в Апелляционный суд Свеа с требованием отменить решение арбитража, ввиду неарбитрабельности спора, как противоречащего нормам валютного законодательства СССР. Суд указал, что в связи с тем, что местом арбитража выбран Стокгольм, вопросы действительности арбитражного соглашения должны рассматриваться через призму шведского права и шведского закона об арбитраже. Тем временем шведский закон устанавливает, что все вопросы, по которым стороны могут достичь соглашения, являются арбитрабельными.

В своем решении суд указал, что в 1990-х гг. как в СССР, так и в Швеции осуществлялся строгий контроль валютных операций. Однако само по себе заключение договора займа либо платежи по нему не нарушают каких-либо императивных норм валютного законодательства, о котором стороны были конечно же осведомлены на момент вступления в договор. Поэтому спор является арбитрабельным и арбитражное решение не подлежит отмене.

⁴ Per Sundin, Erik Wernberg. The scope of arbitrability under Swedish law // Global Arbitration Review. 2007. P. 64.

⁵ Подготовительные документы к Закону Швеции «Об арбитраже» 5.6 Ny lag om skiljeförfarande. Regeringens proposition 1998/99:35. 12.11.1998. P. 49.

⁶ Svea hovrätt. OOO Moscow City Golf Club v Nordea Bank AB. № T 6798-10. 07.10.2011.

Дискуссионным является вопрос о компетенции состава арбитража в случаях, когда спор является арбитрабельным по закону места арбитража, но неарбитрабельным по закону страны, в которой предполагается исполнение арбитражного решения. С одной стороны, для рассмотрения спора арбитражу достаточно того, чтобы спор мог быть предметом арбитражного разбирательства по арбитражному закону места арбитража. Казалось бы, этого должно быть достаточно для легитимности процесса. Однако в регламенты международных арбитражных центров нередко включена норма о том, что арбитр обязан вынести исполнимое решение⁷. Подобное правило содержится в Арбитражном регламенте ТПС, где устанавливается, что *«арбитр обязан предпринять разумные усилия для вынесения исполнимого арбитражного решения»*⁸. Следовательно, задача арбитра не только в том, чтобы вынести решение по спору, но и в том, чтобы создать предпосылки для исполнения такого решения, т.е. вынести заведомо исполнимое решение. Мнения специалистов по данному вопросу разделились. Одни считают, что арбитр должен подходить к исследованию вопроса арбитрабельности несколько шире и провести анализ арбитрабельности как по закону места арбитража, так и по закону той страны, где предполагается исполнение решения. По мнению других, арбитра не должно заботить, где и каким образом будет исполнено решение, поэтому он может ограничиться исследованием вопроса арбитрабельности по закону места арбитража.

4.2. Арбитрабельность споров, связанных с антимонопольным правом

Отдельно следует отметить тот факт, что шведский законодатель не обошел стороной такой широко обсуждавшийся вопрос, как арбитрабельность споров, связанных с нарушением норм антимонопольного права. Часть 3 ст. 1 Закона «Об арбитраже» устанавливает: *«Арбитры вправе рассматривать вопросы о гражданско-правовых последствиях законодательства о конкуренции, не выходящие за рамки правоотношений сторон»*. Проще говоря, арбитры не вправе давать квалификацию правоотношениям на предмет их соответствия нормам антимонопольного права, однако вправе разрешить вопрос о гражданско-правовых последствиях нарушения таких норм. Данная новелла закона стала ответом на полемику конца 1990-х гг. по вопросу обязанности арбитров *ex officio* исследовать вопрос арбитрабельности спора, вытекающего из нарушения норм антимонопольного права ЕС. Напомним, что причиной широкого обсуждения стало

⁷ Статья 32 Арбитражного регламента LCIA, ст. 41 Арбитражного регламента ICC, ст. 36.2 Арбитражного регламента SIAC и др.

⁸ Статья 47 Регламента ТПС.

решение Суда ЕС *Echo Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*⁹. Суть спора состояла в следующем¹⁰.

Спор между Benetton, Eco Swiss и Vulova Watch Company возник из досрочного расторжения лицензионного договора со стороны Benetton. По лицензионному договору Eco Swiss получала право на производство часов под маркой «Benetton by Vulova» (BbV), а Benetton и Vulova – на исключительное право продажи данной продукции на территории Италии для Benetton и соответственно на территории других членов ЕС для Vulova.

Арбитраж вынес решение, в котором признал Benetton виновной, и обязал возместить убытки за досрочное расторжение договора.

Benetton обратилась в Окружной суд Гааги с заявлением об отмене арбитражного решения на основании противоречия публичному порядку в рамках ст. 1065 (1) (e) Гражданского процессуального Кодекса Нидерландов¹¹, мотивируя заявление тем, что лицензионный договор противоречит положениям норм антимонопольного права ЕС, а именно ст. 81 Договора ЕС, которая устанавливает запрет на действия либо на сговор между компаниями, ограничивающие конкуренцию. Дело дошло до Верховного суда, который в рамках ст. 234 Договора ЕС¹² запросил разъяснений у Суда ЕС.

