В поисках оптимального арбитража

17.05.2012 СТАТЬИ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ

Поговорим о вариантах

Германия

Мы начинаем публиковать серию статей, посвященных различным арбитражным институтам, а также предлагаемыми ими процедурами урегулирования споров. Открывает серию материал, посвященный Немецкой институции по арбитражу (DIS), изложенный в формате обзора мероприятия, состоявшееся в Москве в апреле нынешнего года, которое показалось нам интересным и весьма содержательным.

17 апреля 2012 г. в Московском офисе Фрешфилдс Брукхаус Дерингер прошло мероприятие, посвященное особенностям Международного коммерческого арбитража в Германии. На нем выступили Д. Маренков (Агентство международной торговли и инвестиций Федеративной Республики Германия Germany Trade & Invest) и доктор А. Нетцер (Немецкая институция по арбитражу, DIS). Перед ними стояла задача рассказать о Германии как о стране, которую также можно было бы выбрать в качестве площадки для разрешения арбитражного спора.

Публикуя тот или иной материал в отношении какого-либо института или правопорядка, редакция журнала не стремится прорекламировать их, а предлагает читателям ознакомиться с существующими возможностями разрешения споров в рамках трансграничных сделок, которые в определенных обстоятельствах могли бы заинтересовать российские компании.

Выступавшие на указанном мероприятии докладчики подчеркнули, что на сегодняшний день согласно статистике Международного суда ICC Германия входит в пятерку лидирующих

стран, куда участники хозяйственных правоотношений переносят место арбитража. Однако при этом Германия с заметным отрывом отстает от четырех основных лидеров: Швейцарии, Франции, Великобритании и США.

Об особенностях правового регулирования третейского разбирательства в Германии (из доклада Д. Маренкова)

Почему Германия не столь популярна в качестве места арбитража

В Германии относительно недавно прошла арбитражная реформа, в рамках которой были внесены изменения в книгу 10 Гражданского процессуального кодекса (далее – ГПК). С их вступлением в силу 1 января 1998 г. в германское процессуальное право были внедрены положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (от 21 июня 1985 г., с изм. и доп. 2006 г.; далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ). Данный закон распространяется как на национальный, так и на международный арбитраж в Германии.

Реформа проводилась с целью усиления роли страны как места международного арбитража и гармонизации регулирования данной сферы в международном контексте. Предшествующие положения, регулировавшие арбитражную процедуру, входили в книгу 10 ГПК в редакции 1879 г. (позднее они подверглись небольшим изменениям) и были очень специфическими и местами устаревшими. Для решения данной проблемы и был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ.

Кроме того, события XX в. не позволяли рассматривать Германию как нейтральный форум. К тому же эта страна с федеративным устройством не тяготеет к созданию одного «супер-города», который мог бы стать единым арбитражным центром (центров много), что является достаточно необычным в традиционном понимании.

Причиной реформирования также послужила объективная «завязанность» среднеевропейской экономики на Германию (контрагентами по договору очень часто выступают именно немецкие компании), что в условиях предпочтения сторонами

нейтрального государства для арбитража вовсе не играет на руку этой стране как арбитражной площадке.

Германия максимально интегрирована в процессы регулирования международного арбитража

Германия является участником большинства конвенций, регулирующих сферу арбитражных разбирательств:

- Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская конвенция, 1958 г.; первоначально объявленная оговорка о режиме взаимности была отозвана Германией в 1998 г.);
- Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (1961 г.);
- Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами других государств (1965 г.);
- Договора энергетической хартии и ряда двусторонних международных договоров.

