Новые горизонты международного арбитража

Под редакцией
А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина

Выпуск 1

infotropic media
Москва • Берлин
Инфотропик Медиа 2013

УДК 341.6(063)
ББК 67.910.821я431
Н76

Новые горизонты международного арбитража.
Н76 Вып. 1 : сб. ст. / под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. – М. : Инфотропик Медиа, 2013. – С. 384. – ISBN 978-5-9998-0171-5.

Агентство CIP РГБ

Книга «Новые горизонты международного арбитража», которую Вы держите в руках, представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Russian Arbitration Day» (Москва, 20 июня 2013).

Статьи для публикации выбраны за их новизну и глубину проработки вопросов и представляют собой новое слово в развитии науки международного арбитража в России.

Книга предназначена для всех практикующих арбитражных юристов, ученых, аспирантов юридических вузов.

УДК 341.6(063)
ББК 67.910.821я431

Все права защищены.
© Коллектив авторов, 2013
© ООО «Инфотропик Медиа», 2013

ISBN 978-5-9998-0171-5

Предисловие от редакторов

Книга «Новые горизонты международного арбитража», которую Вы держите в руках, представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Russian Arbitration Day». Организаторы конференции очень надеются, что эта конференция станет ежегодной, равно как и сборник, именно поэтому настоящий сборник имеет указание на «Выпуск 1».

Однако не только привязка к конференции является уникальной чертой этого сборника. Данная конференция строится на принципах объективного отбора докладов за их новизну и глубину проработки вопросов. Собранные в данном сборнике работы были выбраны по этим критериям и потому представляют собой новое слово в развитии науки международного арбитража в России.

Так случилось, что первая конференция «Russian Arbitration Day» совпала с 20-летней годовщиной со времени принятия Закона РФ от 7 июня 1993 г. № 5338–1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА). К этому рубежу Россия подошла с масштабными планами по реформированию законодательства о международном коммерческом арбитраже. За последние годы было создано семь рабочих групп, которые в той или иной мере хотят изменить отечественное законодательство в этой сфере.

Насколько такие изменения необходимы и в какой мере они должны быть сделаны? С одной стороны, любое изменение законодательства дает возможность проанализировать и обдумать практику применения закона, понять, в какой мере закон не справляется с задачей регулирования общественных отношений, и улучшить его. С другой стороны, необходимо учитывать, что Закон о МКА основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ,

который был имплементирован в законодательства многих стран мира и там успешно применяется. Возможно, проблема не в содержании Закона о МКА, а в чем-то другом? Вызваны ли потребности его совершенствования повышением значения международного арбитража как способа разрешения споров в современный период?

В этой связи редакторы сборника посчитали необходимым включить в книгу статью уже ушедшего от нас В. С. Позднякова, одного из авторов ныне действующего Закона.

Сборник охватывает достаточно широкий круг вопросов. В нем собраны работы в области законодательных изменений как в России, так и во Франции. Несколько работ посвящены инвестиционному арбитражу, опять же, с точки зрения законодательных изменений. Далее, в него вошло большое количество статей по вопросам процесса, в частности, рассматриваются вопросы действия арбитражных регламентов во времени, доказывания, отмены арбитражных решений, антиисковых обеспечительных мер. Наконец, последний раздел посвящен вопросам применимого права, где рассматриваются вопросы права, применимого к арбитрабильности, и принцип *jura novit curia*.

Редакторы надеются, что данная книга окажется полезной для всех практикующих арбитражных юристов, ученых, аспирантов, а также всех тех, кто интересуется проблемами международного арбитража.

В завершение хотелось бы высказать слова благодарности спонсорам конференции — фирмам «Berwin Leighton Paisner LLP» (www.blplaw.com), «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (www.mzs.ru) и коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и Партнеры» (www.rospravo.ru), благодаря финансовой поддержке которых эта

конференция состоялась. Также немалый вклад внесли партнеры конференции, прежде всего — Торгово-промышленная палата РФ. Информационными спонсорами конференции стали: журнал «Вестник международного коммерческого арбитража», журнал «Третейский суд», ICC Russia, АНО «Перикл». Спонсором ужина докладчиков выступила фирма «Baker & McKenzie».

А. В. Асосков,
доктор юридических наук, доцент кафедры
гражданского права юридического факультета
МГУ им. М. В. Ломоносова,
профессор Российской школы частного права, арбитр МКАС

Н. Г. Вилкова,
доктор юридических наук, профессор Всероссийской академии
внешней торговли, арбитр МКАС

Р. М. Ходыкин,
кандидат юридических наук,
партнер лондонского офиса фирмы Berwin Leighton Paisner

Партнеры и спонсоры

Партнеры

Торгово-промышленная палата Российской Федерации

Вестник Международного Коммерческого Арбитража

Электронная библиотека «Наука права»: первая база цифровых изданий по международному коммерческому арбитражу

Информационные спонсоры

ICC Russia

Журнал «Третейский суд»

АНО «Перикл»

Спонсоры

Муранов, Черняков и партнеры

Юридическая фирма «Муранов, Черняков и партнеры» основана в 2003 году и в настоящее время входит в десятку ведущих российских поставщиков юридических услуг. Практика фирмы в области разрешения судебных и арбитражных споров имеет репутацию одной из лучших в России и ежегодно входит в рейтинги международных юридических справочников, включая Chambers Global, Chambers Europe, The Legal 500, Who's Who Legal, Best Lawyers.

Юристы и адвокаты коллегии принимают участие в арбитражных разбирательствах по широкому спектру коммерческих, договорных, финансовых и технических вопросов, представляют интересы клиентов по всем видам споров, в арбитражных судах и судах общей юрисдикции всех уровней, включая Высший Арбитражный Суд, Верховный Суд и Конституционный Суд, имеют опыт ведения дел практически во всех известных международных центрах арбитража, включая МКАС, ICC, SCC, AAA, SIAC.

Фирма оказывает услуги по следующим направлениям: судебные разбирательства; международный коммерческий арбитраж; альтернативное разрешение споров; исполнительное производство; признание и исполнение решений иностранных судов в России.

www.rospravo.ru

Спонсоры

Berwin Leighton Paisner (BLP) – ведущая международная юридическая фирма, оказывающая полный спектр услуг и объединяющая более 800 юристов в крупнейших коммерческих и финансовых центрах в 9 странах мира в 11 офисах – в Лондоне, Москве, Абу-Даби, Берлине, Брюсселе, Дубае, Франкфурте, Гонконге, Париже, Пекине и Сингапуре. Goltsblat BLP – российская практика Berwin Leighton Paisner (BLP).

Практика международного арбитража BLP входит в состав Практики по разрешению споров фирмы, одной из сильнейших на международном рынке по данным ежегодных рейтингов Legal 500 и Chambers. Специалисты Практики международного арбитража BLP обладают обширным опытом сопровождения крупных международных арбитражных споров с участием сторон из самых разных стран мира, рассматриваемых в соответствии с разнообразными институциональными и специальными (ad hoc) регламентами.

Как отмечает издание Legal 500, юристы арбитражной практики BLP «фокусируются на действительно ключевых вопросах, а не просто зарабатывают очки» и их ценят за их профессионализм и желание быть «по настоящему вовлеченными».

www.blplaw.com

Спонсоры

«Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (МЗС) – одна из ведущих юридических фирм в России.

МЗС занимает сильные позиции в области альтернативного разрешения споров в России. Фирма обладает солидным опытом ведения крупных и нередко широко освещаемых в прессе дел в Международном коммерческом арбитражном суде (МКАС) и Морской арбитражной комиссии (МАК). Кроме того, МЗС оказывает эффективную поддержку разбирательствам, которые проводятся под эгидой Международной торговой палаты (МТП), Лондонского международного арбитражного суда (LCIA) и Стокгольмского арбитража.

В ходе работы над множеством дел специалисты МЗС приобрели обширный опыт в принятии обеспечительных мер, подготовке юридических заключений по вопросам российского права и получении доказательств для содействия международным третейским разбирательствам, а также, разумеется, в признании и приведении в исполнение в России решений международных арбитражей.

www.mzs.ru

Содержание

Предисловие от редакторов III
Партнеры и спонсоры VI
Информация об авторах и редакторах XII

Раздел 1
ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА И ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

Поздняков В.С.
Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации: закон, регламент, комментарии 3

Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г.
Правовые проблемы порядка разрешения инвестиционных споров и развитие российского законодательства об альтернативных механизмах разрешения споров 53

Frédéric Bélot
The New French Law on Arbitration 92

Tilman Dralle
A Future Bilateral Investment Treaty Between Russia and the European Union – How will Investors Fare? 104

Караманова Ж.
Конфиденциально ли конфиденциальное? Актуальные вопросы конфиденциальности в арбитраже 110

Раздел 2
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Зыков Р.О.
Отмена арбитражного решения в государстве, которое не являлось местом арбитража 123

Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.
Действие арбитражных регламентов во времени 139

Рубинина Е.А.
Привилегии в области доказательств в международном арбитраже с участием российских компаний 172

Шемелин Д.А.
Изменение стандарта доказывания в международном арбитраже 190

Ядыкин А.И.
Институт «антиисковых обеспечительных мер» (anti-suit injunctions) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского разбирательства 220

Раздел 3
ВОПРОСЫ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Панов А.А.
Принцип «*jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже 270

Чупрунов И.С.
Арбитрабельность: применимое право и влияние со стороны сверхимперативных норм 297

Информация об авторах и редакторах

Асосков Антон Владимирович — доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, профессор кафедры международного частного права ГОУ «Российская школа частного права».

Выступает арбитром МКАС при ТПП РФ, Международного арбитражного суда при ТПП Республики Казахстан, ряда других третейских судов. Принимал участие в более чем 50 международных арбитражных разбирательствах, в том числе в арбитражных разбирательствах по Регламенту ICC.

Является членом Рабочей группы при Совете по кодификации гражданского законодательства, ответственной за подготовку изменений и дополнений ГК РФ (раздел «Международное частное право»), а также членом редколлегии журнала «Вестник международного коммерческого арбитража».

Автор трех монографий (Правовые формы участия юридических лиц в международном обороте. М.: Статут, 2003. 348 с.; Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 335 с.; Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 615 с.), а также более 50 статей в юридических журналах.

Область научных интересов — международное частное право, в том числе вопросы международного коммерческого арбитража и международного гражданского; корпоративное право; договорное право.

Бело Фредерик (Frédéric Bélot) — доктор права, выпускник *Sciences Po и HEC*, адвокат, член Парижской коллегии адвокатов, Почетный адвокат России, BELOT MALAN & PARTNERS (Париж).

Вилкова Нина Григорьевна — доктор юридических наук, профессор Всероссийской академии внешней торговли Минэкономразвития России, арбитр МКАС при ТПП РФ. Автор многочисленных публикаций по вопросам международного частного права и международного арбитража.

Доронина Наталия Георгиевна — доктор юридических наук, профессор, заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

Дралле Тильман (Tilman Dralle) – магистр права, кафедра международного, европейского и публичного права Дрезденского университета.

Зыков Роман Олегович — кандидат юридических наук, LL.M. Юрист в области разрешения споров в международном коммерческом арбитраже, арбитр международного арбитражного суда МТП (Париж), Арбитражного института ТПС (Стокгольм).

Основными направлениями работы являются представление интересов компаний в спорах из внешнеэкономических договоров строительного подряда, промышленного и гражданского проектирования, поставки, займа, акционерных и опционных соглашений, соглашений купли-продажи акций и ценных бумаг, создания и обращения объектов интеллектуальной собственности, споров в области энергетики, металлургии, телекоммуникаций, оказания услуг и спортивных спорах.

Автор научных работ в области международного арбитража, опубликованных в российских и иностранных изданиях, а также докладчик на российских и международных конференциях, посвященных вопросам разрешения внешнеэкономических споров.

Караманова Жибек — арбитр Международного Арбитражного и Третейского Судов при ТПП Республики Казахстан, магистр в области международного бизнес права (LL.M).

Панов Андрей Александрович — юрист международной арбитражной практики юридической фирмы *Norton Rose Fulbright* (Москва). С отличием окончил юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, имеет степень магистра права Оксфордского университета.

Специализируется на представлении интересов клиентов в международных арбитражных разбирательствах (по регламентам МКАС, ICC, SCC), а также в судебных процессах по отмене, признанию и приведению в исполнение арбитражных решений и решений иностранных судов. Успешно провел более 20 судебных и арбитражных дел, некоторые из которых стали прецедентными для России.

Активно участвует в молодежных арбитражных группах (в том числе МАФ 40, YAF, YIAG, ICDR Young & International), а также в Международной ассоциации юристов (IBA). В мае 2013 г. был назначен региональным представителем YIAG в России и СНГ.

Выступил соавтором русского перевода Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже (2010 г.), регулярно публикует заметки, комментарии и статьи по вопросам международного арбитража и международного гражданского процесса.

Петроль Олеся Дмитриевна — магистр юриспруденции (РШЧП), выпускник кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

Поздняков Владимир Сергеевич – выдающийся российский специалист в области международного коммерческого арбитража, чья деятельность в течение 34 лет была связана с арбитражем. Более 15 лет (1975–1993) он возглавлял МКАС при ТПП РФ.

Владимир Сергеевич относится к послевоенному поколению отечественных ученых, которые не только прошли Отечественную войну, содействовали победе нашего народа, но и в сложных политических условиях осуществляли научные разработки. Исследования Владимира Сергеевича были направлены на развитие международного коммерческого арбитража, правового регулирования внешней торговли и международного частного права. Он участвовал в деятельности Комиссии ООН по праву международной торговли, был членом Международного совета по коммерческому арбитражу. Его участие в разработке Типового закона[1] ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже позволило ему совместно с С.Н. Лебедевым, выступающим в первой сессии нашей конференции, разработать проект закона РФ о международном коммерческом арбитраже, который впервые в нашей стране создал законодательную базу и обеспечил возможность дальнейшего развития института коммерческого арбитража в России.

Принятый при непосредственном участии В.С. Поднякова в 1993 г. Закон Российской Федерации о международном коммерческом арбитраже, 20-летие которого отмечается на Конференции, обеспечил поступательное развитие международного арбитража в нашей стране, создал основу для выхода международного арбитража за пределы ТПП РФ, привлек к разрешению споров из международных контрактов новых арбитров и новые стороны,

1 Национальные законы о международном арбитраже приняты более чем в 60 странах по всему миру и в 8 штатах США.

обогатил теорию и практику новыми достижениями, о которых пойдет речь на нашей Конференции. Прошедшие годы применения Закона показали его сильные положительные стороны, но выявили и потребность в совершенствовании отдельных его положений, которые в настоящее время разрабатываются и обсуждаются специалистами.

Обогащение Закона новыми положениями, отражающими современные тенденции и подходы, несомненно, не раз позволит оценить заслуги тех, кто был пионером развития международного арбитража, прежде всего Владимира Сергеевича Позднякова, а выраженные в его статье идеи помогут осмыслению современных проблем международного коммерческого арбитража.

Рубинина Евгения Алексеевна — юрист группы по международному арбитражу *Freshfields Bruckhaus Deringer* в Лондоне.

Специализируется на арбитражных разбирательствах в сфере инвестиций, международном публичном праве и международном коммерческом арбитраже.

Ее опыт включает арбитражные разбирательства, осуществляющиеся на основании договоров о защите капиталовложений, а также международные коммерческие споры (по регламентам ICSID, ICC, LCIA и SCC). Консультирует клиентов по вопросам структурирования иностранных инвестиций с применением договоров о защите капиталовложений.

Окончила с отличием международно-правовой факультет МГИМО (Университет) МИД России. Является обладателем магистерских степеней Гарвардской школы права и Оксфордского университета. Является солиситором Англии и Уэльса, а также адвокатом в штате Нью-Йорк. Ранее работала

в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), где выступала в качестве ответственного секретаря арбитражных разбирательств, а также в Постоянной палате третейского суда в Гааге и в международной юридической фирме в Москве.

Соавтор учебника «Международное частное право: Том 1: Общая часть» / Отв. ред. С.Н. Лебедев и Е.В. Кабатова. М., 2011; автор ряда статей по вопросам международного арбитража и международного инвестиционного права. Член редколлегии журнала *International Arbitration Law Review*.

Семилютина Наталья Геннадьевна — доктор юридических наук, заведующая отделом гражданского законодательства зарубежных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ.

Шемелин Дмитрий Анатольевич — старший юрист практики международного арбитража Юридической и патентной фирмы «Грищенко и партнеры» (Киев).

Окончил с отличием юридический факультет Киево-Могилянской академии. Имеет степень LL.M от совместной программы Master in International Dispute Settlement Женевского университета и Graduate Institute of International and Development Studies (лучший выпускник 2012 г.).

Специализируется на представлении интересов клиентов в международном арбитраже, прежде всего в делах на основе международных договоров о защите инвестиций. С 2006 г. Дмитрий принял участие в шести подобных делах, в том числе в крупнейшем инвестиционном споре Украины с ОАО «Татнефть» и в первом инвестиционном арбитраже, проведенном на русском языке

(*Remington Worldwide Limited v Ukraine*). При участии Дмитрия в 2012 г. также подан первый инвестиционный иск украинского инвестора против одного из государств СНГ.

Является автором значительного числа публикаций на русском, украинском и английском языках по проблемам международного права и международного арбитража. В 2012 г. выступил соавтором книги «Международный инвестиционный арбитраж: некоторые тенденции и опыт Украины» / Под общ. ред. С. Войтовича. Юстиниан, 2012.

Ходыкин Роман Михайлович — кандидат юридических наук, партнер лондонского офиса фирмы *Berwin Leighton Paisner*.

Специалист по сопровождению арбитражных разбирательств с огромным опытом ведения национальных и международных проектов. До 2012 г. являлся доцентом кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (Университета) МИД России. Кроме того, является арбитром Спортивного арбитражного суда при Олимпийском комитете России и членом редколлегии журнала «Вестник международного коммерческого арбитража».

В течение последних нескольких лет выступал консультантом в рамках инициированного против Республики Казахстан инвестиционного арбитражного разбирательства в Международном центре по разрешению инвестиционных споров (Вашингтон) с суммой требований несколько сотен миллионов долларов, а также принимал участие в арбитражных разбирательствах в Лондонском международном третейском суде (LCIA), Арбитражном суде при Международной торговой палате (ICC), Арбитражном институте при Торговой палате Стокгольма (SCC) и Американской Арбитражной Ассоциации (AAA).

Справочник Chambers называет его «восходящей звездой», высокую позицию занимает он и в рейтинге Legal 500. Был включен в подготовленный ведущей российской деловой газетой «Ведомости» рейтинг Лучших юристов России в категории судебных разбирательств и разрешения споров.

Является автором многочисленных публикаций по вопросам международного арбитража, международного частного права и гражданского процесса. Автор монографии на английском языке «Arbitration Law of Russia: Practice and Procedure», JurisPublishing, New York, 2013. Редактор русского издания книги: *Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж; пер. с англ. / под ред. Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

Чупрунов Иван Сергеевич — юрист международной юридической фирмы *Linklaters CIS*. Окончил юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова (с отличием), Российскую школу частного права (с отличием) и аспирантуру юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (диссертация готовится к защите).

Основная сфера научных интересов касается международного коммерческого арбитража, международного гражданского процесса и общих вопросов международного частного права.

Иван является автором ряда публикаций по вопросам международного коммерческого арбитража и международного гражданского процесса в российских и иностранных юридических изданиях и периодике.

Ягельницкий Александр Александрович — кандидат юридических наук, магистр юриспруденции (РШЧП), ассистент

кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

Ядыкин Алексей Игоревич — старший юрист международной юридической фирмы *Debevoise & Plimpton LLP* (московский офис).

С отличием окончил Московскую государственную юридическую академию. Специализируется на вопросах коммерческого и корпоративного права, сделок M&A и разрешения международных коммерческих споров, в том числе на представлении интересов клиентов в международных арбитражных разбирательствах (по регламентам МКАС, LCIA).

