Категорія справи № **912/3842/15: Господарські справи; Укладення, зміни, розірвання, виконання договорів (правочинів) та визнання їх недійсними, зокрема:; Невиконання або неналежне виконання зобов'язань; купівлі - продажу; поставки товарів, робіт, послуг.**
Надіслано судом: **10.06.2016.** Зареєстровано: **10.06.2016.** Оприлюднено: **15.06.2016.**
Дата набрання законної сили: **09.06.2016**

ДНІПРОПЕТРОВСЬКИЙ АПЕЛЯЦІЙНИЙ

ГОСПОДАРСЬКИЙ СУД

ПОСТАНОВА

ІМЕНЕМ УКРАЇНИ

09.06.2016 року **Справа № 912/3842/15**

Дніпропетровський апеляційний господарський суд у складі колегії суддів:

головуючого судді Євстигнеєва О.С.- доповідача,

суддів: Кощеєва І.М., Науменка І.М.

при секретарі: Ковзикові В.Ю.

за участю представників, які були присутні у судовому засіданні 07.06.2016 року:

позивача: ОСОБА_1- предст., дов.№29Д-10 від 01.10.2015 року

відповідача: не явився

розглянувши у відкритому судовому засіданні апеляційну скаргу приватного акціонерного товариства «Креатив» (м. Київ) на ухвалу господарського суду Кіровоградської області від 11.05.2016р. у справі №912/3842/15

за позовом: приватного акціонерного товариства «Креатив» (м. Київ)

до: CREATIV TRAIDING SA (Geneve, Switzerland)

про: стягнення 59 171 494,06 доларів США (ухвала про залишення позову без розгляду)

ВСТАНОВИВ:

Ухвалою господарського суду Кіровоградської області від 11 травня 2016 року у справі № 912/3842/15 (суддя Наливайко Є.М.) залишено без розгляду позов приватного акціонерного товариства «Креатив» (м. Київ) до CREATIV TRAIDING SA (Geneve, Switzerland).

Не погодившись з прийнятою ухвалою суду, позивач приватне акціонерне товариство «Креатив», подав апеляційну скаргу, в якій просить скасувати ухвалу та направити справу на розгляд до господарського суду Кіровоградської області. Скаржник вважає, що ухвала суду від 11.05.2016р. прийнята з порушенням норм процесуального права. З огляду на п. 5 ч. 1 ст. 81 ГПК України суд першої інстанції не встановив поважність чи неповажність причин неподання витребуваних доказів.

Представник позивача не зявився у судове засідання 11.05.2016р., надавши клопотання про відкладення розгляду справи для долучення до матеріалів справи додаткових доказів, підготовки та подачі витребуваних судом документів.

Відповідач CREATIV TRAIDING SA відзив на апеляційну скаргу не надав, представник відповідача у судове засідання не явився, хоча був належним чином повідомлений про дату, час і місце проведення судового засідання (повідомлення про вручення рекомендованого поштового відправлення №RF490655362VA). Беручи до уваги, що явка представників сторін у судове засідання обовязковою не визнавалася, колегією суддів перевіряється правильність застосування місцевим господарським судом норм процесуального законодавства, у звязку з чим неявка представника не перешкоджає вирішенню справи, справа переглядалася без участі представника відповідача за наявними у справі матеріалами.

У судовому засіданні оголошувалася перерва до 15.45 09 червня 2016 року.

У судовому засіданні була оголошена вступна та резолютивна частина постанови Дніпропетровського апеляційного господарського суду.

Вислухавши представника позивача (в судовому засіданні 07.06.2016 року), переглянувши матеріали справи, Дніпропетровський апеляційний господарський суд встановив, що господарський суд Кіровоградської області ухвалою від 11.05.2016р. у справі 912/3842/15 залишив без розгляду позов приватного акціонерного товариства «Креатив» (м. Київ) до CREATIV TRAIDING SA (Geneve, Switzerland) про стягнення 59 171 494,06 доларів США.