Особенности внутреннего немецкого процессуального права, которые могли бы быть любопытны сторонам

Положения книги 10 ГПК, базирующиеся на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, имеют около двадцати отличий. Так, в Германии установлены единые правила для внутреннего и международного арбитража и нет разделения на коммерческий и некоммерческий арбитраж. По мнению законодателя, процедура не имеет принципиальных отличий. Кроме того, в Германии к арбитражному соглашению предъявляются менее строгие требования по сравнению со ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Например, признается достаточной «полуписьменная» форма данного документа (арбитражного соглашения), то есть достаточно его акцепта молчанием. Также интересны отличия в части вопросов

регулирования формирования состава арбитража: если арбитражное соглашение обеспечивает одной стороне перевес в составе арбитражного суда, что ущемляет другую сторону, то «слабая» сторона может просить суд назначить арбитра (арбитров) с отклонением от произведенного назначения или согласованной процедуры назначения (ч. 2 § 1034 ГПК). Другим значимым отличием было названо то, что в Германии при выборе применимого права ссылка осуществляется не на коллизионные нормы, а на право государства, с которым наиболее тесно связан предмет разбирательства.

Арбитрабельность споров «по-немецки» (§ 1030 ГПУ)

Предметом арбитражного спора в Германии может быть любое имущественное требование. Арбитражное соглашение по неимущественному требованию имеет силу постольку, поскольку стороны правомочны заключить по предмету спора мировое соглашение. Это достаточно широкий подход к понятию арбитрабельности, призванный расширить интерес к арбитражу в Германии.

Показателем столь широкого понимания арбитрабельности может служить пример того, как правоприменитель в Германии подходит к рассмотрению вопроса об арбитрабельности корпоративного спора, связанного с оспариванием итогов общего собрания участников ГмбХ. Данный вопрос в рамках отдельного дела рассматривался в Федеральном верховном суде Германии (высшей судебной инстанции). Правоприменитель принял решение о том, что при соблюдении минимального стандарта участия всех участников ГмбХ при рассмотрении спора он может быть предметом арбитражного разбирательства, если будут соблюдены четыре условия:

1. арбитражная оговорка включена в текст устава ГмбХ с согласия всех участников;

2. каждый участник проинформирован о начале и проведении арбитражного разбирательства;

3. все участники могут участвовать в выборе и назначении арбитров;

4. все иски, касающиеся этого предмета спора, сконцентрированы в одном арбитражном суде.

На базе данного решения Немецкая институция по арбитражу (DIS) разработала специальные правила, учитывающие эти требования в решении высшей судебной инстанции. Также примером широкого понимания арбитрабельности является то, что в Германии антимонопольные споры и даже иски против должника в рамках процедуры банкротства могут быть частью третейского разбирательства.

Процедура отвода арбитров в Германии

В рамках процедуры отвода арбитра вопросы его предвзятости и независимости, а также оценку причин отвода членов состава арбитража решает непосредственно состав арбитража. Если состав арбитража подтверждает свою компетенцию, то одна из сторон вправе обжаловать это решение в государственном суде (в МКАС это компетенция председателя ТПП).

Необходимо обратить внимание на то, что арбитражный суд в данном случае продолжает рассмотрение дела и даже может принять решение по нему, не дожидаясь решения государственного суда об отводе.

Регулирование вопросов применения обеспечительных мер

Существует специальный механизм, при помощи которого обеспечительные меры, принятые составом арбитража, могут быть исполнены по решению государственного суда (§ 1041 ГПК). По просьбе любой стороны суд вправе допустить исполнение меры, решение о которой было принято составом арбитражного суда, если только соответствующая обеспечительная мера не была испрошена в суде. Таким образом, у сторон существует альтернатива: обратиться с целью получения обеспечительной меры напрямую в

государственный суд либо при помощи государственного суда исполнить обеспечительную меру, решение о которой принято арбитражем.

Голосование арбитров

Согласно положениям ч. 2 § 1052 ГПК в случае отказа одного из арбитров от голосования решение может быть принято и без него, о чем стороны должны быть уведомлены заранее.