Раздел 1

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА И ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

В. С. Поздняков

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ЗАКОН, РЕГЛАМЕНТ, КОММЕНТАРИИ[1]

Введение

Предметом настоящей работы является вопрос, которому зачастую, как свидетельствует практика, не уделяется должного внимания при заключении контрактов в сфере внешнеторговых и иных видов внешнеэкономических связей. Не уделяется потому, что при переговорах о контракте стороны озабочены прежде всего согласованием его предмета, цены, сроков исполнения. Каждая из сторон обоснованно, как правило, полагает, что ее контрагент добросовестно и в полном соответствии с условиями контракта выполнит принятые на себя обязанности. Нередко, однако, этого не происходит, если, например, продавцу не удастся к установленному сроку подготовить к отгрузке товар, предусмотренный контрактом, по причинам, зависящим от неисправности предприятия — непосредственного поставщика или, например, субпоставщика. А покупатель может встретиться с трудностями в обеспечении платежа за товар. Возникают иногда претензии по качеству товара. Все чаще в последние годы приходится сталкиваться со случаями недобросовестности, заведомого обмана, когда стороны вступают в контакт единственно с целью получить товар,

[1] Текст статьи печатается с согласия наследников автора. Текст воспроизведен по изданию: М.: МЦФЭР, 1996.

вовсе не собираясь за него платить. Трудности в ходе исполнения контракта могут возникнуть, и нередко возникают, в силу обстоятельств, не зависящих от сторон. Очень часто нормальное течение торговой операции осложняется несовершенством самих контрактов: недостаточно четкое определение предмета контракта, условий расчетов, оснований освобождения от ответственности[2]. В силу изложенных и других обстоятельств между сторонами возникают разногласия, споры, которые они, при наличии взаимной доброй воли, стремятся урегулировать путем переговоров. И этот путь устранения возникших трудностей, как это совершенно очевидно, представляется наиболее приемлемым.

Далеко не всегда, однако, переговоры приводят к результатам, устраивающим обе стороны. В такой ситуации сторона, право которой, как она полагает, нарушено, может обратиться за защитой в государственный суд. С исками о защите своих прав в государственный суд Российской Федерации могут обращаться и иностранные юридические и физические лица[3]. Однако в международной торговле и, в частности, в сфере внешней торговли и других видов внешнеэкономической деятельности российских организаций в основном преобладает передача споров не в государственные судебные органы, а в третейский суд. Возможность обращения в такой суд — по соглашению сторон — предусмотрена ст. 27 Гражданского процессуального кодекса РСФСР и ст. 23 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Разновидностью третейского суда является международный коммерческий арбитраж. Преобладает передача

[2] См., в частности, *Зыкин И.С.* Договор во внешнеэкономической деятельности. — М.: 1990; его же. Внешнеэкономические операции: право и практика. — М.: 1994; *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. — М.: 1995; его же. Внешнеторговые контракты купли-продажи. — Экономика и жизнь. 1994, № 37.

[3] См. ст. 433 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г., а также ст. 210–212 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации 1995 г.

споров в третейский суд вследствие того, что судебная власть является составной частью государственной власти. Это записано в ст. 10 Конституции Российской Федерации 1993 г. Конституцией РФ установлены высокие требования к квалификации судей (ст. 119), в Конституции закреплен принцип независимости судей и подчинения их только закону (ст. 120). Судьи строго соблюдают правила гражданского судопроизводства, имеющие целью вынесение по каждому отдельному спору объективного и беспристрастного решения. Вместе с тем эти правила не допускают участия сторон в выборе судей по конкретному спору. В отличие от этого третейский суд не входит в систему органов государственной власти и конкретные споры разрешаются здесь специалистами, избранными самими сторонами либо назначенными в соответствии с соглашением между ними[4].

Эта особенность третейского суда имеет особо важное значение с учетом различной государственной принадлежности спорящих сторон.

Преимущества международного коммерческого арбитража усматриваются и в том, что упрощенная, но признаваемая достаточной, арбитражная процедура, а также, как правило, недопустимость обжалования решений по существу спора позволяют завершить его рассмотрение в гораздо более краткие сроки, чем в государственных судах. Важным преимуществом арбитража считают также конфиденциальность: разрешение споров в государственных судах осуществляется, как правило, в открытых заседаниях и их решения могут быть опубликованы, тогда как в международном коммерческом арбитраже дела

[4] См. *Виноградова Е.А.* Третейский суд в России. Законодательство, практика, комментарии. — М.: 1993.

рассматриваются в закрытом порядке. Решения такого арбитража чаще всего не публикуются, а если и могут быть опубликованы, то без указания спорящих сторон, а также иных сведений, позволяющих определить стороны.

Еще одно, и очень важное, преимущество международного коммерческого арбитража касается исполнения его решения: гораздо легче добиться исполнения решения такого арбитража — ввиду наличия международной Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (см. разд. 7 настоящей работы).

1. Источники правового регулирования международного коммерческого арбитража в России

До недавнего времени в Российской Федерации не было единого закона, посвященного международным коммерческим спорам. И это в известной мере сдерживало рассмотрение таких споров на территории России. Положение изменилось 7 июля 1993 г., когда Верховный Совет Российской Федерации принял Закон «О международном коммерческом арбитраже»[5].

В основу проекта Закона был положен Типовой закон, принятый в 1985 г. Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренный Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем законодательстве[6].

[5] Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1993, № 32, ст. 1240.

[6] Кроме России Типовой закон положен в основу соответствующих национальных законодательных актов Австралии, Бахрейна, Бермуд, Болгарии, Венгрии, Канады, Кипра, Египта, Финляндии, Гонконга, Мексики, Нигерии, Сингапура, Перу,

Сфера применения. Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Российской Федерации (ст. 1.1 Закона). Место же арбитража определяется соглашением сторон (см. разд. 2 данной работы), если по этому вопросу не действует иное урегулирование, например, установленное международным (межгосударственным) договором. И, следовательно, если российская организация и ее контрагент договорились об арбитраже за пределами России, то к нему будут применяться не положения Закона, который мы рассматриваем, а нормы соответствующего иностранного государства, которые во многом могут отличаться, и порой весьма существенно, от положений российского законодательства.

Два вида арбитража. Как указано в ст. 2 Закона, «арбитраж» означает любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением. Здесь имеются в виду давно известные международной практике два вида арбитража: арбитраж «ад хок» (ad hoc) и институционный (или администрируемый) арбитраж. Независимо от того, какой вид арбитража изберут стороны, каждый конкретный спор, как уже отмечалось, рассматривается лицами (специалистами), избранными самими сторонами или назначенными в соответствии с соглашением между ними. Различие между указанными двумя видами арбитража состоит главным образом в вопросах формирования состава арбитража, материального и иного обеспечения его деятельности, оформления результатов рассмотрения спора. При арбитраже «ад хок» все это приходится делать самим сторонам и арбитрам

Шотландии, Туниса, Украины и четырех штатов США — Калифорнии, Коннектикута, Орегона и Техаса (по состоянию на май 1995 г.).

в соответствии с заключенным между сторонами арбитражным соглашением. Институционный арбитраж все такие заботы принимает на себя. За это взимается определенная плата, которая вполне окупается, поскольку обеспечивается более быстрое разрешение возникших между сторонами разногласий. К тому же большинство институционных арбитражных центров имеют свои правила рассмотрения споров (регламенты), ссылка на которые избавляет стороны от необходимости самим согласовывать такие правила. В последние годы наметилась тенденция к увеличению количества споров, передаваемых на разрешение в соответствии с регламентами постоянно действующих арбитражных учреждений. Российские, как и ранее советские организации, предпочитают передачу споров именно в такие учреждения.

Из постоянно действующих в России арбитражных учреждений Закон выделяет Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морскую арбитражную комиссию (МАК) — учреждения, действующие при содействии Торгово-промышленной палаты Российской Федерации (см. разд. 8 настоящей работы), в силу их широкого международного признания.

Споры, которые могут быть переданы в МКАС. Закон (ст. 1.2) предусматривает две категории таких споров:

а) споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей. К числу таких споров относятся и споры между иностранными организациями, коммерческие предприятия которых находятся за границей. Не относятся к ним споры между российскими организациями, подведомственные государственным арбитражным судам Российской Федерации[7];

б) споры созданных на территории Российской Федерации предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

Закон вместе с тем предусматривает определенные споры, которые не могут передаваться в международный коммерческий арбитраж, даже если они соответствуют характеристикам, изложенным в пунктах а) и б) предыдущего абзаца. Ст. 1.4. Закона гласит: «Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе». В качестве примера можно сослаться на Патентный закон Российской Федерации 1992 г[8]. Из ст. 31 этого Закона следует, что на рассмотрение третейских (а равно государственных) судов могут быть переданы споры, связанные с защитой прав, охраняемых патентом, кроме споров, относящихся к компетенции Высшей патентной палаты.

Приоритет международного (межгосударственного) договора. Российская Федерация является участником целого ряда международных (межгосударственных) договоров,

[7] Закон Российской Федерации «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 18, ст. 1589) и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (Собрание законодательства Российской Федерации, 1995, № 19, ст. 1709).

[8] Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1992, № 42, ст. 2319.

посвященных специально международному коммерческому арбитражу или в которых затрагиваются вопросы такого арбитража[9]. В их числе международные договоры, действующие на территории России в порядке правопреемства после прекращения СССР. В ст. 15.4 Конституции Российской Федерации записано: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». Далее в той же ст. 15 Конституции закреплен приоритет международного договора перед иными правилами отечественного закона: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Не составляют исключения и международные договоры Российской Федерации по вопросам международного коммерческого арбитража. С тем, чтобы не дать оснований для каких-либо сомнений на этот счет, в ст. 1.5 Закона, который является предметом нашего рассмотрения, записано: «Если международным договором установлены иные правила, чем те, которые содержатся в российском законодательстве об арбитраже (третейском суде), то применяются правила международного договора».

Среди таких договоров — многосторонние договоры (конвенции) глобального и регионального значения, а также двусторонние договоры. Договором глобального значения является Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (чаще ее называют по месту

[9] См. *Лебедев С.Н.* Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. — М.: 1980, с. 3–58. Из последних публикаций см.: *Комаров А.С.* Международные соглашения в области внешнеэкономического арбитража. Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Женевская конвенция 1961 г. (обзор основных положений). Семинар по международному коммерческому арбитражу. — Торгово-промышленная палата Российской Федерации: 1994.

подписания — Нью-Йоркской конвенцией) 1958 г[10]. На территории Российской Федерации она действует в порядке правопреемства после прекращения СССР. Из других государств, входивших ранее в состав СССР, участниками Конвенции являются Беларусь, Украина, Грузия, Латвия, Литва и Эстония.

К многосторонним договорам регионального значения, действующим, и также в порядке упомянутого правопреемства, на территории Российской Федерации, относятся подписанные СССР две конвенции — Европейская (Женевская) конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г[11]. и Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества (Московская конвенция) 1972 г[12].

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. была принята представителями 22 европейских государств в Женеве подписана и ратифицирована, в числе других государств, СССР, БССР и УССР. Как отмечается в преамбуле Конвенции, ее участники руководствовались желанием «содействовать развитию европейской торговли путем устранения, по мере возможности, некоторых затруднений в функционировании внешнеторгового арбитража».

Участниками Московской конвенции 1972 г. были в момент ее подписания государства-члены СЭВ, кроме СРВ. Как указано в ст. X Конвенции, каждая страна — ее участница может выйти из нее путем одностороннего заявления (денонсации). Этим правом воспользовались Венгрия и Польша (нота Посольства Венгрии в России от 20.10.93 и нота Посольства Польши в России

[10] Ведомости Верховного Совета СССР, 1960, № 46, ст. 421.
[11] То же, 1964, № 44, ст. 485.
[12] Ведомости Верховного Совета СССР, 1973, № 18, ст. 227.

26.11.93). Есть основания полагать, что их примеру последуют и некоторые другие государства[13].

Основной особенностью Московской конвенции 1972 г. является установление исключительной компетенции арбитражных судов: «Все споры между хозяйственными организациями, вытекающие из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающих между ними в процессе экономического и научно-технического сотрудничества стран-участниц настоящей Конвенции, подлежат рассмотрению в арбитражном порядке с исключением подсудности таких споров государственным судам» (п. 1 ст. I Конвенции).

Конвенцией решен и вопрос о месте рассмотрения таких споров. Они «подлежат рассмотрению в арбитражном суде при торговой палате в стране ответчика или по договоренности сторон в третьей стране-участнице настоящей Конвенции» (п. 1 ст. II). Допускается, однако, только по договоренности сторон, передача отдельных категорий споров в специализированные арбитражные суды (п. 3 ст. II). В момент подписания Конвенции в СССР арбитражным судом, о котором идет речь в Конвенции, была Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК) при Торгово-промышленной палате (ТПП) СССР, а специализированным арбитражным судом — МАК при той же Палате (см. разд. 8 данной работы).

Среди многосторонних договоров СССР, действующих на территории Российской Федерации, следует назвать и ряд Общих

[13] В частности, имеется информация о том, что Чешская Республика денонсировала Конвенцию 25.01.95. В соответствии с Конвенцией (ст. X) денонсация вступает в силу через 12 месяцев со дня получения уведомления о ней депозитарием. Выход страны из Конвенции не затрагивает дела, находящиеся в производстве согласно Конвенции на день вступления в силу денонсации.

условий, заключенных в свое время в рамках СЭВ, и прежде всего Общие условия поставок товаров между организациями стран-членов СЭВ 1968/1988 гг. (ОУП СЭВ 1968/1988 гг.), глава XIV которых (§ 104–105) посвящена арбитражу[14].

Как и Московская конвенция, ОУП СЭВ исключают рассмотрение споров в общих (государственных) судах, но определяют место арбитража, в отличие от Московской конвенции, только в отношении споров из договоров (контрактов) поставки: «Все споры, могущие возникнуть из контракта или в связи с ним, подлежат рассмотрению в арбитражном порядке в арбитраже, установленном для этих споров в стране ответчика, или по договоренности сторон в третьей стране-члене Совета Экономической Взаимопомощи» (п. 1 (§ 104).

Особо следует отметить Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, подписанное правительствами государств-участников СНГ (Содружества Независимых Государств) 20 марта 1992 г. в Киеве. Не подписали Соглашение Азербайджан, Туркменистан и Узбекистан. Соглашение вступает в силу после его ратификации не менее чем тремя государствами. Ратифицировали это соглашение Россия 9 октября 1992 г., Беларусь 24 ноября 1992 г., Украина 19 декабря 1992 г. Соглашение вступило в силу с 8 апреля 1993 г.

Соглашение определяет порядок разрешения споров, вытекающих из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, между ними и государственными и иными организациями, а равно порядок исполнения

[14] О применении ОУП СЭВ 1968/1988 гг. в настоящее время см. *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. — М.: 1995, с. 16–20.

решений по таким спорам. Понятие хозяйствующего субъекта включает в себя и граждан-предпринимателей. Хозяйствующие субъекты имеют право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы, к компетенции которых относится рассмотрение упомянутых выше споров. Компетенция судов государств-участников определена в ст. 4 Соглашения.

Из двусторонних международных договоров, действующих для Российской Федерации в порядке правопреемства после прекращения СССР, следует выделить договоры (протоколы) с КНР и КНДР, согласно которым поставки товаров между их предприятиями и организациями осуществляются в соответствии с Общими условиями поставок (ОУП), включающими и положения об арбитраже. С КНР такой международный договор заключен в 1990 г[15]., а с КНДР — в 1981 г[16].

Положения по вопросам арбитража, которые включены в ОУП с указанными двумя странами, являются, как и Московская конвенция 1972 г., нормативными предписаниями. В отличие от Московской конвенции эти положения ОУП касаются только договора поставки. Объединяет ОУП с указанными странами и Московскую конвенцию также то, что в них закреплен принцип «арбитража по ответчику»:

– если ответчиком в споре окажется российское (ранее — советское) предприятие или организация, то спор передается на разрешение Арбитражного суда при Торгово-промышленной

[15] См. *Розенберг М.Г.* Вводная статья к изданной ТПП СССР брошюре «Общие условия поставок товаров из Союза ССР в Китайскую Народную Республику и из Китайской Народной Республики в Союз ССР» — М.: 1990.

[16] Об этом документе см. *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров — М.: 1995, с. 27, 167–170.

палате СССР (ныне Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Российской Федерации), в Москве в соответствии с Регламентом этого суда;

– если ответчиком является предприятие или организация из КНР или КНДР, спор разрешается соответственно в Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии при Китайском комитете содействия развитию международной торговли в Пекине или во Внешнеторговой арбитражной комиссии КНДР в Пхеньяне в соответствии с регламентами указанных комиссий. ОУП СССР–КНДР допускают по соглашению сторон отступление от этого общего правила — передачу споров на разрешение арбитража в третьей стране.

Положения о коммерческом арбитраже получили отражение во многих двусторонних международных торговых договорах Российской Федерации[17].

Главное внимание в большинстве таких договоров уделено признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений. К этому вопросу мы вернемся в разд. 7 данной работы. Другие особенности международных договоров будут показаны в соответствующих подразделах работы.

Особо следует упомянуть Конвенцию о рассмотрении споров по инвестициям между государствами и лицами других государств 1965 г. Участниками Конвенции в 1992 г. были 106 государств[18]. Россия — сторона ряда двусторонних договоров

[17] См. *Лебедев С.Н.* Указ. соч., с. 63–65, 138–146.

[18] Конвенция Россией подписана и в настоящее время рассматривается вопрос о ее ратификации. О содержании Конвенции см., в частности, *Доронина Н.Г.,*

о поощрении и взаимной защите инвестиций, содержащих положения об арбитражном порядке рассмотрения споров[19].

Содержатся положения по вопросам арбитража и в носящих факультативный характер Общих условиях поставок, применяемых между российскими организациями и фирмами Югославии и Финляндии. Такие положения действуют, если в конкретном контракте сделана ссылка на эти Общие условия поставок[20].

Диспозитивные и императивные нормы. Характерной чертой Закона является представляемая спорящим сторонам широкая свобода при формировании состава арбитража, определении процедуры арбитражного разбирательства, ряда других вопросов (см., например, ст. 3, 10–11, 19–21, 25 Закона). По всем таким вопросам стороны могут согласовать правила иные, чем те, которые записаны в Законе. И соответствующие нормы Закона (диспозитивные нормы) применяются, если только стороны не воспользовались предоставленным им правом договориться об ином. Все другие нормы Закона являются императивными — не допускающими отступления от них по соглашению сторон. Среди них — нормы о сфере действия Закона (ст. 1), об отводе арбитра (ст. 12–13), о равном отношении к сторонам (ст. 18), о форме и содержании арбитражного решения

Семилютина Н.Г. Правовое регулирование иностранных инвестиций за рубежом. — М.: 1993, с. 106–110.

19 Подробнее см. *Богуславский М.М.* Международное частное право, 2-е изд. — М.: 1994, с. 408–411; *его же*, Правовое положение иностранных инвестиций. — М.: 1993, с. 168–171.

20 Об этих Общих условиях см., в частности, *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. — М.: 1995, с. 170–179. О целесообразности использования в современных условиях Общих условий поставок СЭВ–Финляндия см. *Лехтинен Л.* Об Общих условиях поставок товаров СЭВ–Финляндия –Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации, 1995, № 5, с. 61–64. Там же помещен текст этого документа, с. 65–87.

(ст. 34), о признании и приведении в исполнение арбитражных решений (ст. 35–36).

Государственный суд и международный коммерческий арбитраж. Согласно Закону (ст. 2) суд означает соответствующий орган судебной системы государства. Как указано в Конституции Российской Федерации (ст. 10), судебная власть является составной частью государственной власти.

Международный коммерческий арбитраж не входит в судебную систему государства. Его организация и деятельность определяются рассматриваемым Законом. Ни законодательство о судоустройстве, ни процессуальное законодательство Российской Федерации (в частности, ГПК РСФСР и АПК РФ) к международному коммерческому арбитражу не применяются. Это исходное положение дополнено в ст. 5 Закона следующей нормой: «По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе». Таких случаев два:

1. Верховный суд республики, входящей в состав Российской Федерации, краевой, областной, городской суд, суд автономной области и суд автономного округа по месту арбитража по заявлению заинтересованной стороны принимает решение по вопросу о компетенции арбитражного суда (если его решение о том, что он обладает компетенцией, принято как по вопросу предварительного характера).

2. Те же суды вправе отменить арбитражное решение либо отказать в приведении его в исполнение, если установят допущенные арбитражным судом определенные нарушения (подробнее см. разд. 6 и 7 данной работы).

Изложенное стоить дополнить положением ст. 27 Закона о возможности компетентного суда Российской Федерации оказать содействие в получении доказательств.