Підставою для залишення позову для розгляду суд визначив п. 5 ч. 1 ст. 81 Господарського процесуального кодексу України: «позивач без поважних причин не подав витребувані господарським судом матеріали, необхідні для вирішення спору, або представник позивача не з'явився на виклик у засідання господарського суду і його нез'явлення перешкоджає вирішенню спору». При прийнятті ухвали суд вказав, що позивач на виконання ухвали суду про порушення провадження у справі від 07.10.2015р. не надав доказів підсудності даної справи саме господарському суду Кіровоградської області, без яких господарський суд не має можливості вирішувати будь-які процесуальні питання, зокрема, чи то розгляд спору по суті чи то припинення провадження у справі як на підставі п. 5, так і на підставі п. 6 ч. 1 ст. 80 ГПК України. Також позивач не подав докази на підтвердження своїх доводів, викладених у позовній заяві. Щодо з'ясування причин невиконання позивачем вимог про надання витребуваних доказів та оцінки їх поважності, суд першої інстанції встановив, що позивачем у клопотанні про відкладення розгляду справи не зазначено жодної із причин, по якій він не виконав вимоги ухвали господарського суду від 07.10.2015р., тобто відсутні причини, які за об'єктивних, тобто не залежних від позивача, обставин унеможливили або істотно утруднили вчинення ним відповідних процесуальних дій, а саме подання витребуваних доказів. Також до клопотання про відкладення розгляду даної справи позивачем не додано будь-яких доказів, які б могли свідчити про поважність причин невиконання вимог господарського суду, викладених в ухвалі про порушення провадження у справі від 07.10.2015р. щодо подання необхідних для вирішення спору доказів.

Колегія суддів Дніпропетровського апеляційного суду не може погодитись з прийнятою ухвалою в силу наступного:

Статтею 124 ГПК України встановлено, що підсудність справ за участю іноземних суб'єктів господарювання визначається цим Кодексом, законом або міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

Згідно ст. 38 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991р. №959-XII (із змінами і доповненнями) передбачено, що спори, що виникають між суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності, іноземними суб'єктами господарської діяльності у процесі такої діяльності можуть розглядатися судами України, а також за згодою сторін спору Міжнародним комерційним арбітражним судом та Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України та іншими органами вирішення спору, якщо це не суперечить чинним законам України або передбачено міжнародними договорами України.

Підстави визначення підсудності справ судам України з іноземним елементом встановлені і ст. 76 Закону України від 23.06.2005р. № 2709-IУ «Про міжнародне приватне право» (із змінами і доповненнями). Згідно п. 1 ч. 1 цієї статті 1. суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом у таких випадках:

1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, передбачених у статті 77 цього Закону;

2) якщо на території України відповідач у справі має місце проживання або місцезнаходження, або рухоме чи нерухоме майно, на яке можна накласти стягнення, або знаходиться філія або представництво іноземної юридичної особи - відповідача;

3) у справах про відшкодування шкоди, якщо її було завдано на території України;

4) якщо у справі про сплату аліментів або про встановлення батьківства позивач має місце проживання в Україні;

5) якщо у справі про відшкодування шкоди позивач - фізична особа має місце проживання в Україні або юридична особа - відповідач - місцезнаходження в Україні;

6) якщо у справі про спадщину спадкодавець у момент смерті був громадянином України або мав в Україні останнє місце проживання;

7) дія або подія, що стала підставою для подання позову, мала місце на території України;

8) якщо у справі про визнання безвісно відсутнім або оголошення померлим особа мала останнє відоме місце проживання на території України;

9) якщо справа окремого провадження стосується особистого статусу або дієздатності громадянина України;

10) якщо справа проти громадянина України, який за кордоном діє як дипломатичний агент або з інших підстав має імунітет від місцевої юрисдикції, відповідно до міжнародного договору не може бути порушена за кордоном;

11) якщо у справі про банкрутство боржник має місце основних інтересів або основної підприємницької діяльності на території України;

12) в інших випадках, визначених законом України та міжнародним договором України.