В своем решении Суд ЕС счел, что ст. 81 имеет существенное и основополагающее значение для функционирования ЕС и, в частности, для внутреннего рынка. Данная статья, заключил Суд ЕС, несомненно, является примером публичного порядка, и, следовательно, любые правоотношения в нарушение данной статьи могут считаться основанием для отмены арбитражного решения как противоречащего такому порядку.

*Суд постановил, что решения арбитража, противоречащие ст. 81 Договора ЕС, подлежат отмене компетентным государственным судом. Более того, решение Суда ЕС косвенно наделяет арбитражи компетенцией применять *ex officio* нормы права ЕС для определения арбитрабельности спора в тех случаях, когда спорное правоотношение затрагивает публичный порядок, установленный правовыми нормами ЕС.*

Из прочтения шведского Закона следует, что арбитры не обязаны исследовать *ex officio* вопрос об арбитрабельности в связи с нарушением норм антимонопольного права ЕС. Роль арбитров заключается исключительно в разрешении гражданско-правового спора и определении последствий нарушения договора. Такой подход представляется единственно верным.

В противном случае, если возложить на состав арбитража полномочия по выявлению нарушения антимонопольных норм, возникает вопрос: что делать, если в процессе

⁹ Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055.

¹⁰ См.: Зыков Р.О. *Ordre public* нормы антимонопольного права Европейского союза как основание для отмены решения арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 1.

¹¹ Статья 1065 (1) ГПК Нидерландов. «Арбитражное решение может быть отменено только по одному из следующих оснований: (e) решение арбитража либо способ, которым оно было вынесено, попирает публичный порядок или добропорядочные моральные устои».

¹² Статья, содержащая полномочия Европейского суда по интерпретации Договора и правовых актов органов ЕС для установления единообразной практики применения.

разбирательства арбитражу станет очевидным факт нарушения норм антимонопольного права?

Как было отмечено выше, Суд ЕС косвенно признал компетенцию арбитражей исследовать вопросы, выходящие за пределы арбитражного соглашения. Одновременно отмечалось, что такие полномочия скорее носят чрезвычайный характер, поскольку открываются арбитражам тогда, когда существует угроза нарушения публичного порядка, установленного правом ЕС.

Между тем при всем желании увидеть скрытый контекст в отмеченном решении Суда ЕС представляется, что предложенная формула содержит очевидное внутреннее противоречие. Фактически арбитражу предлагается выбрать из двух вариантов, каждый из которых по отдельности может явиться основанием для отмены окончательного решения арбитража. Арбитраж, не поднявший вопроса о несоответствии спорного правоотношения нормам публичного порядка, рискует принять заведомо неисполнимое арбитражное решение. Вместе с тем если арбитраж поднимет вопрос о несоответствии спорного правоотношения нормам публичного порядка, например ст. 81 Договора ЕС, то очевидно, что он выйдет за рамки своего мандата. Таким образом, вновь создается ситуация с заведомо неисполнимым арбитражным решением.

Для расширения своего мандата арбитражу сначала придется доказать сторонам, что решение по существующему спору может быть отменено как не соответствующее нормам публичного порядка. Следовательно, арбитражу необходимо обосновать такую позицию, чтобы стороны наделили его дополнительной компетенцией. Однако на каких основаниях арбитраж принимает такое решение? Очевидно, что такое решение требует предварительного анализа спора, а значит, дополнительного времени, которое и так ограничено процессуальными сроками применимого арбитражного регламента.

Но, даже предположив, что арбитражу удастся убедить стороны и получить их согласие о необходимости проведения правового анализа спора на предмет соответствия нормам публичного порядка, арбитраж столкнется с проблемами иного рода. Предполагаемые трудности в основном будут сопряжены с общей компетентностью арбитра делать выводы о действии норм антимонопольного права.

Среди потенциальных проблем обозначим следующие: распространяет ли право ЕС свое действие на споры, разрешаемые по праву государства, не являющегося членом ЕС, когда решение затрагивает вопросы функционирования единого европейского рынка; каков инструментальный арбитраж по исследованию таких обстоятельств; как разрешается вопрос процессуальных сроков и их продления в связи с таким исследованием, и др.

Вполне очевидно, что если применимым материальным правом по спору является право государства – члена ЕС и решение арбитража затрагивает вопросы функционирования единого европейского рынка, то вопрос отпадает, поскольку юридическая сила норм Договора ЕС выше, чем норм национального законодательства.