Формирование состава арбитража. Закон содержит ряд диспозитивных в основном предписаний, относящихся к порядку формирования состава арбитража: о числе арбитров (ст. 10), порядке их назначения (ст. 11) и отвода (ст. 12 и 13), прекращении полномочий (ст. 14) и замене арбитра (ст. 15). При определенных условиях и с соблюдением определенных требований Закона назначает арбитра Президент ТПП Российской Федерации (ст. 11, п. 3, 4 и 5). В соответствии с предписаниями Закона (ст. 13 и 14) Президент той же Палаты способствует устранению затруднений, связанных с отводом и прекращением полномочий арбитра.

Особо следует отметить императивное предписание Закона, имеющее целью обеспечить вынесение беспристрастного решения. В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением арбитром это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Эта обязанность возлагается и на уже назначенного арбитра — в течение всего арбитражного разбирательства.

Исковое заявление и возражение по иску. Как указано в п. 1 ст. 23 Закона, в течение срока, согласованного сторонами или определенного составом арбитража, истец должен заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковые требования, о спорных вопросах и требуемом удовлетворении. Ответчик должен заявить свои возражения по этим пунктам. Стороны вправе договориться об иных, чем предусмотрено Законом, необходимых реквизитах таких заявлений.

Установлены определенные последствия несоблюдения предусмотренных в п. 1 ст. 23 требований к исковому заявлению и/или возражению по иску (ст. 25). Если истец не представляет свое исковое заявление, как это требуется в соответствии с Законом, арбитраж прекращает разбирательство. Иначе решается вопрос, если ответчик не представляет возражений по иску: арбитраж продолжает разбирательство. Вопрос об этих последствиях изложен также в виде диспозитивной нормы.

Арбитражное разбирательство. Раздел V Закона (ст. 18–27) посвящен ведению арбитражного разбирательства. Первостепенное значение в этом разделе имеет ст. 18, которая гласит: «К сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции». В частности, как указано в ст. 24, сторонам достаточно заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании дела. Все заявления, документы или другая информация, представляемая одной из сторон, должны быть переданы другой стороне. Несоблюдение этих императивных требований Закона считается основанием для заявления ходатайства об отмене арбитражного решения и/или об отказе в признании или приведении его в исполнение (см. разд. 6 и 7 данной работы).

Другим наиболее важным положением разд. V Закона является выраженное в п. 1 ст. 19 предписание о том, что стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства. Нет оснований полагать, что такие договоренности будут часто встречаться в практике. Однако Законом такая возможность предусмотрена. При отсутствии соглашения, о котором идет речь, арбитраж может вести разбирательство «таким образом, какой считает надлежащим» (п. 2 ст. 19) — с соблюдением, разумеется, положений Закона. Гражданское процессуальное законодательство (в частности, ГПК), как уже отмечалось,

к разбирательству в международном коммерческом арбитраже не применяется.

Разд. V Закона содержит ряд других положений — о месте арбитража, языке и др. С ними можно ознакомиться в прилагаемом к данной работе тексте Закона.

2. Арбитражное соглашение[21]

Необходимым условием передачи спора на рассмотрение арбитража является наличие между сторонами соглашения о том, что споры между ними будут разрешаться не государственным судом, а арбитражем (международным коммерческим арбитражем). Таково общее правило, из которого имеется ряд исключений. Как уже отмечалось, Московская Конвенция 1972 г. предусматривает исключительную компетенцию определенных арбитражных центров на разрешение споров между организациями соответствующих стран. Отмечались также и возникшие в последние годы проблемы, связанные с этой Конвенцией. Возникли также аналогичные проблемы, связанные с действием Общих условий поставок и других Общих условий, заключенных ранее между странами-членами СЭВ. Представляется поэтому целесообразным рекомендовать включение арбитражной оговорки в контракты с организациями и этих стран.

Понятие арбитражного соглашения. В Законе (ст. 7) записано, что «арбитражное соглашение — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть в связи с каким-либо конкретным

[21] См. *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. — М.: 1988.

правоотношением». Если, как это чаще бывает, вопрос о передаче споров в арбитраж обсуждается при заключении контракта, арбитражное соглашение включают в контракт как одно из его условий; такое соглашение именуют арбитражной оговоркой контракта. Соглашение об арбитраже может быть заключено в виде отдельного документа, в том числе с целью разрешения уже возникшего спора.

Именно этому вопросу, об арбитражной оговорке, довольно часто не уделяется должного внимания при заключении контрактов. Записывают, например, что «спор подлежит разрешению в арбитраже» или «арбитраж — в Москве», но в каком именно арбитраже, в каком арбитраже в Москве, — не указывают. Из-за своей неопределенности такая оговорка может быть реализована только при условии, если спорящим сторонам удастся договориться об устранении этого дефекта. А если не удастся и если спор входит в сферу действия Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., применяются положения этой Конвенции, позволяющие восполнить неполноту оговорки. Нельзя не заметить, однако, что предусмотренный Конвенцией механизм является весьма сложным и достаточно дорогостоящим и прибегают к этому механизму нечасто.

Форма арбитражного соглашения. Довольно обстоятельно в Законе изложены требования к форме арбитражного соглашения (ст. 7.1). Оно должно быть заключено в письменной форме. Это требование сформулировано в виде императивной нормы, нарушение которой влечет за собой недействительность соглашения.

Как указано в Законе, арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме не только если оно содержится в одном документе, подписанном сторонами. Оно считается таковым еще в двух случаях:

а) если оно заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо,

б) если оно заключено путем обмена исковым заявлением и ответом на иск, в котором одна сторона утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

Содержание арбитражного соглашения. Закон предоставляет сторонам широкую свободу при согласовании содержания арбитражного соглашения. Важно только, чтобы оно было «работающим», чтобы его можно было реализовать, чтобы оно было достаточно определенным, и прежде всего по вопросу о месте арбитража — о том, в какой стране имеется в виду рассмотрение уже возникшего или возможного в будущем спора. Выбор места арбитража означает и согласие сторон на применение при рассмотрении спора арбитражного законодательства определенной страны. Это может быть страна одной из сторон соглашения или страна стороны, которая окажется ответчиком, или третья страна. Каждый из этих вариантов имеет свои преимущества и недостатки, которые следует учитывать при переговорах. Возможны и другие варианты, например, если указано, что споры в связи с количеством товара решаются в стране продавца, а споры по качеству — в стране покупателя. В тех случаях, когда местом арбитража определена Россия, то, как уже отмечалось, применяется к спору Закон, который является предметом нашего рассмотрения.

Другой вопрос, который должен получить отражение в арбитражном соглашении (арбитражной оговорке), — вопрос о том, какой арбитраж они имеют в виду — арбитраж «ад хок» или институционный арбитраж. Если арбитраж институционный,

то должно быть указано, о каком именно арбитражном учреждении (третейском суде) идет речь. Это особенно важно в связи с тем, что международные коммерческие споры могут передаваться в настоящее время не только в МКАС и МАК, но и в некоторые другие учреждения, которые именуются арбитражными (третейскими) судами.

Одно важное замечание. В подавляющем большинстве случаев арбитражное соглашение в виде арбитражной оговорки является составной частью контрактов, в которых каждая из сторон обладает правами и несет обязанности. Такие контракты решительно преобладают. И вполне естественно, что арбитражная оговорка предоставляет право обращения в арбитраж любой из сторон. Их можно было бы назвать «двусторонними» арбитражными оговорками. Но встречаются, хотя и довольно редко, «односторонние» арбитражные оговорки. Такая оговорка была предметом рассмотрения по делу, завершенному производством в начале 1994 г. Стороны агентского соглашения подписали протокол, в котором зафиксировали факт выполнения агентом своих обязанностей, а также срок, в пределах которого принципал обязался уплатить предусмотренное агентским соглашением вознаграждение. Протокол содержал, кроме того, условие, согласно которому в случае неуплаты в срок вознаграждения агент вправе «обратиться с иском в арбитраж по своему выбору». Принципал отказался уплатить вознаграждение, и агент обратился с иском в арбитражное учреждение третьей страны, известное своей высокой репутацией. Принципал отрицал компетенцию этого учреждения, как и действительность арбитражной оговорки, ссылаясь, в частности, на ее «односторонность». По мнению автора данной работы, возражения принципала подлежали отклонению, поскольку «односторонность» арбитражной оговорки была обусловлена «односторонностью» правоотношения, ставшего предметом спора.

Если стороны избирают арбитраж «ад хок» и местом арбитража определена территория России, то и формирование состава арбитража, и арбитражное разбирательство осуществляются по правилам Закона (ст. 10–15, 18–25 и др.). При этом надо принять во внимание, что большинство норм этого Закона, как уже отмечалось, — диспозитивны. Стороны поэтому имеют возможность включать в арбитражное соглашение условия, которые отличаются от таких норм.

В виде примера можно было бы рекомендовать следующую арбитражную оговорку:

«Все споры, разногласия или требования, которые могут возникнуть из данного контракта или в связи с ним, в том числе касающиеся его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат передаче на разрешение арбитража, который должен иметь место в… (указывается место арбитража).

Сторона, желающая передать спор в арбитраж, должна известить об этом другую сторону заказным письмом, указав в нем фамилию и адрес избранного ею арбитра, а также предмет спора, дату и номер контракта, из которого или в связи с которым возникли спор, разногласия или требования.

Другая сторона в течение 30 дней по получении такого письма должна избрать второго арбитра и уведомить об этом первую сторону заказным письмом, указав в нем имя, фамилию и адрес избранного ею арбитра.

Если сторона, получившая извещение о передаче спора на рассмотрение арбитража, не изберет в указанный срок второго арбитра, то по просьбе другой стороны он назначается… (указывается, кем назначается, например, президентом определенной

торговой палаты страны стороны, получившей извещение). Такое назначение должно состояться не позднее 30 дней с даты поступления заявления заинтересованной стороны.

Оба арбитра в течение 30 дней после избрания (назначения) второго арбитра должны избрать третьего арбитра. Если арбитры не достигнут соглашения в отношении третьего арбитра, то по просьбе любой из сторон он назначается… (указывается, кем назначается)».

Такая оговорка вполне приемлема независимо от того, какая страна избирается сторонами местом арбитража.

Оговорка может быть дополнена рядом других условий: о применимом праве, о том, что решение арбитража будет окончательным и т.д. Указанные и другие дополнительные условия следует признать вполне уместными, если местом арбитража стороны определяют не Россию, а какую-либо иную страну. Если же таким местом избрана территория Российской Федерации, то стороны могут не затруднять себя согласованием таких условий: все условия, необходимые для эффективного и приемлемого для обеих спорящих сторон порядка рассмотрения споров, содержит Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

До недавних пор при переговорах об арбитражной оговорке стороны (не только иностранные, но и отечественные) воздерживались от передачи возможных споров в арбитраж «ад хок» на территории России (ранее — СССР), имея в виду отсутствие у нас соответствующего законодательства. Ныне, с принятием упомянутого Закона, этот правовой вакуум устранен. Более того, с принятием Закона правовое обеспечение арбитража «ад хок» в России можно признать более благоприятным, чем

в большинстве других стран, где нет аналогичных законов. Разбирательство споров в арбитраже «ад хок» на территории России, несомненно, получит в ближайшие годы более широкое распространение. Все это, однако, вряд ли заметно поколеблет сложившуюся за многие годы практику передачи споров в институционные арбитражные центры — в силу упомянутых ранее преимуществ этого вида арбитража.

Российские (ранее — советские) организации предпочитают передачу споров на разрешение МКАС или МАК, действующих при ТПП Российской Федерации. Принятие нового Закона и новых регламентов (Правил производства дел) МКАС и МАК будет, несомненно, способствовать более широкому обращению к услугам ведущих российских арбитражных центров.

В связи с изложенным в брошюре, содержащей текст нового Регламента МКАС[22], рекомендуется следующий текст арбитражной оговорки: «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом».

Аналогичная оговорка может быть рекомендована и при передаче споров в Морскую арбитражную комиссию.

Если иностранный контрагент не соглашается на передачу спора или споров на территории России, можно предложить

[22] Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. ТПП Российской Федерации. — М.: 1995.

на передачу их в стране ответчика, предпочтительнее — в институционном арбитраже. Многие действующие контракты содержат оговорку, согласно которой спор рассматривается в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП Российской Федерации, если ответчиком окажется российская организация, и в иностранном арбитражном центре, если российская организация выступает истцом.

Встречаются и соглашения о передаче споров на разрешение арбитражного центра страны продавца. Такое соглашение считается включенным в контракт, в частности, при наличии в нем указания о применении Общих условий поставок товаров из стран-членов СЭВ в Финляндскую Республику и из Финляндской Республики в страны-члены СЭВ.

Можно считать достаточно часто применяемой, особенно в крупномасштабных и долгосрочных контрактах, оговорку о передаче споров в арбитражный центр третьей страны (независимо от того, кто окажется истцом и кто — ответчиком) и о рассмотрении их в соответствии с правилами этого центра.

При заключении контрактов с фирмами шести стран российские организации могут воспользоваться рекомендациями, согласованными ТПП СССР с Японской коммерческой арбитражной ассоциацией (1956 г.)[23], Итальянской арбитражной ассоциацией (1974 г.), Федерацией индийских торгово-промышленных палат и Индийским советом по арбитражу (1980 г.), Федеральной палатой экономики Австрии (1982 г.) и Бельгийским центром по изучению и проведению национального и международного арбитража (1983 г.). Несмотря на то, что ТПП СССР — сторона этих

[23] 27 сентября 1995 г. вступило в силу подписанное ТПП Российской Федерации и Японской коммерческой арбитражной ассоциацией Российско-Японское коммерческое арбитражное соглашение.

соглашений, прекратила свое существование, нет никаких оснований возражать против того, чтобы соответствующие стороны могли воспользоваться этими рекомендациями. ТПП Российской Федерации приступила к переоформлению упомянутых соглашений.

Все эти соглашения можно разбить в основном на две группы. По соглашениям первой группы (с японским, двумя индийскими и бельгийским центрами) споры подлежат передаче в постоянно действующий арбитраж страны ответчика.

По соглашениям второй группы (с итальянским и австрийским центрами) истцу предоставляется свобода выбора: либо обратиться в указанный в соглашении постоянно действующий арбитражный центр страны ответчика, либо передать спор на рассмотрение арбитража «ад хок» в соответствии с Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г. и Арбитражным регламентом Европейской экономической комиссии ООН 1966 г. (по соглашению с итальянским центром) или в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (по соглашению с австрийским центром). Последние два соглашения позволяют итальянским и, соответственно, австрийским фирмам обращаться с исками не только в Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП Российской Федерации, но также в Морскую арбитражную комиссию при той же Палате[24].

Началом процесса переоформления соглашений по вопросам арбитража, ранее заключенных ТПП СССР, можно считать согласование в 1992 г. «Факультативной арбитражной оговорки для использования в контрактах в сфере российско-американской торговли и инвестирования». Сторонами этого соглашения

[24] Информацию об этих соглашениях можно получить в ТПП Российской Федерации.

являются Торгово-промышленная палата Российской Федерации, Американская арбитражная ассоциация (ААА) и Стокгольмская торговая палата. При подготовке соглашения было использовано аналогичное советско-американское соглашение об арбитражной оговорке 1972 г. В начале 1993 г. состоялся обмен документами, относящимися к новому соглашению. Текст оговорки опубликован в газете «Деловой мир» от 17.06.93 № 112[25].

В 1994 г. ТПП Российской Федерации заключила соглашение с Корейским коммерческим арбитражным советом (г. Сеул), содержащее рекомендацию физическим и юридическим лицам, занимающимся торговлей и инвестициями между двумя странами, включать в их контракты согласованный текст арбитражной оговорки. Согласно этой оговорке споры подлежат передаче в МКАС, если ответчиком является российское физическое или юридическое лицо, или в Корейский коммерческий арбитражный совет, если ответчик — корейское физическое или юридическое лицо.

Стоит подчеркнуть, что все упомянутые выше арбитражные оговорки являются сугубо факультативными: они применяются исключительно по соглашению сторон.

Автономность арбитражного соглашения. В Законе, в виде императивной нормы (ст. 16), впервые в нашей стране получила закрепление доктрина автономности арбитражного соглашения:

«Третейский суд (в смысле «международный коммерческий арбитраж». — *В.П.*) может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно

[25] Комментарии к соглашению см. в статье *Лебедева С.Н.* Ищите третейский суд в Стокгольме. — Деловой мир от 03.06.93.

наличия или действительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора».

Предусмотрено далее время, когда может быть сделано заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции, а также о превышении им своей компетенции. Постановление суда о том, что он обладает компетенцией, может быть при определенных условиях и в установленный срок обжаловано (см. разд. 6 данной работы).

Принцип автономности арбитражного соглашения (арбитражной оговорки) получил широкое международное признание, хотя и в настоящее время он признается далеко не во всех странах[26].

3. Применимое материальное право

Если спор возник из договорных отношений, то при его рассмотрении обращаются прежде всего к условиям договора, который закрепляет согласованные сторонами взаимные права и обязанности. Оправданным следует считать стремление сторон как можно более подробно определить эти права и обязанности. Все это, однако, не избавляет от необходимости обращаться к нормам права, его императивным и диспозитивным нормам. Права какого государства? Характерной особенностью обязательств по внешнеэкономическим сделкам является закрепленное законом право сторон самим избрать применимое к таким сделкам право. «Права и обязанности сторон по внешнеэкономическим сделкам, — указано в ст. 166 Основ гражданского

[26] См. *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. — М.: 1988, с. 42–104.

законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (ОГЗ), вступивших в силу на территории Российской Федерации с 3 августа 1992 г., — определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения». Тот же подход к этому вопросу отражен и в ст. 28.1 Закона «О международном коммерческом арбитраже». Практически, однако, сравнительно редко встречаются контракты с указанием применимого к ним права. Поэтому, если и возникает в этом необходимость, вопрос о праве, применимом к существу спора, приходится решать арбитрам в соответствии с коллизионными нормами[27], которые они считают применимыми (ст. 28.2 Закона). Международный коммерческий арбитраж, как правило, «считает применимыми» коллизионные нормы места арбитража. Такова, в частности, многолетняя практика МКАС и МАК. Коллизионные нормы российского гражданского права, применимые к внешнеэкономическим сделкам, содержит ст. 166 ОГЗ; к договору купли-продажи применяется право страны продавца.

При определении применимого материального права необходимо, как отмечалось выше, учитывать, что в силу Конституции Российской Федерации 1993 г. общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью правовой системы Российской Федерации. Это положение нашло отражение и в ст. 7 ГК Российской Федерации 1994 г. Согласно п. 3 ст. 28 Закона во всех случаях третейский суд принимает решение с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Практическое значение при разрешении споров в ближайшем будущем могут приобрести «Принципы международных

[27] О коллизионных нормах см. *Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. — М.: 1984, с. 50–76, *Богуславский М.М.* Международное частное право, 2-е изд. — М.: 1994, с. 74–92.

коммерческих договоров» (Principles of International Commercial Contracts), разработанные международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА) и опубликованные на английском языке в 1994 г[28].

4. Прекращение арбитражного разбирательства

Законом (ст. 32.1) предусмотрены два варианта прекращения арбитражного разбирательства:

а) вынесение окончательного решения и

б) вынесение постановления о прекращении разбирательства.

Окончательное арбитражное решение. Такое решение должно содержать (п. 2 и 3 ст. 31):

1. Мотивы, на которых оно основано;

2. Вывод об удовлетворении или отклонении исковых требований;

3. Сумму арбитражного сбора и расходов по делу, их распределение между сторонами;

4. Дату и место вынесения решения.

[28] Principles of International Commercial Contracts, Rome, 1994. Текст документа на русском языке в пер. проф. А. С. Комарова опубликован в ж. «Знамя», 1995, № 12 и в кн.: *М. Г. Розенберг*. Контракт международной купли-продажи: Современная практика заключения. Разрешение споров. — М.: 1996.

Очевидным представляется, что изложенный выше перечень реквизитов решения нельзя признать исчерпывающим. Решение должно содержать наименование сторон. Мотивам должно предшествовать изложение обстоятельств дела, исковых требований и возражений сторон.