Статтею 77 цього закону визначена виключна підсудність справ судам України, а саме у випадках:

1) якщо нерухоме майно, щодо якого виник спір, знаходиться на території України, крім справ, що стосуються укладення, зміни, розірвання та виконання договорів у рамках державно-приватного партнерства, укладених Кабінетом Міністрів України, згідно з якими нерухоме майно є об'єктом такого партнерства, а спір не стосується виникнення, припинення та реєстрації речових прав на такий об'єкт;

2) якщо у справі, яка стосується правовідносин між дітьми та батьками, обидві сторони мають місце проживання в Україні;

3) якщо у справі про спадщину спадкодавець - громадянин України і мав в ній місце проживання;

4) якщо спір пов'язаний з оформленням права інтелектуальної власності, яке потребує реєстрації чи видачі свідоцтва (патенту) в Україні;

5) якщо спір пов'язаний з реєстрацією або ліквідацією на території України іноземних юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців;

6) якщо спір стосується дійсності записів у державному реєстрі, кадастрі України;

7) якщо у справах про банкрутство боржник був створений відповідно до законодавства України;

8) якщо справа стосується випуску або знищення цінних паперів, оформлених в Україні;

9) справи, що стосуються усиновлення, яке було здійснено або здійснюється на території України;

10) в інших випадках, визначених законами України.

Між Україною і Швейцарською Конфедерацією відсутній договір про надання правової допомоги у цивільних справах.

04.08.1995 року була підписана Декларація про наміри щодо співробітництва в рамках реформ юстиції України та у сфері надання правової допомоги у цивільних та кримінальних справах між Міністерством юстиції України та Департаментом юстиції і поліції Швейцарської Конфедерації, відповідно до п.2 якої співробітництво в галузі надання правової допомоги в цивільних справах буде здійснюватись згідно з положеннями Гаазької Конвенції від 1 березня 1954 року «Про цивільно-процесуальне право» після приєднання до неї України. До цього часу співробітництво здійснюватиметься з метою сприяння у проведенні процесуальних дій (вручення документів, збір доказів).

Зазначена Конвенція не регулює підсудність справ за участю іноземного елемента.

Отже, єдиним нормативним актом, який підлягає застосуванню до визначення підсудності даної справи є Закон України «Про міжнародне приватне право» і Господарський процесуальний кодекс України.

Як вбачається з матеріалів справи предметом спору є стягнення заборгованості з оплати товару з CREATIV TRAIDING SA, яка виникла за договірними зобовязаннями між ПАТ «Креатив» та CREATIV TRAIDING SA на підставі контрактів на поставку товару: №10/06 від 10.06.2014р., №855 від 12.09.2014р., №859 від 12.09.2014р., №59/04 від 09.04.2014р., №221214 від 22.12.2014р. та №850 від 12.11.2013р.

Пунктом 11.2 укладених контрактів сторонами визначено, що у випадку, якщо спір не буде вирішено шляхом переговорів таке спірне питання передається на розгляд до міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України згідно його Регламентом. Арбітраж проводиться на російській або українській мові. Арбітраж приймає рішення по суті спору, із застосуванням матеріального права України (п. 11.4. Контракту).

Частиною 2 ст. 12 ГПК України передбачено, що підвідомчий господарським судам спір може бути передано сторонами на вирішення третейського суду, крім спорів про визнання недійсними актів, а також спорів, що виникають при укладанні, зміні, розірванні та виконанні господарських договорів, пов'язаних із задоволенням державних потреб, спорів, передбачених пунктом 4 частини першої цієї статті, та інших спорів, передбачених законом. Таке звернення є правом, а не обовязком, в той же час при вирішенні спору колегія суддів Дніпропетровського апеляційного господарського суду враховує наступне:.