Взаимодействие с государственными судами

В Германии обжалование решений арбитражных судов по отводу арбитров, установление допустимости или недопустимости арбитражного разбирательства, исполнение решений арбитражных судов в части обеспечительных мер, признание и исполнение иностранных арбитражных решений находится в компетенции высших земельных судов (это третья инстанция в системе государственных судов Германии). В компетенцию суда первой инстанции входят только вопросы содействия арбитражным судам в поиске доказательств.

Исполнение иностранных арбитражных решений в Германии

Данные вопросы в Германии относятся к компетенции высших земельных судов (которых в Германии всего 24). При этом в германском законодательстве отсутствуют процессуальные сроки давности для признания и исполнения иностранных судебных решений (*в России такой срок в соответствии с п. 2 ст. 246 АПК РФ составляет три года со дня вступления соответствующего решения в силу – L.l.*).

Д. Маренков отметил, что требования к содержанию заявления о признании иностранного судебного решения, подаваемого в высший земельный суд, являются минимальными и регулируются § 1064 ГПУ. Данные требования немного ниже, чем положения ст. II и IV Нью-Йоркской конвенции 1958 г. В частности, не требуется предоставления подлинника или заверенной копии арбитражного соглашения. Если представляется копия арбитражного решения, то достаточно того, чтобы оно было заверено участвующим в деле адвокатом.

Перевод арбитражного решения на немецкий язык не требуется (суд может затребовать перевод только позднее).

Если обратиться к положениям ст. II–IV Нью-Йоркской конвенции, то применительно к рассматриваемому вопросу они формулируются следующим образом:

«Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях. К признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, к которым применяется настоящая Конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины или сборы, чем те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних решений. Для получения упомянутого признания и приведения в исполнение сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение, при подаче такой просьбы представляет: a) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового; b) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную копию такового. Если арбитражное решение или соглашение изложено не на официальном языке той страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого решения, сторона, которая просит о признании и приведении в исполнение этого решения, представляет перевод этих документов на такой язык. Перевод заверяется официальным или присяжным переводчиком или дипломатическим или консульским учреждением».

Решения высших земельных судов могут быть обжалованы в Верховный федеральный суд Германии, но только в том случае, если дело имеет принципиальное значение или если постановление суда, рассматривающего жалобу по правовым вопросам, необходимо для развития права и обеспечения единообразия судебной практики.

Кроме ст. V Нью-Йоркской конвенции, содержащей причины отказа в признании

иностранного арбитражного решения, существует Соглашение по общим вопросам торговли и мореплаванию 1958 г. (между СССР и ФРГ, применяется в Германии в отношении российских резидентов). В части 3 ст. 8 этого Соглашения упомянуты две причины отказа в исполнении иностранного судебного решения: нарушение публичного порядка (немецкие суды под публичным правопорядком понимают международный публичный порядок) и тот факт, что арбитражное решение согласно праву государства, в котором оно было вынесено, не приобрело значения вступившего в силу окончательного решения. Согласно ст. VII Нью-Йоркской конвенции это положение корректирует основания для отказа в признании иностранного арбитражного решения, содержащиеся в ст. V данной конвенции, уменьшая их количество.

В Германии все судебные решения публикуются в анонимной форме: стороны спора, имена арбитров и текст арбитражного решения не оглашаются, кроме того, отсутствует обязанность публиковать указанные решения. Однако у DIS есть своя база данных в сети Интернет, доступ к которой защищен, но для членов Немецкой институции по арбитражу она доступна. Все арбитражные решения, которые в ней содержатся, предоставляются DIS по обоюдному решению сторон. В указанной базе приведено 29 арбитражных решений по регламентам МКАС при ТПП России, МКАС при ТПП Украины и МАС при ТПП Беларуси, из них 23 были признаны и объявлены исполняемыми в Германии.