Постановление о прекращении арбитражного разбирательства. Такое постановление выносится в трех случаях, указанных в ст. 32.2:

– когда истец отказывается от своего требования, однако, если только ответчик не выдвинет возражений против прекращения разбирательства, будучи заинтересованным в вынесении решения по делу. Разногласия сторон по этому вопросу решает арбитраж;

– когда стороны договариваются о прекращении производства по делу;

– когда арбитры придут к выводу, что продолжение разбирательства стало ненужным или невозможным.

5. Исправление и толкование решения. Дополнительное решение

Исправление решения. В установленный срок, по согласованию между сторонами, а при отсутствии такого согласования — в 30-дневный срок по получении арбитражного решения, любая из сторон может просить арбитраж исправить допущенные в решении технические ошибки в подсчетах, описки, опечатки. Арбитраж, если сочтет просьбу оправданной, обязан в течение 30 дней по ее получении внести соответствующие исправления.

В тот же срок, но на этот раз с даты арбитражного решения, сам арбитраж может исправить такие ошибки (ст. 33 Закона).

Исправление решения может встретиться с определенными трудностями либо даже оказаться невозможным, в частности, из-за пропуска указанных выше сроков. С учетом этого заслуживают положительной оценки усилия сторон, направленные на то, чтобы свести к минимуму саму необходимость устранения ошибок. Этому способствует, в частности, достаточно определенное и обоснованное изложение своих исковых требований и возражений, дополнение своих устных выступлений в заседании арбитража краткими письменными текстами, своевременное ознакомление с протоколами заседаний и обращение с просьбой, в случае необходимости, о дополнении и исправлении протокола.

Толкование решения. Любая сторона вправе также просить арбитраж дать толкование определенного пункта или части решения. Условия и сроки, связанные с такой просьбой, указаны в ст. 33 Закона.

Дополнительное решение. Законом (ст. 33) предусмотрена возможность вынесения арбитражным судом дополнительного решения — в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако, не были отражены в решении.

6. Оспаривание арбитражного решения

При рассмотрении этого вопроса важно прежде всего подчеркнуть, что решения международного коммерческого арбитража по существу спора (разногласий, требований) в Российской Федерации, как и в большинстве других стран, являются

окончательными и, соответственно, обжалованию и отмене не подлежат. Этим, в частности, данный арбитраж отличается от государственных судов (судов общей компетенции), государственных арбитражных судов, а также других третейских судов. Их решения могут быть обжалованы и отменены.

Вместе с тем Закон допускает возможность заявления ходатайства об отмене арбитражного решения как исключительного средства его оспаривания (ст. 34). Предъявление такого ходатайства допускается только при наличии оснований, указанных в Законе. Их два вида.

К основаниям первого из них относятся определенные нарушения, связанные в основном с арбитражным соглашением, его действительностью, объемом и соблюдением его условий. В числе таких оснований — нарушение одного из основных предписаний Закона — обеспечение стороне возможности представить свои объяснения; именно с такими нарушениями приходится чаще всего сталкиваться на практике.

К основаниям второго вида Закон относит случаи, когда объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации или арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации[29].

Отмена решения входит в компетенцию государственного суда (ст. 6 Закона). Ходатайство об отмене не может быть заявлено

[29] Противоречие публичному порядку понимается как противоречие основам правопорядка. Подробнее см. *Богуславский М.М.* Международное частное право. 2-е изд. — М.: 1994, с. 93–96. См. также *Бабаев М.Х.* Проблемы публичного порядка в международном частном праве. / Международное частное право. Отв. ред. *Богуславский М.М.* — М.: 1994, с. 462–475. В этих работах отмечается, что при рассмотрении споров из внешнеторговых отношений в советских (российских) судах не было ни одного случая ссылки на публичный порядок.

по истечении, как правило, трех месяцев со дня получения стороной, заявляющей ходатайство, арбитражного решения.

7. Признание и приведение в исполнение арбитражного решения

Арбитражное решение признается обязательным и подлежащим исполнению (ст. 35 Закона). В отличие от других положений Закона, которые применяются только к решениям, вынесенным на территории России, это предписание относится и к решениям, вынесенным за ее пределами. Российский Закон воспроизводит в данном случае требование Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркской конвенции) 1958 г.

С ходатайством о приведении в исполнение решения следует обратиться в компетентный государственный суд (ст. 6 Закона), который, руководствуясь нормами ГПК, действующего в Российской Федерации (разд. V), выдает приказ об исполнении (так называемую экзекватуру).

Предусмотрены Законом документы, которые должны быть представлены стороной, ходатайствующей о выдаче приказа.

В признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано лишь по основаниям, указанным в ст. 36 Закона. Это — те же изложенные выше (в разд. 6) основания, по которым допускается оспаривание арбитражного решения (ст. 34 Закона). Кроме того, может быть отказано в признании или приведении в исполнение решения, если оно еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено.

8. Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия

Как уже отмечалось, в международной торговле преобладает передача споров на разрешение постоянно действующим арбитражным учреждениям. Не составляет исключения и Российская Федерация. Из таких учреждений Закон (ст. 2) специально выделяет Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морскую арбитражную комиссию (МАК). Основанием для такого выделения является широкое международное признание этих арбитражных центров как учреждений, обеспечивающих справедливое и беспристрастное рассмотрение международных споров. Это признание было достигнуто вопреки жесткому противодействию со стороны иностранных арбитражных центров, стремившихся максимально ограничить участие на международном рынке арбитражных услуг конкурентов из Советского Союза.

Организация и деятельность Внешнеторговой арбитражной комиссии, как называли до 1987 г. нынешний МКАС, освещалась в десятках работ иностранных авторов. Нельзя не согласиться в связи с этим с доктором Я. Вэлером из Института им. Макса Планка в Гамбурге, который писал: «Пожалуй, ни о каком другом постоянно действующем арбитраже на Востоке и Западе не имеется столь богатой литературы, как об обоих институционных арбитражах (с учетом также Морской арбитражной комиссии) при Торгово-промышленной палате СССР»[30].

В печати зарубежных стран Внешнеторговая арбитражная комиссия получала различную оценку. Автор из США Ф. Келлор

[30] *Вэлер Я.* Международный арбитраж в экономических отношениях между Федеративной Республикой Германии и Советским Союзом. — СССР–ФРГ: правовые аспекты внутренних и двусторонних хозяйственных отношений. — М.: 1980, с. 129.

характеризовала в 1946 г. Внешнеторговую арбитражную комиссию как одну из лучших в мире арбитражных организаций такого рода[31].

В годы «холодной войны» в американской литературе возобладали попытки «дисквалификации» Внешнеторговой арбитражной комиссии под тем предлогом, что эта Комиссия является якобы органом государственного управления, административным органом. «Внешнеторговая арбитражная комиссия, — писал М. Домке в 1956 г., — является агентством Советского правительства». Единственным «обоснованием» этого утверждения было заявление о том, что «в Москве нет ничего, кроме правительственных агентств»[32]. В последующие годы, и особенно в период усиления тенденций к разрядке международной напряженности, стали чаще появляться исследования, авторы которых стремились объективно оценить организационные основы и деятельность Внешнеторговой арбитражной комиссии. К числу таких авторов можно отнести Г. Бермана и Г. Бустина, которые писали в 1975 г.: «... после ряда лет весьма прохладного принятия международным торговым сообществом Внешнеторговая арбитражная комиссия приобрела первостепенную репутацию своей профессиональной компетентностью и справедливостью». Из других авторов можно сослаться на уже упомянутого Я. Вэлера, который свою положительную оценку деятельности Внешнеторговой арбитражной комиссии давал с учетом гражданства ее арбитров: «Хотя ни Положение, ни Правила производства дел не запрещают включения иностранцев в список арбитров, все члены Внешнеторговой арбитражной комиссии имеют советское гражданство. Тем выше следует поэтому оценить заключение,

[31] *Лебедев С.Н.* Международный торговый арбитраж. — М.: 1965, с. 203.
[32] То же, с. 204.

неоднократно подчеркиваемое иностранными экспертами, что решения этого третейского суда не позволяют обнаружить чуждых данному конкретному делу влияний. В судебной практике не находит подтверждения иногда высказываемое подозрение, будто арбитры могли бы в случае сомнения вынести решение в пользу советской стороны. Существует единодушное мнение, что Внешнеторговая арбитражная комиссия хорошо подобрана по составу, как правило, безошибочно применяет материальное право, признанное соответствующим конкретной сделке»[33].

В последнее время решительно преобладает положительная оценка деятельности МКАС и МАК. Можно сослаться в связи с этим на публикации и высказывания бывшего президента Американской арбитражной ассоциации Р. Калсона, бывшего президента Международного арбитражного суда Международной торговой палаты — Годе и других.

Особого внимания сегодня заслуживает недавнее (1992 г.) решение Федерального суда в США. Одна итальянская фирма обратилась с иском в суд несмотря на то, что контракт, из которого возник спор, содержал арбитражную оговорку о рассмотрении споров в Арбитражном суде при ТПП СССР. Истец ссылался при этом, в частности, на то, что Москва является якобы неподходящим местом для рассмотрения споров. Суд вполне обоснованно отклонил утверждение истца. Касательно предусмотренного контрактом места рассмотрения споров в решении суда сказано: «Не отрицая, что условия в Российской Республике являются нестабильными, суд пришел к выводу, что эти условия продолжают улучшаться и что нет оснований полагать, что Торговая палата в Москве не в состоянии

[33] *Вэлер Я.* Указ. соч., с. 130.

обеспечить справедливое и беспристрастное решение по этому спору»[34].

Широкое международное признание МКАС и МАК находит свое подтверждение и в том, что именно за последние годы намного увеличилось количество дел, передаваемых на их рассмотрение. Количество исковых заявлений, поступивших в АС/МКАС, составило в 1991 г. — 451, в 1992 г. — 526, в 1993 г. — 499, в 1994 г. — 441.

Международный коммерческий арбитражный суд. Это — один из старейших в мире арбитражных центров. Он был учрежден в 1932 г. и назывался тогда Внешнеторговой арбитражной комиссией (ВТАК) при Всесоюзной торговой палате[35]. С тех пор Суд дважды переименовывался: в 1987 г. был назван Арбитражным судом при Торгово-промышленной палате СССР[36], а в 1993 г. ему было присвоено нынешнее наименование[37].

Правовой статус МКАС определен Положением, которое является приложением 1 к Закону. Как указано в Положении, МКАС является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом). Суд состоит при Торгово-промышленной палате Российской Федерации и признается преемником Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, прекратившей свое существование. В силу этого и об этом прямо сказано в Положении, Суд вправе разрешать

[34] Filanto S.p.A. v. Chilewich International Corporation, 789 F. Supp. 1229 (S.D.N.Y. 1992). См. также *Комаров А.С.* Международный коммерческий арбитраж в России — Внешняя торговля, 1995, № 4, с. 20.

[35] Постановление ЦИК и СНК СССР от 17 июня 1932 г. «О Внешнеторговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате».

[36] Ведомости Верховного Совета СССР, 1987, № 50, ст. 806.

[37] Постановление Верховного Совета Российской Федерации от 7 июля 1993 г. «О введении в действие закона Российской Федерации «О Международном коммерческом арбитраже». — Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1993, № 32, ст. 1240.

споры на основании достигнутых ранее арбитражных соглашений о передаче споров в Арбитражный суд при ТПП СССР.

Торгово-промышленная палата Российской Федерации, при которой состоит МКАС, является «негосударственной некоммерческой организацией, объединяющей российские предприятия и российских предпринимателей»[38].

Одной из возложенных на нее задач является «содействие урегулированию споров, возникающих между предприятиями, предпринимателями»[39].

Применительно к МКАС Палата утверждает Регламент Суда, порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов Суда, оказывает иное содействие его деятельности. Под «иным содействием», как это установлено устоявшейся практикой, понимается предоставление служебных помещений, средств связи и других технических средств, ведение расчетных операций и пр. Все это ни в коей мере не противоречит закрепленной Законом самостоятельности МКАС: не допускается какое-либо вмешательство Палаты в деятельность Суда.

Положение определяет компетенцию МКАС. По соглашению сторон в этот Суд могут передаваться две категории споров:

а) споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если

[38] Ст. 1 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 г. «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» — Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации, 1993, № 33, ст. 1309.

[39] Ст. 3.2 того же Закона.

коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей.

Стоит обратить внимание на то, что речь идет здесь об отношениях, возникающих не только из договоров, но также из недоговорных оснований, в том числе из причинения вреда;

б) споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

Предприятия с иностранными инвестициями (часто их называют СП — совместными предприятиями) признаются юридическими лицами российского права (по месту учреждения), однако, созданы они с участием иностранных фирм, что позволяет рассматривать их как одну из организационных форм международных экономических связей (см. выше п. «а»).

Уяснению понятия гражданско-правовых отношений, споры из которых могут быть переданы на разрешение МКАС, способствует приведенный в Положении перечень, включающий, в частности, отношения по перевозке. Отсюда следует, что при обсуждении вопроса о спорах, возникающих из торгового мореплавания, стороны могут договориться о передаче их либо в МАК (о чем будет сказано ниже), либо в МКАС, за исключением, однако, споров между отечественными субъектами права, подведомственных государственным арбитражным судам.

В соответствии с п. 5 ст. 1 Закона МКАС принимает к своему рассмотрению и споры, подлежащие его юрисдикции в силу международных договоров Российской Федерации. Имеются в виду,

в частности, договоры, предусматривающие исключительную компетенцию соответствующих арбитражных центров в стране ответчика (см. подразд. «Приоритет международного договора» разд. 1 настоящей работы).

Разбирательство дел в МКАС осуществляется по правилам его Регламента, утвержденного Торгово-промышленной палатой Российской Федерации и вступившего в силу с 1 мая 1995 г. Применяется этот Регламент к спорам, производство по которым начато после вступления Регламента в силу, если ни одна из сторон не потребует применения Регламента, действовавшего на момент заключения арбитражного соглашения. Однако Положение об арбитражных расходах и сборах (Приложение к Регламенту) применяется по всем делам, разбирательство которых начато после вступления в силу нового Регламента.

Как и Положение о МКАС, его Регламент в полной мере соответствует Закону. Как предписано Законом (ст. 19), стороны вправе сами согласовать процедуру ведения разбирательства. Отражением такого согласования является арбитражное соглашение, содержащее ссылку на Регламент. При этом надо иметь в виду, что Регламент содержит некоторые отступления от диспозитивных предписаний Закона (например, ст. 21, в которой идет речь о начале арбитражного разбирательства). Воспроизведены в Регламенте и некоторые, хотя далеко не все, императивные нормы Закона. Не получили отражения в Регламенте, в частности, предписания разд. VII и VIII Закона (об оспаривании арбитражного решения, а также о признании и приведении в исполнение арбитражных решений). Поэтому пользоваться Регламентом необходимо в сочетании с Законом.

Регламент воспроизводит оправдавшие себя на практике многие положения ранее действовавшего Регламента — Арбитражного

суда при ТПП СССР, соответствующего Единообразному регламенту арбитражных судов при торговых палатах стран-членов СЭВ 1974 г. Учтен также зарубежный опыт — Регламент ЮНСИТРАЛ (Комиссии ООН по праву международной торговли), регламенты ряда арбитражных центров, в том числе Международного арбитражного суда Международной торговой палаты, Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты, Арбитражного суда Федеральной Экономической палаты Австрии. Все это может служить основанием для утверждения о том, что нынешний Регламент МКАС вполне соответствует мировым стандартам.

Текст Регламента дан в приложении к настоящей работе. Представляется поэтому возможным остановиться далее только на некоторых основных его положениях.

Прежде всего — об арбитрах, поскольку именно они рассматривают споры и выносят по ним решения. Компетентность, беспристрастность и независимость — такие требования предъявляются Регламентом (§ 2) к арбитрам. Соблюдение этих требований обеспечивается правом стороны заявить об отводе арбитра (§ 24). При определенных обстоятельствах арбитр обязан заявить самоотвод (§ § 2.1 и 24.3).

С тем, чтобы обеспечить сторонам поиск арбитра, которого они считают наиболее приемлемым, ТПП Российской Федерации утверждает сроком на 5 лет список арбитров с указанием основных характеризующих каждого из них данных (§ 2.2). В настоящее время в этот список включено свыше ста специалистов. Такой список МКАС вел и раньше. Но с принятием Закона 1993 г. качество этого списка стало иным. До этого список был закрытым — в том смысле, что не допускал избрания (назначения) арбитра, не включенного в список, а иностранные граждане в список не вносились. Все это возбуждало определенное недоверие к арбитражу в Москве.

Ныне основание для такого недоверия снято. Как указано в § 2.3 Регламента, функции арбитров могут выполнять и лица, не включенные в список арбитров, в том числе иностранные граждане.

В связи со списком арбитров представляет интерес суждение видного деятеля коммерческого арбитража из Италии Е. Миноли, который в выступлении на IV Международном конгрессе по арбитражу, состоявшемся в 1974 г. в Москве, говорил, что «профессиональная компетентность и беспристрастность арбитра не могут быть проверены сторонами в момент принятия арбитражной оговорки. Зато именно эту профессиональную компетентность гарантируют арбитражные органы, которые избирают или представляют арбитров»[40].

Возглавляет МКАС председатель, имеющий двух заместителей. Они избираются сроком на пять лет общим собранием входящих в список арбитров (§ 3 Регламента). Регламентом (§ 4) предусмотрено создание нового органа — Президиума МКАС, избираемого также общим собранием арбитров, внесенных в список. Президиум призван главным образом анализировать деятельность Суда и определять пути ее дальнейшего совершенствования.

Всю текущую организационно-техническую работу Суда ведет Секретариат, во главе которого стоит Ответственный секретарь, подчиненный Председателю Суда (§ 6 Регламента). Ответственный секретарь назначается Торгово-промышленной палатой по представлению Председателя Суда.

Регламентом предусмотрен порядок формирования состава арбитража по каждому конкретному спору (§ 20). Как правило, спор

[40] См. Сборник материалов IV Международного конгресса по арбитражу. — М.: 1974, с. 59.

рассматривается тремя арбитрами. Из них два избираются сторонами. А третий — председатель состава — двумя арбитрами. Арбитр может быть назначен Председателем Суда — по просьбе стороны или в случае несоблюдения установленных Регламентом сроков формирования состава арбитража. Во всех случаях Председатель осуществляет назначение из списка арбитров (§ 20.2). Стороны могут согласовать разбирательство спора единоличным арбитром (§ 21).

И истец, и ответчик обязаны по новому Регламенту избрать запасного арбитра. В соответствующих случаях запасного арбитра назначает Председатель Суда. Это может стать необходимым в случае, когда арбитр окажется не в состоянии исполнять свои обязанности (§ 25). Предусмотрены также возможность и порядок избрания (назначения) запасного председателя состава арбитража.

Обеспечивается сохранение коммерческой тайны сторон. С этой целью слушание дел проводится при закрытых дверях (§ 27). Установлено, кроме того, что арбитры, докладчики и сотрудники Секретариата обязаны не разглашать ставшую им известной информацию о спорах, разрешаемых МКАС, разглашение которой может нанести ущерб интересам сторон (§ 8).

Истец, а возможно, и ответчик заинтересованы в том, чтобы решение по спору было вынесено как можно скорее. К этому стремится также МКАС. Достижение этой цели во многом зависит от самих сторон, от соблюдения ими установленных Регламентом правил. Ответчики нередко используют все возможности для того, чтобы решение было вынесено как можно позднее. Может понадобиться проведение экспертизы, приглашение свидетелей, на что часто затрачивается несколько месяцев. Регламент поэтому не устанавливает определенного срока для вынесения

решения. И вместе с тем установлено, что Суд принимает меры к тому, чтобы разбирательство дела, по возможности, было завершено в срок не более шести месяцев со дня образования состава арбитража.

Получил отражение в Регламенте (§ 13) и вопрос применимого права — материального и процессуального.

В практике МКАС, как и зарубежных арбитражных центров, возникает немало проблем, связанных с направлением и вручением документов. В § 12.1 Регламента установлено, что Секретариат Суда направляет каждой из сторон все документы по делу. Это касается, в частности, искового заявления, объяснения по иску, повесток о слушании дела. Несоблюдение этого требования может в определенных случаях послужить основанием для отказа в исполнении решения (см. разд. 7 данной работы). Ответчик, получивший, например, исковое заявление или повестку, умышленно не направляет в Суд подтверждения получения направленных документов. С такими случаями приходится, к сожалению, нередко встречаться. С тем, чтобы, по возможности, парализовать недобросовестные действия или бездействие сторон, в полном соответствии с требованиями ст. 33 Закона установлено, что любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено стороне лично или на ее коммерческое предприятие, по ее постоянному местожительству или почтовому адресу. Когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу стороны заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения (§ 12 Регламента).