згідно частин 1 і 2 ст. 1 Закону України від 24.02.1994р. №4002-XII «Про міжнародний комерційний арбітраж» (із змінами і доповненнями) цей Закон застосовується до міжнародного комерційного арбітражу, якщо місце арбітражу знаходиться на території України. Однак положення, передбачені статтями 8, 9, 35 і 36 цього Закону, застосовуються і в тих випадках, коли місце арбітражу знаходиться за кордоном. До міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися: спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

За ст. 2 вищенаведеного закону «арбітраж» - будь-який арбітраж (третейський суд) незалежно від того, чи утворюється він спеціально для розгляду окремої справи, чи здійснюється постійно діючою

арбітражною установою, зокрема Міжнародним комерційним арбітражним судом або Морською арбітражною комісією при Торгово-промисловій палаті України.

Арбітражна угода - це угода сторін про передачу до арбітражу всіх або певних спорів, які виникли або можуть виникнути між ними в зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер, чи ні. Арбітражна угода може бути укладена у вигляді арбітражного застереження в контракті або у вигляді окремої угоди (ч. 1 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»).

Арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди (ч. 2 ст. 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж»).

Згідно ст. 33 Закону України від 23.06.2005 року № 2709-IV «Про міжнародне приватне право» дійсність правочину, його тлумачення та правові наслідки недійсності правочину визначаються правом, що застосовується до змісту правочину.

Таким чином, господарському суду слід оцінити дійсність арбітражної угоди, зокрема: чи дотримано письмова форма арбітражної угоди; чи дотримані правоздатність та дієздатність сторін; добровільність волевиявлення; не втратило воно силу (чи не був спір з цього ж предмету спору вже розглянуто господарським судом) і чи може воно бути виконане (чи достатньо чітко визначено арбітражний орган), а також чи належить предмет спору до компетенції арбітражного (третейського) суду.

Арбітражна угода може бути визнана недійсним у разі, коли вона:

- укладена під впливом обману, насильства тощо;

- вчинена особою, що не володіє необхідною правоздатністю чи дієздатністю;

- вчинена без дотримання встановленої законом форми;

- не містить в собі всі істотні умови, встановлені для арбітражної угоди, в тому числі не містить явно вираженого наміру передати спір на вирішення арбітражу;

- укладена з питань, які не можуть бути предметом третейського розгляду;

- суперечить імперативним нормам чинного законодавства про арбітраж

Колегія суддів вважає, що звернення до господарського суду субєкта господарювання при наявності арбітражного застереження є неправомірним та таким, що суперечить меті внесення до укладених сторонами контрактів пункту «Арбітраж». Внесення даного пункту до контрактів мало за мету гарантувати кожній стороні у разі виникнення спору, звернення саме до міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. Таким чином, випливає висновок, що при наявності арбітражної угоди сторона повинна звертатися для вирішення спору тільки до третейського суду, а розгляд справи господарським судом буде неправомірним..

Вищий господарський суд України у інформаційному листі від 12.03.2009р. N01-08/163 «Про деякі питання, порушені у доповідних записках про роботу господарських судів України у другому півріччі 2008 року щодо застосування норм Господарського процесуального кодексу України» довів до відома господарських судів, що наявність такої угоди унеможливлює вирішення спору у господарському суді, оскільки сторони домовилися про вирішення спору іншим органом.

Водночас згідно з пунктом 3 статті 2 Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень (Нью-Йорк, 1958) і частиною першою статті 8 названого Закону суд, до якого подано позов у питанні, що є предметом арбітражної угоди, повинен, якщо будь-яка із сторін попросить про це не пізніше подання своєї першої заяви щодо суті спору, припинити провадження у справі і направити сторони до арбітражу, якщо не визнає, що ця арбітражна угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана.

З'ясування обставин, пов'язаних з недійсністю арбітражної угоди, втратою нею чинності або з неможливістю її виконання, може бути здійснене господарським судом лише за результатами судового розгляду, проведеного в установленому законом порядку. Тому за наявності арбітражної угоди суд не повинен відмовляти у прийнятті позовної заяви з посиланням на пункт 1 частини першої статті 62 ГПК, але має прийняти її до розгляду, а в разі відсутності зазначених обставин - припинити провадження у справі на підставі пункту 1 частини першої статті 80 названого Кодексу. Якщо ж такі обставини буде встановлено, то справа підлягає розглядові по суті (п.18).