Вместе с тем не столь очевиден ответ на поставленный вопрос в ситуации, когда по договору применимым материальным правом является право государства – не члена ЕС. Тем не менее арбитражное решение будет иметь определенное воздействие на функционирование единого европейского рынка. Очевидно, что сложность вопроса состоит в данном случае в отсутствии какой-либо взаимосвязи между нормами права государства – не члена ЕС и Договора ЕС. Интересно, что высказываемые мнения по этому поводу часто диаметрально противоположны – от позиции неукоснительного соблюдения принципа автономии воли сторон в договоре до возможности декларации арбитражем противозаконности такого договора и отказа от разбирательства спора. По общему мнению, ориентиром здесь может служить решение, вынесенное Судом ЕС по делу *Javico v. Yves Saint Laurent Parfums*, в котором он указал на экстерриториальное действие антимонопольных ст. 81 и 82 Договора ЕС в случаях, когда правоотношение может оказать негативное воздействие на единый европейский рынок¹³.

С определенной долей уверенности можно говорить о единственном исключении из правила, когда арбитраж не обязан произвести анализ правоотношения на предмет соответствия ст. 81 Договора ЕС. Арбитраж может воздержаться от правовой оценки правоотношения, не рискуя отменой арбитражного решения, в случаях, если арбитражное решение подлежит исполнению за пределами ЕС, несмотря даже на то, что применимым материальным правом является право одного из государств – членов ЕС. Причина очевидна: отсутствие неблагоприятных последствий для единого европейского рынка.

Принимая во внимание потенциальную возможность отмены арбитражного решения в ЕС, в свете исследуемого решения Суда ЕС, все чаще можно встретить заметки о том, что арбитры все же из предосторожности поднимают этот вопрос в ходе разбирательства¹⁴. Однако поднять вопрос – это не значит разрешить его.

По понятным причинам арбитраж порой просто не в состоянии самостоятельно дать правовую оценку спорному правоотношению и его соответствию нормам антимонопольного права. Тем не менее, если даже предположить, что арбитраж решится на

¹³ Case 306/96, *Javico v. Yves Saint Laurent Parfums*, 1998, E.C.R. I-1983.

¹⁴ *Brulard Y., Quintin Y.* European Community Law and Arbitration – National Versus Community Public Policy //Journal of International Arbitration. Vol. 18. № 5 (2001). P. 540.

разрешение данного вопроса, на наш взгляд, он неизбежно столкнется с проблемами квалификации правоотношения, раскрытия информации о споре перед третьими лицами, выхода за рамки установленных для арбитражного рассмотрения процессуальных сроков, дополнительных расходов и целым рядом других.

Кроме того, выявление и квалификация действий, нарушающих нормы антимонопольного права, являются достаточно непростой задачей, требующей времени для изучения. Не лишним будет заметить, что в национальных и общеевропейском антимонопольных органах работают отраслевые группы, специализирующиеся на отдельных видах нарушений антимонопольного права.

Возможно и целесообразно ли возложить такую задачу на арбитра, обязанного в утвержденные сроки предварительно квалифицировать правоотношение на предмет соответствия антимонопольному законодательству, и уже после принять решение по существу дела? Технически это возможно, однако потенциально низкая эффективность работы арбитра в этом направлении делает решение данной задачи арбитром нецелесообразным. При этом нет никакой гарантии, что арбитр все же выявит недостатки самостоятельно. Может сложиться ситуация, когда, закончив исследование на предмет соответствия правоотношения нормам антимонопольного права, арбитр не усмотрит каких-либо нарушений и далее вынесет решение по существу. Затем проигравшая сторона обратится в суд с заявлением об отмене арбитражного решения на основании противоречия публичному порядку, и уже суд самостоятельно либо с привлечением экспертов антимонопольного органа еще раз подвергнет вопрос изучению. Очевидно, что антимонопольное исследование, проведенное арбитром, не имеет какой-либо юридической силы.

В 2008 г. по этому вопросу высказался Верховный суд Швеции¹⁵.

Датский оператор морских пассажирских перевозок Bornholms Trafikken подал иск к оператору шведского порта Ystad Hamn Logistik Aktiebolag о нарушении норм антимонопольного законодательства ЕС путем применения повышенных портовых сборов к истцу. Порт в своем отзыве указал, что между сторонами существует договор инвестирования в инфраструктуру порта, которая содержит арбитражное соглашение, и что арбитраж вправе разрешить гражданско-правовые требования, вытекающие из нарушения норм антимонопольного права.

Дело прошло все инстанции и дошло до Верховного суда Швеции, который разрешил сторонам передать спор в арбитраж, пояснив, что если окажется, что действительно имело место нарушение императивных норм, то решение арбитража по гражданско-правовым обязательствам возможно будет отменить.

¹⁵ Högsta domstolen. Bornholms Trafikken v Ystad Hamn Logistik Aktiebolag. № T 2808-05. 19.02.2008.

Подводя итог сказанному, можно сделать общий вывод о том, что целесообразно избавить состав арбитража от полномочий *ex officio* исследовать вопросы нарушения антимонопольного права, оставив за ним лишь право разрешения гражданско-правовых вопросов (убытки, проценты и т.д.). Пример Швеции в этом смысле видится достаточно прагматичным.