Очень часто при заключении контракта стороны не уделяют должного внимания точному указанию своего местонахождения, что затрудняет работу Секретариата МКАС, а затем арбитров при рассмотрении дела и вынесении решения. Такая небрежность может иметь своим результатом и невозможность исполнения решения. С учетом этого следует настоятельно рекомендовать сторонам указывать в контрактах не только их почтовые адреса, но также другую информацию, позволяющую найти адресата (в том числе номера телефаксов и факсов, счета в банках и др.).

Предусмотрена Регламентом обязанность сторон незамедлительно сообщать об изменении их адресов.

Окончательному арбитражному решению посвящены § § 38–43 Регламента. Основания прекращения разбирательства без вынесения решения изложены в § 45. Из них стоит обратить повышенное внимание на случай, когда из-за бездействия истца дело остается без движения более шести месяцев, в частности, когда он не вносит суммы арбитражного сбора.

И, наконец, вопрос об арбитражных расходах и сборах — вопрос, который по вполне понятным причинам истец выясняет еще до передачи спора в арбитраж. Ему, этому вопросу, посвящено Положение, которое является приложением к Регламенту.

Речь идет в нем о следующих расходах и сборах:

а) регистрационный сбор — сбор, уплачиваемый при подаче искового заявления;

б) арбитражный сбор. Он включает, в частности, гонорары арбитров;

в) дополнительные расходы Суда — издержки, которые Суд несет по каждому конкретному делу, в том числе издержки на проведение экспертизы, письменные переводы, вознаграждение переводчиков;

г) издержки сторон — расходы сторон в связи с защитой своих интересов при разбирательстве спора.

Регистрационный сбор уплачивается в размере 500 долл. США. Если, как это чаще всего бывает, затем последует уплата арбитражного сбора, регистрационный сбор засчитывается в сумму арбитражного сбора. Этот сбор возврату не подлежит (§ 2 Положения).

Арбитражный сбор исчисляется в соответствии со специальной шкалой в долларах США в зависимости от суммы иска (§ 3 Положения).

В частности, при сумме иска до 10000 долл. Арбитражный сбор составляет 1400 долл. При сумме иска от 500001 до 1000000 долл. Сумма сбора равняется 12740 долл. плюс 0,7% от суммы свыше 500000 долл. Если сумма иска превышает 10000000 долл., сбор составляет 39440 долларов плюс 0,1% от суммы свыше 10000000 долл.

Если цена (сумма) иска выражена в российских рублях, аванс арбитражного сбора может быть уплачен в российских рублях.

Сумма предусмотренного Регламентом арбитражного сбора намного ниже, чем в арбитражных центрах большинства (если не всех) зарубежных стран. Так, например, минимальный размер аванса арбитражного сбора, включая гонорары арбитров и расходы арбитража, если спор рассматривается по Регламенту

Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты, составляет 150000 шведских крон (более 15000 долл. США), подлежащих уплате каждой стороной спора. Этот аванс может в зависимости, главным образом, от количества заседаний значительно возрасти. В Международном арбитражном суде Международной торговой палаты сторонам приходится нести намного большие расходы.

Положение (§ 5) предусматривает при определенных обстоятельствах уменьшение размера и частичный возврат аванса арбитражного сбора (на 30, 75, 50 и 25%). Правила о снижении размера аванса арбитражного сбора не распространяются на регистрационный сбор.

Между сторонами арбитражный сбор распределяется по правилам, изложенным в § 3 Положения. Если иск удовлетворен полностью, расходы истца по его уплате также полностью возлагаются на сторону, против которой состоялось решение.

К встречному иску предъявляются те же правила об арбитражном сборе, что и к первоначальному иску (§ 6).

Правила **о дополнительных расходах** изложены в § 7 Положения. Из них особо стоит упомянуть случай, когда в разбирательстве принимает участие избранный стороной арбитр, имеющий постоянное местожительство вне Москвы. Эта сторона должна внести аванс на оплату расходов по его участию в арбитражном разбирательстве. Если такое лицо избрано председателем состава арбитража, то аванс на оплату его расходов должны внести обе стороны поровну (п. 3 § 7).

Издержки сторон. Сторона, в пользу которой состоялось решение, может потребовать возложение на другую сторону

возмещения понесенных ею разумных издержек, возникших в связи с арбитражным разбирательством, в частности, расходов, связанных с защитой своих интересов через юридических представителей (§ 9 Положения). Надо иметь в виду, что услуги адвокатов могут оказаться весьма дорогостоящими. Но адвокат высокой квалификации заслуживает высокой оплаты: от того, как он представит интересы стороны, во многом зависит исход дела.

И наконец, еще одно замечание. С учетом обстоятельств конкретного дела МКАС может взыскать в пользу одной стороны сумму излишних расходов, понесенных ею вследствие нецелесообразных или недобросовестных действий другой стороны (§ 10 Положения).

Морская арбитражная комиссия была создана при Всесоюзной торговой палате несколько раньше, чем МКАС, — в 1930 г. В настоящее время правовой статус МАК при Торгово-промышленной палате Российской Федерации определяется Положением о ней, которое является Приложением 2 к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже». Компетенцию МАК, как и компетенцию МКАС, составляют споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, однако, в отличие от МКАС, возникающих только из торгового мореплавания. Положение содержит примерный перечень отношений, споры из которых могут быть переданы на рассмотрение МАК.

Аналогично тому, как и применительно к МКАС, решен Положением вопрос о преемстве: МАК при ТПП Российской Федерации является преемницей МАК при ТПП СССР и, в частности, вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче из споров в МАК при ТПП СССР.

Положением о МАК предусмотрено утверждение ТПП Российской Федерации Регламента Комиссии, призванного заменить Правила производства дел в МАК 1982 г[41]. В настоящее время эти Правила действуют, за исключением, разумеется, императивных норм Закона «О международном коммерческом арбитраже» и нового Положения о МАК.

[41] Утверждены решением Президиума ТПП СССР от 13 января 1982 г.

Н.Г. Доронина,
доктор юридических наук,
профессор, ИЗиСП при Правительстве РФ

Н.Г. Семилютина,
доктор юридических наук,
ИЗиСП при Правительстве РФ

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПОРЯДКА РАЗРЕШЕНИЯ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ И РАЗВИТИЕ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ МЕХАНИЗМАХ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

1. Проблемы разрешения инвестиционных споров (исторический опыт)

Справедливый и объективный механизм разрешения инвестиционных споров рассматривался и рассматривается в качестве гарантии, предоставляемой иностранному инвестору принимающим государством. Способность принимающего государства обеспечить объективное, непредвзятое и незаинтересованное разбирательство спора в рамках национальных государственных юрисдикционных органов вызывало сомнение у потенциальных инвесторов. Данное обстоятельство традиционно побуждало частных иностранных инвесторов тем или иным способом уйти от юрисдикции национальных судов принимающего государства.

В качестве примера попытки «ухода» от национальной юрисдикции можно привести спор, рассматривавшийся в Гаагском международном суде, связанный с национализацией предприятия Хорзов (Chorzow factory case[1]). Международно-правовой (публичный) характер спора и, соответственно, компетенция международного суда вытекала из того обстоятельства, что произведенная Польшей национализация частного предприятия, принадлежащего германским предпринимателям, не соответствовала Конвенции о Верхней Силезии от 15 мая 1922 года. Германия, выступавшая в качестве истца, требовала признания действий Польши незаконными. Признав действия Польши, следствием которых была экспроприация предприятия, принадлежащего германским предпринимателям, нарушающими упомянутую Конвенцию, Суд присудил выплату «реституции имуществом или, если это невозможно, денежной компенсации в размере, соответствующем стоимости имущества»[2]. Решение по делу Хорзов имеет значение и для современных споров, поскольку в рамках данного решения Международного суда были сформулированы критерии и принципы возмещения, выплачиваемого частному инвестору в случае национализации имущества принимающим государством[3].

Важно, что решение было вынесено судом, не находящимся в рамках юрисдикции принимающего государства, компетенция суда основывалась на международном соглашении. Таким образом, вынесенное международным судом решение становилось обязательным для обеих сторон, являющихся государствами-участниками международного соглашения.

[1] См.: Factory at Chorzow (Germany v. Poland), 1928 PCIJ (ser. A) № 17 (Judgment of September 13).

[2] Решение по делу Хорзов цит. по: *Patrick M. Norton*. A Law of the future or a law of the past? Modern tribunals and the international law of expropriation // American Journal of International Law (AJIL), 1991, v. 85, p. 476.

[3] *Ibid*.

При отсутствии соответствующего международного соглашения иностранные инвесторы пытались уйти от юрисдикции принимающего государства, обращаясь к третейскому разбирательству в органах международного коммерческого арбитража. Применительно к Российской Федерации следует отметить, что «с 1920 г. развитие международной торговли с Россией, а затем с СССР происходило в политических, экономических и правовых условиях, крайне враждебных самой идее международного коммерческого арбитража; но, несмотря на это, арбитраж развивался»[4]. Такой подход был связан, с одной стороны, с заинтересованностью российского и советского государства в привлечении иностранного капитала.

С другой стороны, «советское руководство отличалось правовым нигилизмом и глубокой антипатией к коммерческому праву и любому независимому рассмотрению гражданских споров»[5]. Попытка совмещения двух, казалось бы, взаимоисключающих начал привело к тому, что при рассмотрении споров арбитражные суды вынуждены были решать ряд «инновационных и весьма важных проблем», которые продолжают иметь значение и в настоящее время. В числе таких проблем были названы, в частности:

1) возможность применения «вненациональных норм права», например, общих принципов права;

2) обоснование права большинства состава арбитража продолжить и завершить разрешение спора при отсутствии согласия арбитра, оставшегося в меньшинстве;

[4] *Видер В.В.* Советско-американский арбитражный процесс Гарримана: Ллойд Джордж, Ленин и каннибалы // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 2. С. 97.

[5] Там же.

3) право состава арбитража определять свою компетенцию рассматривать данный спор (компетенция компетенции) и проблема автономности арбитражной оговорки[6].

Вне зависимости от отношения российского/советского государства к процедуре международного коммерческого арбитража, опыт обращения к этому институту в первой половине XX в. продемонстрировал не только преимущества, но и пределы эффективности применения международного коммерческого арбитража в рассмотрении инвестиционных споров.

Даже в условиях формирования эффективного глобального механизма обеспечения принудительного исполнения арбитражных решений (в рамках Нью-Йоркской конвенции), исполнимость решений продолжала вызывать вопросы. Стремление гарантировать исполнимость решений, принятых с соблюдением традиций третейского (арбитражного) разбирательства применительно к инвестиционным спорам, побудило заинтересованные государства (прежде всего экспортеров капитала) сформировать механизм, сочетающий в себе как элементы традиционного коммерческого арбитража, так и элементы международной системы защиты инвесторов, характерные скорее для публичного права.

Речь идет о публично-правовой обязанности государства обеспечить исполнение решения, принятого в процессе третейского разбирательства и о формировании международно-правового механизма защиты инвестиций в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС).

[6] *Veder V. V.* The Lena Goldfields Arbitration: the historical roots of the three ideas // International and Comparative Law Quarterly (ICLQ), 1998, v. 47, p.748.

2. Разрешение споров в рамках Вашингтонской конвенции 1965 г. «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и лицами другого государства» и международные договоры

Вашингтонская конвенция 1965 г. «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и лицами другого государства» является частью международного механизма разрешения инвестиционных споров. Элементами такого механизма являются также:

- международные двусторонние соглашения о поощрении и защите капиталовложений (Bilateral Investment Treaties — BITs)[7];

- иные международные договоры, предусматривающие разрешение споров в соответствии с Вашингтонской конвенцией в МЦУИС[8].

[7] Постановлением Правительства РФ от 9 июня 2001 года № 456 «О заключении соглашений между Правительством РФ и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» была утверждена Типовая форма Соглашения. Типовая форма содержит условие (ст. 8), определяющее порядок разрешения споров между Договаривающейся стороной и инвестором другой Договаривающейся стороны. Этот порядок допускает в том числе возможность обращения к МЦУИС.

[8] К числу такого рода «иных договоров» можно отнести, например, Соглашение о Североамериканской зоне свободной торговли (North American Free Trade Agreement — NAFTA), Договор к Энергетической Хартии (the Energy Charter Treaty — ECT), Соглашение 1985 г. об учреждении многостороннего агентства по гарантированию инвестиций МИГА (Multilateral Investment Guarantee Agency — MIGA) и др. Касаясь многосторонних и региональных соглашений, предусматривающих в том числе разрешение споров в МЦУИС, Гертцфельд Дж. М. обращал внимание на то, что проблемы, возникающие в связи с использованием механизма разрешения споров, в принципе схожи с проблемами, возникающими в связи с применением двусторонних соглашений BITs. См.: *Гертцфельд Дж. М.* О некоторых основополагающих

Вашингтонская конвенция, или Конвенция ИКСИД, применяется в практике региональных объединений, к числу которых относится Североамериканская Ассоциация свободной торговли (НАФТА) и Договор к Энергетической Хартии, объединяющий европейские страны в области энергетического сотрудничества. В региональных объединениях обязательность обращения к специализированному инвестиционному арбитражу стала рассматриваться как важный интеграционный фактор. При этом Договор к Энергетической Хартии (далее — ДЭХ) следует скорее рассматривать как соглашение между странами, являющимися источником энергоресурсов, и странами, относящимися преимущественно к потребителям энергоресурсов.

Вопросы инвестиционных споров в ДЭХ решаются следующим образом. Спор по выбору инвестора, являющегося стороной в споре, может передаваться для разрешения в суды или административные трибуналы государства, являющегося стороной в споре, в соответствии с любой применимой, ранее согласованной процедурой, в соответствии со следующими положениями настоящей статьи. Каждая сторона дает свое безусловное согласие на передачу спора в международный арбитраж или, если такого согласия не дано, представляет письменное заявление о своей политике, практике и условиях не позднее даты сдачи своей ратификационной грамоты. В любом ином случае каждая сторона соблюдает любые обязательства, которые она приняла относительно инвестора или капиталовложения инвестора, любой другой договаривающейся стороны. К числу таких обязательств ДЭХ относит обязательство дать согласие в письменной форме, если инвестор выбирает передачу спора на разрешение:

вопросах, рассматриваемых в ходе арбитражей по двусторонним инвестиционным договорам // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 4. С. 29.

– в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров;

– единоличному арбитру или в арбитражный суд ad hoc, учреждаемому в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ;

– на арбитражное рассмотрение при Арбитражном Институте Международной Торговой Палаты в Стокгольме.

Согласие, данное договаривающейся стороной совместно с письменным согласием инвестора, считается отвечающим требованию, предъявляемому в споре:

- по смыслу ст. II Конвенции ИКСИД (Документа о Дополнительных средствах 1979 г.);
- по смыслу ст. II Нью-Йоркской конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений 1958 г.;
- по смыслу соглашения сторон в контракте, которые дали письменное согласие по смыслу ст. 1 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

Как одно из условий, направленных на обеспечение исполнения решений, вынесенных в результате разрешения инвестиционного спора, следует относить положение ст. 26 (5) (b) ДЭХ, согласно которому любое арбитражное разбирательство по требованию любой стороны в споре должно иметь место в государстве, являющемся участником Нью-Йоркской конвенции.

Положения региональных международных соглашений, касающиеся порядка разрешения инвестиционных споров,

в определенной степени уточняют действие международного механизма защиты инвестиций, закрепленного в Вашингтонской конвенции. Эти уточнения направлены на унификацию требований международно-правовых договоров, регулирующих разрешение инвестиционных споров и споров, вытекающих из коммерческих контрактов. Поскольку специфика инвестиционных споров касается лишь только публично-правовых обязанностей государства и не затрагивает самой частноправовой природы спора, то положения, содержащиеся в ДЭХ, следует рассматривать как новый важный этап в развитии международных экономических связей. Механизм защиты инвестиций, заложенный в Вашингтонской конвенции, остается базовым элементом международно-правовой системы защиты инвестиций, который получает свое развитие в нормах иных международных договоров, которые допускают обращение к ИКСИД, основываясь на общих принципах регулирования международных коммерческих связей между лицами различных государств.

Не все страны положительно относятся к созданному механизму разрешения инвестиционных споров. Страны Латинской Америки долгое время не присоединялись к Вашингтонской конвенции. Этому препятствовала распространенная в странах Латинской Америки доктрина Кальво, согласно которой предоставление национального режима иностранному лицу включает в себя исключительное право национального судебного органа рассматривать споры, возникающие с участием иностранца. Предоставление иностранцу права обращаться в международный юрисдикционный орган за защитой своего права рассматривается в странах Латинской Америки как неоправданное преимущество иностранного лица перед национальным предпринимателем и как нарушение принципа предоставления национального режима иностранному лицу.

Изменение внешней политики латиноамериканских государств, произошедшее в 90-х годах, привело к тому, что эти страны стали участницами Вашингтонской конвенции. Однако в XXI в. возвращение к доктрине Кальво привело к тому, что три государства (Боливия в мае 2007 г., Венесуэла в январе 2012 г. и Эквадор в июле 2009 г.) вышли из Вашингтонской конвенции. Во многом это объясняется жесткой позицией, занятой государствами — экспортерами капитала, которыми двусторонние соглашения о защите капиталовложений рассматриваются как международно-правовое обязательство Договаривающегося Государства, участвующего в инвестиционном споре, подчиниться международному арбитражу. Это приводит, по мнению названных государств, к нарушению суверенитета государства.

Решение данной проблемы было предложено в некоторых двусторонних соглашениях о защите инвестиций, заключенных странами Латинской Америки. Например, в двустороннем соглашении Испания–Аргентина предусматривалось, что инвестор обязан обратиться в суд Договаривающегося Государства, прежде чем воспользоваться правом передать спор в международный арбитраж. Однако в деле Maffezini v. Kingdom of Spain арбитражный суд не применил данное положение, ссылаясь на действие условия о режиме набольшего благоприятствования[9]. Соглашения Испании с другими государствами не предусматривали такого положения. Более того, в мотивировке принятого по данному делу решения подчеркивалось, что данное условие двустороннего соглашения носит оценочный характер. Оно позволяет найти необходимый баланс между интересами государства, стремящегося подчинить, следуя доктрине Кальво, споры местным судебным органам, и предоставляемым

[9] ICSID Case N ARB/97/7 Maffezini v. Kingdom of Spain. Decision on Jurisdiction of 25 January 2000 and Award of 13 November 2000.

на основании международного соглашения правом инвестора обратиться в международный арбитраж[10].

В Российской Федерации отношение к системе международно-правовой защиты инвестиций в связи с разрешением инвестиционных споров нельзя назвать одобрительным. Об этом свидетельствует неучастие России в базовых конвенциях в системе международно-правовой защиты инвестиций (в Вашингтонской конвенции 1965 г. и ДЭХ). Основанием этому служит позиция, занимаемая некоторыми юристами-международниками, что институт международного коммерческого арбитража вполне справляется с задачей разрешения конфликтов, вытекающих из экономических, в том числе и инвестиционных отношений. В результате Россия подписала, но не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию. Это не мешает, однако, предусмотреть в Типовом двустороннем соглашении о защите инвестиций норму о том, что спор между государством и инвестором другого государства по выбору инвестора может быть передан на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения, либо в арбитражный суд ad hoc в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, либо в МЦУИС, созданный в соответствии с Конвенцией, подписанной в Вашингтоне 18 марта 1965 г. (при условии, что она вступила в силу для обеих Договаривающихся Сторон), или в соответствии с Дополнительными правилами МЦУИС, если Конвенция не вступила в силу для обеих или одной из Договаривающихся Сторон.

Обращает на себя внимание сходство приведенной формулировки Типового соглашения, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 9 июня 2001 года № 456 и соответствующего

[10] *Crivellaro A.* Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes // The Law and Practice of International Courts and Tribunals. 2005, vol. 4, N. 3. P. 399.