Особый немецкий стиль в международном арбитраже

Нацеленность на мировое соглашение и уменьшение затрат

Немецкий арбитр будет участвовать в разбирательствах более активно, нежели арбитры в арбитражных институтах ряда других стран. В Германии для арбитра характерна роль процессуального менеджера. В рамках процедуры арбитры сначала заслушивают экспертов и свидетелей, формируя представление о деле, и только потом – стороны. Объективным следствием такой проактивной линии поведения является то, что при участии немецких арбитров мировые соглашения заключаются чаще (если в целом только каждый третий

международный арбитраж заканчивается мировым соглашением, то в Германии – 55–60%). Эта статистика имеет юридическую основу. Так, в Регламенте DIS напрямую указано, что арбитражный суд должен стремиться на любой стадии разбирательства к урегулированию спорных вопросов в порядке мирового соглашения, соответствующие положения также содержатся в § 278 ГПУ. В данном случае законодатель преследовал цель максимально уменьшить временные и материальные затраты на арбитражное разбирательство.

Более подробно о Немецкой институции по арбитражу (DIS) (из доклада доктора А. Нетцер)

Юридический статус и органы DIS

Характеризуя DIS, доктор А. Нетцер указала, что данный институт имеет статус ассоциации по немецкому праву с местом регистрации в Берлине. Основная цель ассоциации – содействие развитию института арбитража на международном и национальном уровне и прочих альтернативных способов рассмотрения споров. Существующая с 1 января 1992 г. DIS была создана в результате слияния двух ранее действовавших организаций: Немецкого арбитражного комитета (основанного в 1920 г.) и Немецкого арбитражного института (основанного в 1974 г.). DIS действует на основании Арбитражного регламента (текущая версия применяется с 1 июля 1998 г.). В данный момент число ее членов составляет более 1100, причем это как физические, так и юридические лица. Данный институт не зависит от Торгово-промышленной палаты Германии.

В DIS, как и в любой ассоциации в Германии, проводится общее собрание участников и имеется правление, при котором есть свои консультативные советы. Кроме того, в DIS существует совет, назначающий арбитров в случае, если его не назначит одна из сторон, а также принимающий участие в решении вопросов по отводу арбитра на этапе, когда состав арбитража еще не сформирован. Рабочим органом DIS является исполнительный комитет (секретариат), который организует процесс рассмотрения споров и работу трех офисов: в Кельне (*центральный офис, который занимается рассмотрением арбитражных споров*),

Берлине и Мюнхене. Возглавляет секретариат генеральный секретарь.

Регламенты DIS

Помимо Арбитражного регламента у DIS также имеется ряд других арбитражных сводов правил, в частности:

- Правила примирительной процедуры;
- Арбитражный регламент для урегулирования спортивных споров;
- Правила для ускоренной процедуры (арбитражный процесс по ускоренной процедуре не должен длиться более шести месяцев, если спор рассматривается единоличным арбитром, и девяти месяцев, если спор рассматривается коллегией из трех арбитров);
- Правила урегулирования корпоративных споров;
- Регламент урегулирования конфликтов;
- Правила медиации;
- Правила проведения экспертизы;
- Правила проведения обязательной экспертизы;
- Правила урегулирования конфликтов при исполнении проектов (например, строительных).

Модельная арбитражная оговорка и некоторые особенности практики рассмотрения споров с участниками из стран СНГ

Модельная арбитражная оговорка DIS звучит следующим образом: «Все споры, возникающие в связи с Договором ([...] название договора [...]) или относительно его силы,

окончательно разрешаются в соответствии с Положением об арбитражном суде Немецкой институции по арбитражному делу (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. – DIS) без обращения в суды обычной юрисдикции».

Далее рекомендуются следующие дополнения:

- местом арбитража являются [...];
- число арбитров составляет[...];
- материальными нормами, применимыми к существу спора, являются [...];
- арбитражное разбирательство ведется на [...] языке.