У п. 5 розяснень президії Вищого господарського суду України від 31.05.2002р. №04-5/608 «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» також звернуто увагу на те, що господарським судам слід враховувати, що сторони зовнішньоекономічного договору мають право передбачити у ньому або шляхом укладення окремої угоди (арбітражна умова, арбітражне застереження) передачу спорів, що виникають з такого договору, на вирішення третейського суду (постійно діючого або створеного для вирішення конкретного спору - ad hoc). Ця домовленість повинна чітко визначати, який саме орган вирішення спорів обрали сторони: Міжнародний комерційний арбітражний суд, Морську арбітражну комісію при Торгово-промисловій палаті України або інший третейський суд в Україні чи за кордоном.

Господарський суд може порушити провадження зі справи у випадку наявності у зовнішньоекономічному договорі арбітражної угоди, якщо визначить, що така угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана (пункт 3 статті 2 Конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, Нью-Йорк, 1958).

Названа норма узгоджується з вимогами статті 8 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», згідно з пунктом 1 якої суд, до якого подано позов з питання, що є предметом арбітражної угоди, повинен, якщо будь-яка із сторін просить про це не пізніше подання своєї першої заяви по суті спору, припинити провадження у справі і направити сторони до арбітражу, якщо не визнає, що ця арбітражна угода є недійсною, втратила чинність або не може бути виконана. Так, арбітражна угода не може бути виконана, якщо сторони неправильно виклали назву третейського суду або зазначили арбітражну установу, якої не існує. Провадження у справі в цих випадках припиняється на підставі пункту 1 частини першої статті 80 ГПК.

Обовязковість виконання арбітражного застереження для позивача встановлено в постанові Верховного Суду України від 11.06.2002р. у справі № 8/231(02/145).

Крім того, як було зазначено вище, навіть у випадку, якщо арбітражне застереження не брати до уваги, то спір також не може бути розглянутий у судах України відповідно за зазначених норм Закону України «Про міжнародне приватне право».

Колегія суддів вважає, що до прийняття позову до розгляду місцевий господарський суд зобовязаний був встановити підсудність спору і тільки після цього в залежності від обставин вирішувати питання щодо порядку надсилання ухвали іноземному елементу.

За наведених обставин господарським судом Кіровоградської області невірно обрано норму процесуального права: ч. 4 ст. 81 ГПК України залишення позову без розгляду.

В даному випадку застосуванню підлягає п. 1 ст. 80 ГПК України спір не підлягає вирішенню в господарських судах України.

Щодо заявленого позивачем клопотання про застосування Конвенції про вручення судових та позасудових документів у цивільних та комерційних справах 1965 року, то у даному випадку остання не застосовується апеляційним господарським судом, оскільки справа взагалі не може розглядатися у

судах України. Для вирішення цього питання виклик відповідача іноземного субєкта правовідносин не є необхідним, оскільки зазначене питання вирішується безпосередньо судом. Крім того, апеляційний господарський суд також враховує, що ухвала була вручена іноземному субєкту у загальному порядку, а переклад цієї ухвали не потрібен, оскільки сторони у контрактах узгодили мову, якою провадиться розгляд спорів російська чи українська.

На підставі вищенаведеного, керуючись ст.ст. 15, 16, 80 п.1, 103-106, 124 Господарського процесуального кодексу України, Дніпропетровський апеляційний господарський суд

ПОСТАНОВИВ:

Апеляційну скаргу приватного акціонерного товариства «Креатив» (м. Київ) задовольнити частково.

Ухвалу господарського суду Кіровоградської області у справі №912/3842/16 від 11 травня 2016 про залишення позову приватного акціонерного товариства «Креатив» (м. Київ) до CREATIV TRAIDING SA (Geneve, Switzerland) скасувати.

Провадження у справі припинити.

(постанова виготовлена у повному обсязі 10.06.2016 року)

Головуючий О.С.Євстигнеєв

Судді: І.М.Кощеєв

ОСОБА_2