условия ст. 26 ДЭХ. Этот факт означает, что общее отношение исполнительной власти к международному механизму защиты инвестиций, хотя и носит одобрительный характер, но оставляет возможность обеспечить защиту национальных интересов путем ссылки на неучастие государства в многосторонней конвенции. При этом орган исполнительной власти в проведении инвестиционной политики оставляет за собой определенное пространство для маневра, якобы необходимого для защиты национальных интересов. Существующая неопределенность в отношении участия в многосторонних международных инвестиционных договорах создает проблемы по вопросам имплементации международных договоров, а, главное — лишает государство возможности активно влиять на формирование практики разрешения инвестиционных споров.

В части формирования современной доктрины относительно инвестиций и инвестиционных споров представляется необходимым обратиться к работам советских юристов, которые, основываясь на признании частноправового характера инвестиционных отношений, успешно защищали национальные интересы нашего государства в инвестиционных спорах, связанных с национализацией промышленных предприятий в 30-е годы[11], активно участвовали в дискуссии с зарубежными авторами по вопросам национализации таких международно-значимых объектов, как Суэцкий канал[12], формировали позицию в вопросах о пределах юрисдикции Международного Суда в спорах, вытекающих из концессионных договоров[13]. Во всех этих случаях защита интересов частного лица обеспечивалась, в том числе

[11] *Лунц Л.А.* Суд в Соединенных Штатах Америки на службе монополистического капитала. Юридическое издательство Министерства юстиции СССР. 1948.

[12] *Дурденевский В.Н.* Концессия и конвенция морского Суэцкого канала в прошлом и в настоящем // Советское государство и право. 1956. № 10.

[13] *Сапожников В.И.* Неоколониалистские доктрины международной защиты иностранных концессий // Советский ежегодник международного права. 1968. С. 90–99.

и путем установления должной взаимосвязи деятельности арбитража и государственного суда, а также и путем совершенствования общих норм международного частного права.

В одной из своих последних работ Л. А. Лунц обращает внимание на проблему «конфликта квалификаций», «когда коллизионные нормы различных стран, даже тогда, когда они выражают свои положения с помощью одинаковой терминологии, тем не менее содержат скрытые коллизии, порождающие проблемы конфликта квалификаций»[14]. В инвестиционных спорах многие проблемы, связанные с защитой частных интересов в международно-правовой системе, связаны с широко применимым, но по-разному понимаемым термином «инвестиция». О важности усиления национального законодательства в части определения инвестиций и в части усиления взаимодействия между государственным судом и арбитражем, включая международный коммерческий арбитраж, свидетельствуют инвестиционные споры с участием России и некоторых других стран из Содружества независимых государств.

Практика толкования норм международных конвенций и двусторонних международных соглашений по защите инвестиций в процессе их применения привела к созданию единого международно-правового механизма защиты инвестиций. В силу достигнутого между государствами соглашения указанные организации одновременно исполняют функции, присущие коммерческим организациям, и публично-правовые задачи, т.е. обладают атрибутами международной организации, действующей в интересах государств — участников указанных выше международных конвенций.

[14] *Лунц Л.* А. К вопросу о «квалификации» в международном частном праве // Советский Ежегодник международного права. 1979. С. 214.

В настоящее время при толковании международных обязательств государств, участвующих в двусторонних межправительственных соглашениях по защите инвестиций, *международный механизм защиты иностранных инвестиций* рассматривается как единая структура, на которую возлагается задача обеспечить исполнение сторонами в инвестиционном споре своих обязательств. В сформированном механизме защиты инвестиций выделяются три ступени. Первая ступень представляет собой двусторонние международные соглашения о взаимном поощрении и защите капиталовложений. Эта часть международно-правового механизма имплементирована в национально-правовую систему стран — экспортеров капитала в виде типовых межправительственных соглашений, утверждаемых органами исполнительной власти соответствующего государства[15]. В странах — реципиентах капитала этот механизм представлен государственными гарантиями защиты иностранных инвестиций, которые находят отражение, как правило, в специальных законах об иностранных инвестициях или, как их часто называют, — в инвестиционных кодексах. Международно-правовой механизм защиты инвестиций приводится в действие с помощью двусторонних соглашений о защите инвестиций. В ряде дел, рассмотренных МЦУИС, признание компетенции МЦУИС рассматривать инвестиционные споры увязывалось с положениями двусторонних соглашений о защите инвестиций, в которых предусматривалось обращение к процедурам МЦУИС как способ разрешения инвестиционных споров[16].

[15] См.: Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России. Сборник нормативных актов и документов. М.: Юридическая литература, 1995; Двусторонние соглашения Российской Федерации с зарубежными странами о поощрении и защите капиталовложений. М.: Юридическая литература, 2000; Соглашения о защите и поощрении капиталовложений. Сборник документов. М.: Юридическая литература, 2002.

[16] См.: дело Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/97/3.

3. Международные договоры и практика разрешения споров в МЦУИС

В современной практике регулирования иностранных инвестиций предпринимаются попытки рассматривать нормы двусторонних соглашений о взаимном поощрении и защите капиталовложений в части, касающейся порядка разрешения споров, рассматриваются как заранее данное государством согласие на передачу инвестиционных споров в Международный Центр, созданный Вашингтонской конвенцией, т.е. как своеобразное арбитражное соглашение, достигнутое на межправительственном уровне и связывающее Договаривающееся Государство обязательством подчиниться компетенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров в случае обращения в МЦУИС инвестора[17].

Например, в деле Ioannis Kardassopulos v. Georgia суд, решая вопрос о юрисдикции МЦУИС указывал, что арбитражное соглашение между сторонами было достигнуто в результате подачи искового заявления в МЦУИС. Учитывая, что Грузия и Греция выразили свое согласие на арбитражное разбирательство в ст. 9 (2) и 9 (3) (a) двустороннего соглашения о защите инвестиций и в ст. 26 (3) и 26 (4) ДЭХ, суд счел это обстоятельство достаточным для того, чтобы признать, что арбитражное соглашение между сторонами в споре было достигнуто[18]. Такое толкование двустороннего соглашения о защите инвестиций приравнивает заключение международного соглашения к публичной оферте, сделанной государством будущему инвестору[19]. Наряду с таким толкованием существует и иное понимание роли двусторонних международных

[17] *Antonio R. Parra*. Applicable Substantive Law in ICSID Arbitration Initiated Under Investment Treaties // Foreign Investment Law Journal. V. 16, N. 1 2001, pp.20–24.

[18] N.118 of the Decision on Jurisdiction in the Matter of the Arbitration between Ioannis Kardassopulos and Georgia (ICSID Case No. ARB/05/18)..

[19] *Rodner J. O., Estevez J.*M. BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has been denounced // Journal of International Arbitration.V. 29, 2012. N. 4.

соглашений. Согласно этому толкованию согласие, данное государством на арбитражное разбирательство, не связывает государство до тех пор, пока инвестор не даст свое согласие в той или иной форме на рассмотрение спора в арбитраже МЦУИС.

Такая оценка во многом обязана положению ст. 26 Вашингтонской конвенции, в соответствии с которым согласие сторон о передаче Центру спора для разрешения методом арбитража означает, если не предусмотрено иного, обязательность такого согласия и *отказ от использования других средств разрешения споров*. Если ранее под другими способами разрешения инвестиционных споров понимали исключительно обращение к дипломатическим средствам, то теперь толкование этой статьи Вашингтонской конвенции сводится к тому, что исключаются любые иные способы разрешения инвестиционных споров, кроме механизма, предусмотренного в Вашингтонской конвенции.

С этой точкой зрения трудно согласиться, если исходить из частноправовой природы самого спора, договорных отношений, лежащих в его основании, а также самого арбитражного соглашения. Именно этот момент был подчеркнут в другом споре, ответчиком в котором выступала Россия. Согласно экспертному мнению в споре между Hulley Enterprises Limited (Cyprus) российское законодательство исходит из частноправовой природы арбитражного соглашения. Это требование «privity» не позволяет рассматривать положение о порядке разрешения инвестиционных споров в международном соглашении как согласие государства на арбитражное разбирательство в конкретном споре. Указанное положение является частью правового режима, предоставляемого по взаимной договоренности между государствами.

Как показывает практика заключения концессионных договоров, наиболее часто рассматриваемых в соответствии с процедурами

МЦУИС, существует устойчивая тенденция вывода их за рамки национального права. Существование этой тенденции объясняется расширением международного экономического сотрудничества и усилением глобализации международных экономических отношений. «Экономические отношения выходят за рамки отдельного государства, происходит их эволюция от интернационализации товарообмена к его глобализации и переходу руководства мировыми экономическими процессами к Всемирной торговой организации, возрастанию роли и значения других экономических и финансовых международных организаций, применению ими собственных методов регулирования»[20].

Концессионные соглашения обладают спецификой, которая, хотя и позволяет отнести эти договоры к особому виду обязательств, но не лишает их частноправовой природы. Именно в этом соглашении, а не в международном соглашении может иметь место факт достижения арбитражного соглашения между инвестором и государством. Такая позиция является наиболее логичным решением проблемы, обсуждаемой в связи с выходом государства из двустороннего соглашения или из Вашингтонской конвенции, а также ситуации, связанной с судьбой инвестиций, осуществление которых имело место до заключения международного двустороннего соглашения о защите инвестиций. Как и в любом коммерческом споре, достижение арбитражного соглашения является основанием для передачи спора в арбитраж независимо от того, гарантировало ли государство инвестору право на судебное разбирательство в случае возникновения конфликта или нет.

Развитие института концессионных соглашений, как одной из правовых форм арбитражного соглашения, является одним

[20] *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. С. 226.

из перспективных направлений в правовом регулировании инвестиций. Важное место этому виду договоров в системе гражданско-правовых обязательств отводится и в международных документах ЮНСИТРАЛ, в которых содержится унифицированный подход к законодательному регулированию отношений, возникающих из этого вида договоров[21]. Широкое распространение действия Вашингтонской конвенции и одновременно все более настойчивое выведение инвестиционных споров за рамки национально-правовой системы отдельного государства заставляют нас более внимательно изучить международно-правовой механизм разрешения споров, созданный на основании Вашингтонской конвенции.

Из содержания ст. 25 Вашингтонской конвенции, например, вытекает также и то, что компетенция МЦУИС определяется с учетом обстоятельств, относящихся к предмету рассмотрения (ratione materiae), и обстоятельств, относящихся к участвующим в споре лицам (ratione personae). Только споры между государством и *лицом другого государства* подлежат рассмотрению в МЦУИС. Что касается предметной подсудности, то ее определение связано с *определением инвестиций*, которое содержится в национальном законодательстве государства — участника спора. Уже основываясь на этом положении Вашингтонской конвенции можно сделать вывод о том, что ключ к переводу спора в международную систему защиты инвестиций находится у национального законодателя. От того, как он определит понятие «инвестиция», зависит, будет ли применен международный механизм защиты прав инвестора. Для тех государств, которые не используют свою законодательную компетенцию в части определения инвестиций и, соответственно, сферы действия

[21] Report of the Working Group on Privately Financed Infrastructure Projects on the work of its fifth session (Vienna, 9–13 September 2002) // UN Doc. A/CN.9/521 (UNCITRAL, 35-th Session Vienna, 30 June-18 July 2003).

Вашингтонской конвенции, расширительное толкование других ее положений превращается в прямую угрозу суверенитета этого государства.

Статья 25 Вашингтонской конвенции содержит общую норму, определяющую компетенцию МЦУИС. В других статьях также решаются отдельные вопросы, связанные с определением компетенции МЦУИС. В ст. 26, например, предусматривается, что согласие сторон о передаче Центру спора для разрешения методом арбитража означает, если не предусмотрено иного, обязательность такого согласия и *отказ от использования других средств разрешения спора*. Отказ от обращения к другим средствам разрешения спора является также одним из условия для определения компетенции МЦУИС. К такому же условию признания компетенции МЦУИС относится и положение ст. 27 Вашингтонской конвенции, предусматривающей, что Договаривающееся Государство отказывается обеспечивать дипломатическую защиту или обращаться с исками международно-правового характера. В отличие от других положений Вашингтонской конвенции положения ст. 25 содержит «материально-правовую норму, определяющую компетенцию МЦУИС»[22]. Поэтому от того как будет имплементирована эта норма в национальное законодательство и будет зависеть, как часто и в каких соответственно условиях станет возможным обращение в МЦУИС для разрешения спора. Государство может оспорить действия инвестора, только если за сферу действия Вашингтонской конвенции будет выведен спор, «относящийся к той специальной категории спора, которая предусмотрена в Конвенции ИКСИД, а публичная оферта, как инструмент международного публичного права, не будет обладать преимуществом перед арбитражной

[22] *Schreurer C.* Commentary on the ICSID Convention: Article 25 // ICSID Law Review — Foreign Investment Law Journal. 1996, v.11, pp. 318–492.

оговоркой, содержащейся в инвестиционном контракте, являющемся предметом спора»[23].

Статья 25 Вашингтонской конвенции связана с общим характером процедур, предусматриваемых Вашингтонской конвенцией. Применяемые процедуры разрешения спора (арбитражная, примирительная и процедура установления фактов) являются характерными для третейского разбирательства. Это обстоятельство позволяет сделать вывод о том, что арбитражное соглашение является гражданско-правовым обязательством по отношению к конкретному лицу — инвестору, с которым государство, принимающее инвестиции, связано конкретным правоотношением и обстоятельствами дела, возбужденного инвестором. В международном двустороннем соглашении о защите инвестиций предметом договоренности между государствами является правовой режим для любого из инвесторов Договаривающегося Государства.

Для определения компетенции МЦУИС, как вытекает из приведенных выше условий Вашингтонской конвенции, важно установить связь спора с инвестициями. Определение инвестиций не содержится в Вашингтонской конвенции. Чтобы эффективно защищать интересы государства в соответствии с процедурами, предусмотренными в Вашингтонской конвенции, необходимо руководствоваться определением инвестиций, содержащемся в национальном законодательстве. Отсутствие определения инвестиций в национальном законодательстве делает неограниченными возможности по расширительному толкованию компетенции МЦУИС, что не может не привести к нарушению суверенитета государства. При этом представляется недостаточным воспроизводство определения,

[23] *Crivellaro A.* Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes // The Law and Practice of International Courts and Tribunals. 2005, vol. 4, N. 3. P. 384.

содержащегося в двустороннем международном соглашении о защите инвестиций, в форме перечисления различного рода объектов гражданского права. Необходимо основываться в определении инвестиций на экономическом содержании гражданско-правового отношении, которое выражается в юридическом акте передаче имущества в денежном выражении с целью извлечения прибыли.

В интересах государства, участвующего в Вашингтонской конвенции, большое значение имеет не столько возможно более широкий круг отношений, попадающих под действие международной гарантии, сколько точное определение круга лиц, попадающих в сферу защиты. Это можно обеспечить лишь двумя способами: либо предусмотрев точные критерии определения инвестиций, как, например, в Федеральном законе о порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое развитие, либо предусмотрев процедуру признания того или иного лица инвестором. Именно инвесторы, как лица, связанные конкретным правоотношением, определяемым, как инвестиционное, или как инвестиция, осуществленная этим лицом, могут получить правовую защиту в соответствии с условиями Вашингтонской конвенции, если следовать норме ст. 25 Вашингтонской конвенции.

4. Значение определения категории «инвестиции» в национальном законодательстве и форма соглашения о передаче разрешения споров в МЦУИС

Недостатки национального законодательства в части определения понятия «иностранные инвестиции» привели к случаям, когда стороны в инвестиционном споре и арбитражный

орган — МЦУИС по-разному понимали, какие споры относятся к категории инвестиционных споров. В результате того, что в национальном законодательстве существует разное толкование понятия инвестиции, МЦУИС столкнулся с проблемой признания недействительной, а точнее недействующей (что в английском праве соответствует понятию «фрустрации» или «тщетности») арбитражной оговорки. Это были случаи, когда МЦУИС не считал арбитражное соглашение достигнутым в связи с отсутствием связи спорных отношений с иностранными инвестициями.

В деле Compañia de Aguas del Aconquija S. A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic[24] ответчик оспаривал компетенцию МЦУИС, поскольку Аргентина не является стороной в договоре концессии[25]. В деле «Компания де Агуаз дель Аконкиха» против Республики Аргентина спор возник из договора концессии, заключенного филиалом французской компании в Аргентине с органом, управляющим провинцией Тукуман Аргентинской Республики[26].

Аргентинская Республика заявила свои возражения против компетенции арбитража, созданного в рамках МЦУИС, ссылаясь на ч. 3 ст. 25 Вашингтонской конвенции, согласно которой согласие, выраженное уполномоченным органом Договаривающегося Государства — участника Вашингтонской конвенции, требует подтверждения со стороны государства, если государство не уведомит МЦУИС о том, что такого одобрения не требуется. В концессионном договоре, явившемся предметом арбитражного разбирательства, такое согласие отсутствовало. В договоре концессии, лежащем в основании возникновения спора, предусматривалось, что споры, возникающие из договора концессии, подчиняются «исключительно юрисдикции административного суда провинции Тукуман».

[24] International Legal Materials. 2001. V.40, p. 426.
[25] ICSID Case No. ARB/97/3.
[26] International Legal Materials. 2001. V.40, p. 426.

Арбитражный суд эти возражения не принял, аргументируя свою позицию тем, что Аргентинская Республика является стороной в двустороннем международном соглашении о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенного с Францией в 1991 г. Аргентинская Республика и Франция являются также участниками Вашингтонской конвенции. В соглашении о поощрении и взаимной защите капиталовложений, подписанном Францией и Аргентиной, предусматриваются: предоставление «справедливого режима инвесторам в соответствии с принципами международного права», «защиты и безопасности инвестиций в рамках указанного режима». В ст. 8 указанного Соглашения предусмотрено, что если возникнут инвестиционные споры между инвестором и государством, принимающем инвестиции, которые не смогут получить разрешение путем проведения переговоров, инвестор может обратиться в суды Договаривающегося Государства — стороны в контракте *или, по выбору инвестора, — в арбитражный суд, созданный по условиям Вашингтонской конвенции*, или арбитражный суд ad hoc для рассмотрения спора в соответствии с регламентом ЮНСИТРАЛ. На основании положений двустороннего соглашения о защите инвестиций арбитражный суд признал себя компетентным рассматривать данный спор.

Норма ст. 25 Вашингтонской конвенции подчеркивает значение предмета спора, что собственно и влечет за собой применение процедур, предусматриваемых Вашингтонской конвенцией. «В проблематике, связанной с оспариванием компетенции арбитров, выделяется проблема, известная под названием «компетенция компетенции», которая касается права арбитров самим разрешать спор в отношении их компетенции и которая относится, по существу, к сфере собственно арбитражного производства; другая — проблема, именуемая обычно «автономностью арбитражной оговорки», лежит в плоскости соотношения последнего с тем договором, для споров из которого или в связи с которым оно (арбитражное

соглашение — *Н.Д., Н.С.*) предназначено (и в самом тексте которого оно зачастую фигурирует), и имеет в конечном счете материально-правовой характер»[27]. Приведенное мнение российских специалистов относительно особенности арбитражного разбирательства применимо также и к арбитражной процедуре, применяемой в соответствии с условиями Вашингтонской конвенции.

Положения ст. 25 Вашингтонской конвенции, отсылающие к предметной характеристике споров, подчиненных компетенции МЦУИС, подчеркивают, что для признания подсудности спора МЦУИС необходимо, чтобы отношения, являющиеся предметом спора, были непосредственно связаны с инвестициями, не раскрывая при этом, что же следует считать инвестицией.

Следует учитывать, что в международном праве отсутствует определение инвестиций. Его следует искать в законодательстве отдельных государств. Современное законодательство об иностранных инвестициях исходит из понятия инвестиции как экономического явления, представляющего собой совокупность различных способов вложения капитала. Как указывалось в литературе, «само понятие инвестиции иллюзорно. Оно подразумевает не только определенные материальные ценности, но также и то «неосязаемое», которое охватывается понятием движение капитала»[28]. В современный период основным объектом регулирования в сфере инвестиций стали операции, сделки на рынке ценных бумаг, представляющие собой способ вложения капитала.

В настоящее время значительно возросли возможности инвестирования капитала, благодаря увеличению числа новых

[27] *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашения сторон. М.: Изд-во Торгово-промышленной палаты СССР, 1988. С. 8.