Поскольку участвующие в рассмотрении дел стороны из стран СНГ четко не определяют в своих арбитражных соглашениях место, язык разбирательства и даже институцию, возникает ряд сложностей. В связи с этим доктор А. Нетцер обратила внимание на практику DIS в части оценки того, как должна быть обозначена арбитражная институция для того, чтобы арбитраж счел это достаточным для определения того, что в качестве таковой стороны имели в виду именно DIS. Если в договоре неверно указано наименование арбитражного института, но вполне очевидно, какой именно институт имелся в виду (указано место, есть и иные обозначения, которые ясно свидетельствуют о сделанном выборе), арбитраж исходит из того, что стороны договорились о конкретной институции независимо от допущенных ошибок. Докладчица обратила внимание на то, что такие арбитражные оговорки, скорее всего, будут признаны правомочными. Однако во избежание споров по подобным вопросам DIS рекомендует по возможности придерживаться модельной оговорки.

По общему правилу DIS принимает к производству исковые заявления, по которым уплачен сбор и аванс арбитрам. При наличии некорректной оговорки DIS обращает на это внимание лица, подавшего иск, но все равно принимает его, поскольку позиция такова, что не

секретариат, а именно состав сформированного арбитража может принять решение по вопросу о том, подлежит ли данное дело рассмотрению им. Если в арбитражной оговорке однозначно указана другая институция, DIS пишет письмо об этом подавшей иск стороне с просьбой опровергнуть либо подтвердить желание рассматривать его именно по правилам DIS. Если сторона подтверждает свое желание, DIS принимает такой иск.

Любопытное дополнение в отношении выбираемого сторонами места арбитража, проводимого по регламенту DIS

Характерной чертой арбитражных разбирательств по регламенту DIS является то, что рассмотрение дел возможно и за пределами Германии, если стороны договорились об ином месте арбитража в другой стране (не Германии). Если стороны не оговорили место арбитража, то оно определяется арбитражным судом, сформированным сторонами (то есть не DIS, а именно состав арбитров). При этом место проведения совещаний арбитров не всегда должно совпадать с местом арбитража.

Говоря в данном разрезе о преимуществах DIS как арбитражной институции, докладчица заметила, что Немецкая институция по арбитражу предоставляет бесплатные помещения для рассмотрения споров по правилам DIS. Для этих целей у нее есть представительский офис в Берлине с помещением для рассмотрения споров и отдельные помещения для встреч и переговоров сторон и, кроме того, такой же офис с помещениями для сторон и залом для рассмотрения дел в Кельне. В Мюнхене DIS имеет офис, осуществляющий функции по приему заявлений (там нет сервиса по предоставлению помещений).

Иные основные черты арбитражного процесса DIS:

1. исковое заявление подается в секретариат DIS, минимальные требования к которому содержатся в ст. 6 Арбитражного регламента DIS;

2. существует возможность подачи исковых заявлений в нескольких городах

(соответственно, как было указано ранее, в Берлине, Мюнхене, Кельне – L.I.);

3. при подаче арбитражного заявления вносится арбитражный сбор DIS и предварительный аванс для арбитров, их размер указан в приложении к Арбитражному регламенту. Он устанавливается в зависимости от суммы иска, что позволяет заранее исчислить расходы на его рассмотрение (это является преимуществом по сравнению с английской арбитражной системой, которая основана на почасовой оплате, что приводит к непредсказуемости расходов);

4. доставку иска ответчику осуществляет DIS;

5. арбитражный суд по умолчанию формируется из трех арбитров, при этом председатель или единоличный арбитр должен иметь квалификацию в сфере юриспруденции, простые арбитры не обязательно должны быть юристами;

6. если у стороны возникают затруднения при назначении арбитра, она может обратиться к DIS с просьбой назначить его. У DIS нет списка арбитров, но есть внутренняя база данных о специалистах с указанием их квалификации и знания языков;

7. встречный иск направляется непосредственно в DIS;

8. место и язык арбитража определяются сторонами, в ином случае вопрос решается составом арбитражного суда.