[28] International Investment. ed. by Buckley P.J. London. 1995. P. 22.

финансовых инструментов, с помощью которых можно размещать свободные средства на относительно большой или небольшой срок с целью получения прибыли. Сумма инвестиции в данном случае может выражаться в том числе и в сумме риска или, другими словами, в сумме разницы стоимости размещенных и затем возвращенных средств в результате совершения спекулятивной операции на фондовой бирже.

Использование инструментов финансового рынка при осуществлении инвестиций позволило включить в понятие «иностранные инвестиции» не только то, что инвестируется (материальные ценности в форме осязаемых и неосязаемых вещей), но также и то, во что инвестируется капитал — ценные бумаги, сделки. Инвестиции подразумевают в последнем случае всю сумму сделки, включающую сумму риска, возникающего при инвестировании капитала[29]. Особенностью практики разрешения инвестиционных споров в МЦУИС является то, что в сферу компетенции специализированного инвестиционного арбитража попадают прямые и портфельные инвестиции. Важно только, чтобы было соблюдено то положение ст. 25 Вашингтонской конвенции, согласно которому между сторонами в споре должно быть достигнуто соглашение о передаче спора в МЦУИС.

Изменение понимания роли двусторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций отмечалось в литературе при анализе этих соглашений в практике *стран с переходной экономикой*. «Современные инвестиционные соглашения превратили взаимные права и обязанности инвестора и принимающего инвестиции государства в объект международно-правовых обязательств государств. Нарушение данных обязательств со стороны принимающего инвестиции государства может лежать в основе спора

[29] *Сердюкова И.Д.* Управление финансовыми рисками // Финансы. 1995. № 12.

с государством инвестора»[30]. Учитывая то, что в сферу действия Вашингтонской конвенции попадают не только прямые, но также и портфельные инвестиции, возникла проблема, связанная с ведением параллельных процессов в судебном и арбитражном порядке с целью разрешения инвестиционных споров. Эту проблему предлагается разрешить путем унификации законодательства различных государств, касающегося взаимодействия арбитражных судов и судов государственной судебной системы. Для государственных судов действует принцип «lis pendens», согласно которому признается, что иск, находящийся на рассмотрении в суде, не может быть заявлен в другом суде по тем же основаниям, по тому же предмету и с участием тех же сторон. Данное правило не касается арбитражной процедуры. В то же время положениями Нью-Йоркской конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений предусмотрено, что суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск, по которому стороны уже заключили арбитражное соглашение, должен по просьбе одной из сторон направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено[31].

Правило «компетенции компетенции», согласно которому арбитры сами определяют свою компетенцию рассматривать спор, включая действительность арбитражной оговорки и осуществление судебного контроля на начальной стадии рассмотрения спора, по-разному формулируется в законодательстве различных государств. Согласно Закону об арбитраже Великобритании судебный процесс не может быть начат, пока арбитры не определят

[30] *Лабин Д.* Урегулирование споров между государствами и иностранными инвесторами // Legal Issues of Foreign Investment in Transition Countries. Festgabe für Prof. Dr. Wolfgang Seiffert zum 80. Geburtstag. Osteuropaforschung. Band 47. Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH. 2006. P. 505.

[31] Статья 2 ч. 3 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Нью-Йорк. 1958 г. 10 июня.

свою компетенцию. Законодательством Германии, Бельгии, Нидерландов и Швеции предусмотрено право судебного органа исследовать вопрос о действительности арбитражной оговорки и принять соответствующее решение. Для инвестиционных споров, для которых двусторонними международными соглашениями предусмотрено право выбора инвестором между судом принимающего государства и международным арбитражем, этот вопрос приобретает особую остроту. Решение проблемы унификации национального законодательства в этой части пытаются найти в различных региональных экономических объединениях, направленных в частности и на создание благоприятных условий для движения частного капитала в рамках регионального объединения.

В деле по иску кипрской компании Hully Enterprises LTD к Российской Федерации, чтобы решить вопрос применения арбитражной процедуры в соответствии со ст. 26 ДЭХ и правил Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 г., была поставлена проблема, связанная с действительностью арбитражной оговорки в связи с неучастием в ДЭХ Российской Федерации[32]. Формулируя свою позицию в качестве ответчика в рассматриваемом споре, Россия выразила свое отношение и по общему вопросу о применении международных договоров о защите инвестиций и об обязательности обращения к арбитражу ИКСИД в спорах «инвестор против государства».

Как известно, ДЭХ имел статус договора, имеющего временное применение. В соответствии со ст. 45 (1) ДЭХ каждая подписавшая сторона соглашается временно применять договор

[32] Permanent Court of Arbitration. Case N. AA 226 In the matter of an arbitration before a tribunal constituted in accordance with Article 26 of the Energy Charter Treaty and the UNCITRAL Arbitration Rules between Hully Enterprises Limited (Cyprus) and the Russian Federation. Interim Award on Jurisdiction and admissibility. 30 November 2009.

до вступления его в силу в соответствии со ст. 44 ДЭХ, постольку, поскольку такое временное применение не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам. Одним из доводов, который приводил ответчик в отношении претензий истца, был довод о том, что Россия не участвует в ДЭХ, а что касается временного применения ДЭХ с момента его подписания, о котором говорится в ст. 45, то следует учитывать, что в соответствии с Указом Президента 20 ноября 2009 года Россия уведомила Португалию (страна — Депозитарий ратификационных грамот) о том, что она не намерена становиться участницей ДЭХ. Данный аргумент свел все доводы к одному — отсутствие международного обязательства в связи с неучастием России в международном договоре. Дезавуирование самого факта подписания ДЭХ не повлияло на окончательное решение арбитража. Арбитраж не счел обоснованной претензию истца на компенсацию в связи с принятием акта национализации имущества и применением к нему якобы несправедливого и дискриминационного режима. Основанием для этого послужило то, что истец не привел достаточных доказательств того, что им были сделаны капиталовложения в том объеме, в каком были сформулированы претензионные требования.

При определении компетенции МЦУИС в ст. 25 Вашингтонской конвенции в число споров, находящихся в компетенции МЦУИС, включены споры, *«возникающие непосредственно из отношений, связанных с инвестициями»,* и арбитраж в каждом конкретном случае решает вопрос о том, являются ли отношения, лежащие в основании спора, отношениями, непосредственно связанными с инвестициями, или нет.

Соглашение о передаче спора в МЦУИС является обязательным условием для заявления иска в МЦУИС и признания Центром своей компетенции решать данный инвестиционный спор. Однако

из ст. 25 Вашингтонской конвенции не вытекает, что стороны обладают абсолютной свободой в выражении своего согласия подчинить спор МЦУИС. Из правил арбитражной и примирительной процедуры, действующих в рамках МЦУИС, следует, что МЦУИС может не согласиться с участниками спора и признать, что спор лежит за рамками его юрисдикции. Он может это сделать как по заявлению одной из спорящих сторон, так и по собственной инициативе.

В зависимости от того, как широко дается определение понятия «иностранные инвестиции» в национальном законодательстве, зависит толкование основного понятия Вашингтонской конвенции «инвестиционные споры» в Вашингтонской конвенции. В интересах обеспечения защиты иностранных инвестиций, а также интересов государства, участвующего в споре, представляются важными следующие подходы к определению иностранных инвестиций в национальном законодательстве.

Одной из причин возникновения указанных трудностей было также и то, что процедуры разрешения инвестиционных споров, предусмотренные Вашингтонской конвенцией, могли применяться только в том случае, если государство — сторона в споре и государство инвестора являлись участниками Вашингтонской конвенции. Для устранения этого препятствия был подписан дополнительный протокол к Вашингтонской конвенции, расширивший сферу ее применения, известный под названием «Дополнительные средства разрешения инвестиционных споров» (Additional Facility Rules). Он включал в себя Правила процедуры, которые применялись в том случае, когда оказывалось невозможным применить процедуры разрешения инвестиционных споров, предусмотренные Вашингтонской конвенцией, в силу того, что либо государство, участвующее в споре, либо

государство инвестора не являлись участником Вашингтонской конвенции.

В соответствии со ст. 2 указанных Правил Секретариат МЦУИС может принимать решение о подчинении спора между государством и лицом другого государства юрисдикции МЦУИС, если спор решается на основе Правил дополнительных процедур, относящихся к одной из следующих категорий:

1) примирительная и арбитражная процедура разрешения правовых споров, возникающих непосредственно из инвестиций, не попадающая в сферу компетенции Центра в силу того, что или государство, участвующее в споре, или государство, чей гражданин или юридическое лицо, участвующие в споре, не является Договаривающейся Стороной в Вашингтонской конвенции;

2) примирительная и арбитражная процедура разрешения правовых споров, не попадающих в сферу компетенции МЦУИС в силу того, что отношения, являющиеся предметом спора, не связаны напрямую с инвестициями. При этом одна из сторон в споре (государство, участвующее в споре, или государство, чей гражданин или юридическое лицо участвуют в споре) является Договаривающейся Стороной в Вашингтонской конвенции;

3) процедура, связанная с установлением фактов.

Не все трудности, связанные с применением ст. 25 Вашингтонской конвенции с принятием Дополнительного протокола к Вашингтонской конвенции, были разрешены. Практика МЦУИС свидетельствует о том, что стороны в различной форме выражают свою волю о подчинении спора МЦУИС. Иногда согласие сторон подчинить спор МЦУИС принимает форму условия

договора, заключаемого государством с инвестором, в котором присутствует соглашение сторон об обращении только к арбитражной процедуре МЦУИС (AGIP v. Congo. Award, 30 ноября 1979 г.)[33], в других случаях арбитражное соглашение, достигнутое между сторонами, предусматривает обращение к арбитражной или примирительной процедуре (MINE v. Guinea, Award 6 января 1988 г.)[34]. В-третьих, арбитражное соглашение предусматривает согласие на обращение к МЦУИС без указания, в каком порядке (путем обращения к арбитражной или примирительной процедуре) будет рассматриваться спор. Эти формы арбитражного соглашения, как правило, не вызывали сомнения в подчиненности спора МЦУИС. Вопросы возникали в случае, если в двусторонних международных соглашений о взаимном поощрении и защите капиталовложений предусматривались аналогичные формы достигнутого соглашения.

В двусторонних международных соглашениях о взаимном поощрении и защите капиталовложений, заключаемых по типовому соглашению германской модели, предусматривается согласие государства на разрешение спора в МЦУИС в соответствии с арбитражной процедурой (ст. 8 Соглашения между Данией и Турцией 1990 г.); или в соответствии с арбитражной или примирительной процедурой, предусмотренных в Вашингтонской конвенции, как, например, в соглашениях, заключенных по типовому соглашению, принятому в Нидерландах (ст. 9 Соглашения Нидерландов с Нигерией 1992 г.); или в соответствии с арбитражной или примирительной процедурой, но с добавлением, что «в случае разногласия в отношении выбора надлежащей процедуры физическому или юридическому лицу, чьи права были нарушены, предоставляется право выбрать соответствующую

[33] ICSID Reports. V. 1, p. 313.
[34] ICSID Reports. V. 4, p. 67.

процедуру» (как, например, в ст. 8 Соглашения Великобритании с Бангладеш 1980 г.).

В некоторых международных соглашениях просто не содержится упоминания о процедуре разрешения инвестиционных споров. В практике МЦУИС и в этих случаях стороны обычно не оспаривают факт наличия арбитражного соглашения или его действительность. Отмечен случай оспаривания стороной арбитражного соглашения, содержащегося в законе об иностранных инвестициях участвующего в споре государства. Так, содержащаяся в Законе «Об иностранных инвестициях в Египте» № 43 1974 г. норма о рассмотрении инвестиционных споров «в соответствии с положениями Вашингтонской конвенции» (ст. 8) не рассматривалась государством Египта как арбитражное соглашение, поскольку не содержала указания на то, какая процедура (арбитражная или примирительная) подлежит применению. В решении Арбитражной комиссии при этом подчеркивалось, что «в Вашингтонской конвенции не указано, что согласие стороны подчинить спор юрисдикции МЦУИС должно обязательно содержать указание на соответствующую процедуру, применяемую при разрешении спора. Конвенция позволяет сторонам при достижении согласия на обращение в МЦУИС самим договориться о том, какая будет применения процедура разрешения спора» (SPP v. Egypt. Award, 27 июня 1990 г.)[35]. Основанием для принятия такого решения были: п. 2 ст. 28 (о примирительной процедуре), п. 2 ст. 36 (об арбитражной процедуре) и п. 2 ст. 25 (о примирительной или арбитражной процедуре).

Таким образом, хотя МЦУИС и не принял во внимание возражение государства Египта, что в качестве формы выражения согласия на подчинение спора МЦУИС следует рассматривать соглашение о процедуре разрешения спора, для того, чтобы избежать

[35] Foreign Investment Law Journal. 1991. N 2, p. 515.

возможного оспаривания стороной арбитражного соглашения, целесообразно следовать следующей модели арбитражных соглашений о порядке разрешения инвестиционных споров: «Стороны выражают согласие следовать процедуре примирения, предусмотренной Вашингтонской конвенцией или Дополнительными средствами разрешения инвестиционных споров, а в случае если разногласия не будут устранены в течение срока, указанного в отчете Примирительной комиссии, — обратиться в арбитраж».

5. Перспективные направления совершения инвестиционного законодательства и законодательства об альтернативных процедурах разрешения споров

Как отмечалось выше, активизация использования различных инструментов финансового рынка при осуществлении инвестиций позволило включить в понятие «иностранные инвестиции» не только материальные ценности в форме осязаемых и неосязаемых вещей, но также и объекты, обращающиеся на организованных рынках, фондовых и товарных биржах. Такие операции, будучи по своей природе инвестиционными и формально подпадающими под определение категории «инвестиции», регулируются нормами специальных правовых актов. В таких актах может определяться и порядок разрешения споров, связанных с совершением операций на финансовых рынках, может быть специальное регулирование.

Так, ст. 21 Федерального закона от 7 февраля 2011 года № 7-ФЗ «О клиринге и клиринговой деятельности»[36] предусматривает

[36] Собрание законодательства РФ от 14.02.2011 г., № 7, ст. 904.

возможность включения в Правила клиринга условие о порядке третейского разрешения споров, связанных с осуществлением клиринга. Аналогичные положения, касающиеся порядка разрешения споров, вытекающих из сделок, заключенных на организованных торгах, содержатся в ст. 24 Федерального закона от 21 ноября 2011 года № 325-ФЗ «Об организованных торгах»[37].

В условиях глобализации мировых финансовых рынков вероятность присутствия иностранного элемента в операциях, совершаемых на организованных рынках, весьма велика.

В настоящее время в Российской Федерации действуют два закона в области третейского порядка разрешения споров:

- Закон РФ от 7 июля 1993 года № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКАС);
- Федеральный закон от 24 июля 2002 года № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — ФЗ «О третейских судах»).

Это обстоятельство оказывает сдерживающее влияние на развитие инвестиций и создание благоприятных условий для инвестиций в целом.

Особенностью отношений на финансовом рынке является то, что складывающиеся на нем отношения могут подпадать как под действие Закона о МКАС, так и ФЗ «О третейских судах». Учитывая это, третейские суды, работающие на финансовом рынке, оговаривают подчиненность как Закону о МКАС, так и ФЗ «О третейских судах». Так в Положении об Арбитражной комиссии при

[37] Собрание законодательства РФ от 28.11.2011 г., № 48, ст. 6728.

ЗАО «Московская межбанковская валютная биржа» предусматривается то, что комиссия действует как в соответствии с Законом о МКАС, так и в соответствии с ФЗ «О третейских судах».

В России накоплен достаточный опыт альтернативного разрешения споров. Успешно функционируют третейские суды при торгово-промышленных палатах, ассоциациях и союзах, крупных предпринимательских структурах, общим числом более 400 (в Москве их более 80)[38].

Следуя опыту зарубежных стран, в России был принят Федеральный закон от 27 июля 2010 года «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медитации)» (далее — ФЗ «О медиации»). В данном сравнительно небольшом по объему законе, вступившем в действие с 01.01.2011 г., содержатся положения, касающиеся порядка проведения переговоров с участием посредника — медиатора. Закон в общих чертах обрисовывает статус медиатора и порядок его избрания (назначения) (ст. 9). При описании процедуры медиации (ст. 11) делается отсылка к процедуре медиации — документу, который стороны должны согласовать.

По сравнению с приведенными выше примерами из практики примирения конфликтующих сторон, используемой в США, отечественный ФЗ «О медиации» выглядит скромно. Но развитие АДР не ограничивается только рынками, они проникают в бытовые отношения и несут культуру переговоров во взаимоотношениях между людьми. И все-таки основным фактором, ускоряющим развитие АДР, является усложнение имущественного оборота. Появление сложной структуры договорных связей при

[38] *Балаян Л.Г.* Третейский суд как инструмент разрешения споров и защиты нарушенных прав // Рынок ценных бумаг. 2004. № 1–2.

оказании услуг, когда в достижении цели участвуют несколько взаимосвязанных поставщиков (клиринговая организация, депозитарий, репозитарий), вопрос о необходимости профессионального разрешения споров стоит особенно остро.

Фактор усложнения имущественного оборота рождает еще одну тенденцию. Мировая практика идет по пути, когда процедура медиации (в различных формах) рассматривается в качестве *дополнительной услуги к третейскому разбирательству*. Примером тому являются Правила процедур разрешения инвестиционных споров, содержащиеся в Вашингтонской конвенции о порядке разрешения споров между государством и лицом другого государства 1965 г., а также в Дополнительном протоколе к нему 1979 г.

Тенденция глобализации международных хозяйственных связей способствовала развитию международного коммерческого арбитража как особого вида третейского разбирательства. МКАС постепенно утрачивает свое практическое значение как специализированного на внешнеэкономической деятельности суда. В ряде зарубежных стран (например, в Великобритании) Закон о третейских судах 1996 г. (Arbitration Act, 1996) имеет универсальный характер, не выделяя международный коммерческий арбитраж в особую категорию. В Российской Федерации Закон о МКАС разрабатывался еще в период существования СССР (он был принят Верховным Советом СССР) с учетом всех международных стандартов. Закон о третейских судах в Российской Федерации принимался значительно позднее, однако в нем также учитывались международные стандарты. В этой связи представляется, что в настоящее время присутствие иностранного элемента в правоотношениях уже не играет той принципиальной роли, как это было ранее.

Специализация смещается от международных коммерческих споров в сторону деления споров на профессиональные (B2B)

и «потребительские» (B2C). Это влечет за собой изменение в толковании пророгационности и деррогационности как свойствах третейских (арбитражных) соглашений. В этой связи представляется неясным положение п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах, согласно которому третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска. Для того чтобы исключить сомнения в действительности третейского соглашения, включенного в правила организованных торгов (ст. 24 ФЗ «Об организованных торгах») или в правила клиринговой организации (ст. 21 ФЗ «О клиринге и клиринговой деятельности»), были включены следующие положения: третейское соглашение, предусмотренное правилами организованных торгов (или правилами клиринга соответственно), является действительным также в случае, если оно заключено до оснований для предъявления иска. Значение и юридические последствия приведенных положений будут понятны только при их совмещении с приводившимся выше п. 3 ст. 5 ФЗ «О третейских судах в РФ».

Приведенные положения различных законодательных актов отчасти свидетельствуют о том, что для третейского разбирательства большее значение имеет не разделение на споры, подлежащие разрешению в международном коммерческом арбитраже, и споры, подлежащие разрешению в третейских судах, сколько на споры, возникающие между профессиональными участниками рынка, и споры между профессиональными участниками рынка и потребителями услуг.

Для сравнения в зарубежном законодательстве, например в правилах FINRA (СРО в США с третейским разбирательством в США),

АДР рассматривается как форма защиты прав потребителя. В Великобритании Законом о финансовых услугах и рынках 2000 г. (Financial Services and Markets Act) предусматривается, что услуги финансового омбудсмена (Financial Ombudsman Service) по разрешению споров между фирмами и потребителями должны оказываться «быстро с минимальной формальностью независимым лицом» (ст. 225 (1) Закона). При этом под «фирмой» на языке, принятом индустрией финансовых услуг, понимается любое юридическое лицо, в том числе компания, партнершип, единоличный предприниматель, обладающий правом осуществлять деятельность по оказанию одной и более финансовых услуг. Общая направленность законодательства, затрагивающего порядок разрешения споров на рынке финансовых услуг, — повысить стандарты требовательности к фирмам, обязав их выплачивать потребителям услуг, если последним был причинен ущерб.