Формирование арбитражного суда по правилам DIS

В зависимости от соглашения сторон спор может быть рассмотрен как единолично арбитром, так и коллегией из трех арбитров. Обычно стороны совместно назначают арбитра. Если же речь идет о составе арбитража из трех человек, каждая сторона вправе назначить своего арбитра, а затем два выбранных арбитра назначают председателя. Генеральный секретарь DIS утверждает арбитров, после чего состав арбитража считается

сформированным, и управление арбитражным процессом переходит от DIS к председателю арбитража. Далее DIS «вступает в игру» только либо в случае обращения арбитров либо сторон за помощью. После того как суд сформирован, даже отвод арбитра заявляется непосредственно арбитражному суду. До формирования суда в вопросах отвода арбитров роль институции по арбитражу существенна, порядок ее участия определен ст. 18 и 19 Арбитражного регламента DIS.

Для разбирательств DIS с участием представителей из стран СНГ характерно рассмотрение споров только в составе суда из трех арбитров. Примечательно, что в таких случаях в состав суда, как правило, не входят арбитры из стран СНГ.

Язык арбитражного разбирательства

Согласно Арбитражному регламенту DIS языком разбирательства может быть немецкий, английский, французский (без дополнительных сборов). Стороны вправе принять решение и о другом языке разбирательства, но в таком случае они должны покрыть расходы DIS на перевод. В данный момент DIS может рассматривать арбитражные дела также на русском и испанском языке (Приложение к п. 5 § 40 Арбитражного регламента DIS).

Преимуществом арбитража для российских компаний в DIS участники дискуссии также называли:

- схожую природу регулирования третейского разбирательства в России и Германии (единая база – Типовой закон ЮНСИТРАЛ);
- «континентальные корни» гражданского права как России, так и Германии (континентальной), что способствует наиболее эффективному восприятию российских норм немецкими арбитрами;
- возможность DIS администрирования дел на русском языке;

- наличие у DIS базы арбитров, в том числе содержащей специалистов со знанием русского языка и российского права;
- активную роль арбитров, что приводит к более частому заключению мировых соглашений;
- прозрачность и четкость процедуры рассмотрения спора (арбитры DIS четко формулируют вопросы, по которым стороны должны высказать свои позиции, не выходя за очерченные рамки).

В. Хвалей, партнер Baker & McKenzie, указал, что по ряду причин IBA Rulesonthe Taking of Evidence (Правила о рассмотрении доказательств в международном арбитраже, принятые Международной ассоциацией юристов в 2010 г.) рассматриваются как некий стандарт в современном международном коммерческом арбитраже и мост между континентальной и англо-саксонской системами права, созданный в целях выработки **стандарта доказывания** в спорах между коммерсантами из стран с разными правовыми системами. При этом существенная часть мира не имеет англо-саксонскую традицию права (континентальная Европа, СНГ, Азия и Китай, в первую очередь), в связи с чем существование неких альтернативных процессуальных рекомендаций, более ориентированных на континентальную систему права, вероятно, является оправданным, во всяком случае, в рамках споров между компаниями из стран, принявших иные системы права. Практика показывает, что использование в подобных спорах IBA Rules on the Taking of Evidence имеет свои позитивные стороны, но приводит к объективному удлинению и удорожанию процедуры (из-за большого количества доказательств и свидетелей, которые зачастую не представляют значимую информацию). У Германии имеется потенциал для развития такой альтернативы.

От редакции

Мы не призываем выбирать именно DIS, но предлагаем при определении места арбитража рассматривать все существующие варианты, а таковыми современный «супермаркет» институтов разрешения конфликтов располагает в достаточном количестве. Мы же, со своей стороны, будем только освещать таковые, чтобы помочь всем, кому это необходимо, с

принятием конкретных решений, подготовкой трансграничных контрактов и выработкой арбитражных оговорок.

Подготовлено главным экспертом-юристом журнала Legal Insight Светланой Дубинчиной

СТАТЬИ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