Необходимость укрепления взаимодействия между альтернативными способами разрешения споров и государственными судами в наибольшей степени проявляется на примере медиации. Медиация применяется в судах. Как показал опыт проведения медиации в судах, основными проблемами во взаимодействии двух способов разрешения споров являются:

- неинформированность судей о результатах медиации;
- неопределенность юридического значения медиационного решения.

Среди проблем, стоящих перед процедурой разрешения споров путем арбитража, следует назвать проблему применения обеспечительных мер при разрешении споров. Обеспечительные меры при разрешении спора в третейских судах получили регламентацию в модельном законе ЮНСИТРАЛ о международном

коммерческом арбитраже. Проект изменений в российском законе о международном коммерческом арбитраже в части применения мер обеспечительного характера был разработан в соответствии с Правилами ЮНСИТРАЛ. Однако этот проект закона не нашел поддержки со стороны государственного арбитража. Принятие обеспечительных мер требует особого взаимодействия между третейским судом, принимающим решение об обеспечительных мерах, и государственным судом, который обеспечивает исполнение этого решения третейского суда. Проект дополнений в Закон о МКА пока еще недостаточно четко решает проблему взаимодействия двух способов разрешения споров.

Проблема обеспечения исполнимости решений в результате АДР является общей проблемой для любой процедуры, как медиации, так и арбитражной процедуры. В части медиации эта проблема стоит в контексте действительности и обязательности «медиационного соглашения». Для российской практики актуальной также является проблема исполнения решения третейских судов. Встречаются случаи попыток пересмотра решений по существу, ссылаясь на противоречие основам правопорядка (публичному порядку).

Взаимодействие между третейским (включая международный коммерческий арбитраж) и государственным судом требуется и в части рассмотрения исковых заявлений инвестора и определения компетенции арбитров, признания арбитражного соглашения судом с целью исключения возможности параллельного рассмотрения инвестиционных споров и в части порядка исполнения и признания решений арбитража по существу.

Для решения этой проблемы взаимодействия по инвестиционным спорам следовало бы еще раз обратиться к Типовому соглашению о защите инвестиций между Правительством Российской

Федерации и правительствами иностранных государств. Новая редакция Постановления Правительства должна учитывать произошедшие изменения, в том числе участие России в ВТО, а, главное, современную практику разрешения инвестиционных споров. В настоящее время решения, принимаемые по инвестиционным спорам, все чаще основываются на национальном законодательстве и в части определения инвестиций, и в части регулирования порядка исполнения различного рода судебных актов. Совершенствование законодательства о третейском суде и международном коммерческом арбитраже должно основываться на международных стандартах регулирования, принятых Вашингтонской конвенцией и Нью-Йоркской конвенцией.

В практике отечественного судопроизводства и прежде всего международного коммерческого арбитража, т.е. в практике АДР используются международные стандарты разрешения коллизий. К ним относятся: Нью-Йоркская конвенция, Принципы ЮНСИТРАЛ, процедуры ICSID, практика ЕСПЧ.

Frédéric Bélot,
Doctor of Law, HEC, Sciences Po,
Attorney at law, Member of the Paris Bar, Honorary Lawyer of Russia

THE NEW FRENCH LAW ON ARBITRATION

On January 13, 2011, France adopted a new law on arbitration. The new law which is embodied in Articles 1442 through 1527 of the French Code of Civil Procedure governs both domestic and international arbitration.

French law in this field allows the parties to have their dispute resolved by arbitration under an even more attractive regime than in the past.

Being one of the founders and further pionners of arbitration, France was one of the first countries to enact a modern arbitration law, by way of a series of reforms in 1980 and 1981. France was one of the first states to have adopted a very favorable law on arbitration soon followed by the Netherlands in 1986, Switzerland in 1987, and England in 1996.

The French courts have then played a very important role, as regards all aspects of an arbitration, in interpreting the Code of Civil Procedure in a way that favors arbitration as a dispute resolution method. For instance, while assisting, when required, in the constitution of the arbitral tribunal, French courts refused to interfere in the arbitral process and confirned themselves to limited scrutiny of the award when seized of an action to set aside or an action to enforce an award. This reform has implemented more consistently the rejection of the outdated idea maintening that arbitral tribunals and national courts somehow compete in the exercice of their respective judicial function:

the courts' involvement in arbitration matters is subordinate to the authority of the arbitral tribunal.

These reforms are the latest step taken by France to remain a leading forum for international arbitration, with a modern effective, and intellectually accessible legal regime governing arbitration.

Indeed, before the Decree of January 13 was issued, a large portion of French procedural law relating to arbitration could be found only in case law, and not in the Code of Civil Procedure. By codifying those principle that were developed in case law, this reform has made French arbitration more accessible to international practitioners and thus made France an even more attractive forum for international arbitrations.

The Decree n° 2011-48 regarding reform of arbitration was enacted for two main reasons: firstly to codify a number of principles of arbitration law developed by French courts over the past 30 years, and secondly to refine French law on arbitration by introducing a number of innovation that give even more support to arbitration, which correspond to provisions in the arbitration laws of other countries.

These changes aimed to consolidate and affirm French law governing civil procedure in the field of arbitration and thus to make France a more arbitration-friendly forum with a court system that supports arbitration and effectively enforces arbitral awards.

With these changes, French Law can arguably be characterised today as the law that has implemented the pro-arbitration policy to its full extent. The new French law has broadened the scope of the partie's freedom with respect to all aspects of an arbitration.

This reform has maintained the traditional distinction between domestic arbitration and international arbitration, taking care to

separate the two in the various chapters within the CCP. A reciprocal influence between the two has nevertheless also been maintained. Thus, several solutions relating to international arbitration have been transposed into domestic arbitration. Equally, provisions of domestic arbitration apply to international arbitration by way of defaut (article 1506 of CCP).

The aim of this article is to present those aspects of the reform relevant to the interests of international trade and thus on the provisions of the decree governing international arbitration.

Thus, this presentation will distinguish provisions relating to the codification of Established Jurisprudential Principles (I) and Procedural Innovations (II).

I – CODIFICATION OF CASE LAW

One of the aims of this decree and the revised Code provisions was to codify the rules and principles that has been developed by the French courts over the past 30 years.

A – The Arbitral Tribunal and the "Support Judge" (Juge d'appui)

1 – Legal duties of arbitrators

The new code states that the arbitrators shall perform the mission with which they have been entrusted until they have rendered an award (article 1457).

The new law imposes on the arbitral tribunal a positive obligation of good faith and efficiency and aims to ensure that arbitrators perform their duty with due care as well (article 1464).

The spirit of the reform is to encourage efficiency in the conduct of arbitral proceedings.

According to Article 1456 of the CCP "Every arbitrator, prior to accepting his appointment, must disclose any circumstances which are likely to affect his independence or his impartiality". This new provision legislates for a principle recognised both by case law and by other legal systems.

Moreover, if an arbitrator is or become aware of a ground that could be asserted against the arbitrator in proceedings challenging the award, the arbitrator must inform the parties, but may resign as arbitrator only with their unanimous consent (see article 1456–1458).

In this reform there is a clear simplification of the rules of recusation, prevention and resignation of an arbitrator with the aim of reducing the costs and duration of arbitration.

2 – Reinforcement of the Arbitral Tribunal's powers

The arbitral tribunal's powers have been reinforced by the decree (article 1467 and 1468 of the CCP). For instance, the tribunal has the power to require a party to disclose evidence. As usually accepted by case law, failure to disclose evidence may be penalized with a daily fine.

The Decree now condifies the power of the arbitral tribunal to order interim measures (article 1468) with daily penalties for any failure to comply with the measures ordered which was established by courts decisions. While an arbitral tribunal has no authority to ensure the enforcement of interim measures when a party refuses to comply voluntarily, the Decree allows a counterparty to ask courts to order performance of such interim measures. French courts shall enforce an interim measure without examining the merits of the measure which has been decided by the arbitral tribunal.

3 – Institutionalisation of "the judge acting in support of the arbitration" ("support judge")

This concept borrowed from Swiss law is one of the key measures of the 2011 reform. The new provisions of the Code of Civil Procedure relating to arbitration refers to, for the first time in French codified law, the term "juge d'appui". This term often used in case law has now an official status as a codified principle of law. The term "appui" means "support".

The juge d'appui has the role of acting on behalf of the state to support arbitration within the bounds of the law.

The judicial authority acting in support of arbitration has to be seen as the "good Samaritan" who can intervene to help the parties throughout the arbitral proceedings.

In international arbitrations, the role of juge d'appui shall be performed by the President of the tribunal de Grande Instance (Civil Court of First Instance) of Paris.

French law, as well as most modern laws, prior to the reform, provided some of court assistance for the purpose of the constitution of the arbitral tribunal.

In this respect, this new law has four new features.

First, the president of the Paris Tribunal de Grande Instance, who has centralised jurisdiction in France to rule on motions relating to the appointments of arbitrators, is now named as the "judge acting in support of the arbitration" ("juge d'appui") (See article 1505 CCP).

Second, the parties' recourse to French courts is open only on a subsidiary basis, namely in instances where the parties have not chosen "a person responsible for administrating the arbitration" (See article 1452 CCP). When the arbitration is conducted under the auspices of an institution such as the International Chamber of Commerce (ICC) or the International Center for Dispute Resolution (ICDR), or pursuant to the UNCITRAL Rules, French courts should not intervene at all. The administering authority will hear any challenges to the arbitrators and French courts will not second-guess its decisions regarding the abitrators' independence and impartiality prior to the review of the award at the end of the arbitral process.

It is indeed likely that the importance of the juge d'appui will be significant mostly in ad hoc arbitrations (i.e., when the parties have not agreed to an institutional arbitration). For example, in the event of an ad hoc arbitration in the constitution of the arbitral tribunal, the juge d'appui may determine the procedure for the constitution of the arbitral tribunal and appoint the arbitrators itself.

Third, in performing its assistance function, the judge acting in support of the arbitration will not make any substantive assessment on the validity or scope of the arbitration agreement. It will simply appoint an arbitrator instead of the defaulting party or resolve the difficulty relating to the constitution of the arbitral tribunal after having verified that the arbitration agreement is not "manifestly void" or "manifestly non-applicable" (the prima facie validity of the arbitration clause).

Fourth, French law now formally recognizes that the jurisdiction of French courts acting in support of the arbitration extends not only to the traditional instances where the parties have selected France as the place of the arbitration, French law as the law applicable to the procedure or French court as the courts having jurisdiction in these matters, but also to circumstances in which a party "is exposed to a risk of denial of justice" even when the case at hand has no connection whatsoever with France (See article 1505 CCP).

French courts will also be available to assist in evidentiary matters given that arbitral tribunals are, by definition, constrained to adress their orders to the parties to the arbitration only. In this context, third parties who may withhold evidence relevant to the dispute brought to arbitration can be ordered by French courts to produce such evidence at the request of one of the parties. However, courts will order such production only when the party requesting the measure has obtained the "arbitral tribunal's invitation" to seek the courts'assistance (See article 1469 CCP). The primacy of the arbitral tribunal's authority with respect to the dispute submitted to arbitration could not have been expressed any clearer.

Finaly, the juge d'appui also has the power to extend the six-month period granted to the arbitral tribunal to render its award pursuant to Article 1463 CCP.

4 – No court interference: the negative effect of competence-competence

French court will not interfere in the conduct of the arbitral process since according to article 1465 "the arbitral tribunal has exclusive jurisdiction to rule on objections to its authority" which means that arbitral tribunals have the power to decide on any matter relating to the arbitration, including issues relating to the constitution of the tribunal or their own jurisdiction.

According to article 1448 : "when a dispute subject to an arbitration agreement is brought before a court, such court shall decline jurisdiction, except if an arbitral tribunal has not yet been vested to hear the dispute and if the arbitration agreement is manifestly void or manifestly non applicable". This means that, prior to any determination by the arbitral tribunal itself, courts that would have jurisdiction in the absence of an arbitration agreement will refrain from deciding the matter and will defer to the tribunal. Courts will be entitled to rule on the dispute only where a prima facie examination of the arbitration

agreement establishes that such agreement is manifestly void or manifestly not applicable.

When an arbitral tribunal has been constituted, the courts shall automatically defer the dispute to the tribunal, without prejudice to the parties's right to seek a review of the award at the end of the arbitral process.

B – The Arbitration Agreement

1 – Independance of the agreement from the contract it relates to

Article 1447 codifies the fundamental principle of the autonomy of the arbitration agreement, according to which the arbitration clause remains valid even if the underlying contract is found void. The provision states that "the arbitration agreement is independent from the contract it relates to". The agreement is independent from the contract in which it is contained so that if the contract is declared void, the arbitration agreement remains in force.

2 – A broad interpretation of what constitutes a binding agreement to arbitrate

Article 1507 expressly affirms by codifying the principle established by French case law, that international arbitration clauses are not subject to any requirement of form: parties are free to agree orally to settle their disputes through arbitration. However, it remains advisable for parties anticipating arbitration in France to express their intention to arbitrate in writing, so as to avoid problems of proof. In international matters, an arbitration agreement will be valid by whatever means insofar as there is evidence of the intention of the parties to have recourse to arbitration.

Furthermore, the original of the award is no longer required with the petition for seeking exequatur; rather, it is now sufficient to present a

copy which fulfils "the conditions required to establish its authenticity" (Article 1515).

3 – Recognition of the validity of arbitration clauses in framework contracts

Codifying case law, the new French Law recognises the validity of arbitration clauses contained in groups of contracts. Thus in the context of framework agreements, recourse to arbitration by means of an arbitration clause is recognised.

4 – Codification of the concept of estoppel contained in case law

Another example of codifying existing case law can be found in Article 1466 CPP which confirms the principle of procedural estoppel developed by French courts, inspired by the common law and the principle of good faith.

According to this provision, a party who – in knowledge of the facts and without any legitimate excuse – fails to invoke an irregularity of the arbitral process in due course, is prevented from doing so at a later stage.

II – PROCEDURAL INNOVATIONS

The Decree also announced a number of legal rules that are entirely new and that are designed to support and facilitate arbitration as a method of dispute resolution.

1 – More simple rules of deliberation

In the new law, the principle of majority vote remains in force. However, in international matters, where there are risks of serious delays when members of the arbitral tribunal cannot reach an agreement, the article 1513 CCP allows the chair of an arbitral tribunal to decide

himself/herself regarding the decision to be made, if no majority can be reached among the members of the arbitral tribunal.

2 – Enforcement and review

Under the new regime, French courts may, as before, review awards rendered in France in international matters and awards rendered abroad on the basis of five limited grounds.

The new law has nevertheless slightly rephrased those grounds that are now contained in article 1520 CCP and which cover circumstances where :

1 The arbitral tribunal wrongly upheld or declined jurisdiction.

2 The arbitral tribunal was not properly constituted.

3 The arbitral tribunal ruled without complying with its mandate.

4 Due process was violated.

5 Recognition or enforcement of the award is contrary to international public policy.

It should be noted that previously article 1502-1 referred to the event when the tribunal "has rendered the award without an arbitration agreement or based on an arbitration agreement that was void or expired", Article 1520-1 instead now allows setting aside of the award if the tribunal "has mistakenly declared itself to have or not to have jurisdiction".

Two more important changes were introduced by the new law in relation to the enforcement and review of arbitral tribunal awards.

The first change is expressed in article 1526 CCP which says that: "neither an action to set aside an award nor an appeal against an

enforcement order suspends enforcement of an award". Consequently, an award rendered in France will now be immediately enforceable even where it has been subjected to an action to set aside. Only in rare circumstances may the president of the Court of Appeal, when seized of an action to set aside, suspend the enforcement of the award or subject its enforcement to certain conditions, namely when such enforcement would seriously prejudice the rights of one of the parties. In other words, a challenge of the award does not automatically result in suspension of enforcement proceedings. Moreover, according to Article 1526 para 2, a suspension has to be specifically requested and is granted only if the enforcement would be highly detrimental to the rights of the party requesting the suspension. The aim of this provision is to discourage bad faith annulment proceedings which seek to delay the enforcement of fully valid and legitimate awards.

The second change is expressed by article 1522 CCP. It concerns the possibility offered to the parties, provided they so expressly state, to waive any right to bring an action to set aside the award. French law does not limit the parties' right to waive the right to bring an action to set aside.

However, the exercice of such right is without prejudice to the French courts'review of an arbitral award when a party seeks to enforce such award in France, in which case the five limited grounds of article 1520 CCP will apply. In other words, the parties'waiver under Article 1522 CCP does not affect, however their right to appeal any decision to enforce the award in France.

This article 1522 CCP was inspired "by existing foreign law". Indeed, a few jurisdictions with pro-arbitration legislation permit the parties to waive or exclude judicial review of the award by way of annulment proceedings. For instance, Swiss and Belgian law permit such waiver as

long as the parties are foreign i.e., have no connection to Switzerland or Belgium respectively. Contrary to Belgian or Swiss law, however, the new French law grants the right to exclude judicial review in annulment proceedings not only to foreign but also to French parties.

3 – Reduction of term to challenge an arbitral award.

The Decree has shortened several deadlines:

Article 1486 CCP decrease the length of time during which a party may request that the arbitral tribunal interpret its award or correct an alleged error or omission. Before the reform, parties had one year from the day that the award was rendered to make such a request. According to the new law, a party must make such a request within three months after receiving notification of the award, unless the parties have agreed otherwise.

Article 1519 CCP shortens the term during which a party may bring an action seeking the annulment of an arbitral award. Before the reform, a party had one month from the date when the party received notification of the decision of exequatur to file an action seeking annulment. According to the new law, a party must file an action seeking annulment wihin one month of the day upon which a party is notified of the award. The additional two-month time period applicable to notifications sent to companies headquartered outside of France should apply, pursuant to Articles 643 to 645 of the French Code of Civil Procedure.

Paris is the premier place in the world of arbitration and this new law will ensure that it continues to thrive and remains to be viewed as a truly neutral place.

Thanks to the reform of French arbitration, international arbitration has seen its procedure simplified, modernised and thus appears more desirable than ever.

Tilman Dralle, LL.M.
Research project Global TranSAXion. University of Dresden
Faculty of Law Prof. Dr. Thilo Rensmann, LL.M.
Chair of International, European and Public Law
01062 Dresden

A FUTURE BILATERAL INVESTMENT TREATY BETWEEN RUSSIA AND THE EUROPEAN UNION — HOW WILL INVESTORS FARE?

- The paper seeks to approach the new EU competence in the field of FDI from an EU-Russia perspective and will address all legal problems in the area of international investment law associated with it.

- With a view to ensuring its practical relevance, the paper will analyse the specific consequences for international investment arbitration, putting special emphasis on the implications for legal certainty and investors' legal protection.

- The paper attempts to show that the negotiation of a BIT between the EU and Russia also offers a window of opportunity to strike a new balance between the level of protection given to investors and the regulatory freedom granted to the host state. In particular, it will be explored whether the fair and equitable treatment standard could be restricted in its normative scope by tying it to the international minimum standard, following the trend set by the US and Canadian Model BITs[1].

[1] See 2012 US Model BIT, available at <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> and 2004 Canadian Model BIT, available at <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf> (both accessed February 2013).

Since the Lisbon Treaty entered into force in 2009, the European Union (EU) is vested with the exclusive competence in the field of foreign direct investments (FDI). This competence encompasses the negotiation and conclusion of bilateral investment agreements (BITs) with third countries, which was so far the domain of the EU Member States. Recently, the European Parliament has adopted a resolution calling for negotiations on a BIT between the EU and Russia[2]. The European Commission has made similar remarks[3].

Some authors have pointed out that it is to be expected that the EU will use its newly acquired competence to conclude BITs with strategically important countries, such as Russia[4].

In December 2012, the EU has passed a regulation establishing transitional arrangements for existing BITs concluded by EU Member States which are to be progressively replaced by EU investment treaties[5].

These developments highlight that the topic is highly relevant for the future of international investment arbitration in EU-Russian relations. The paper seeks to identify the legal problems associated with the negotiation and conclusion of a new EU-Russia BIT.

[2] European Parliament, Resolution of 26 October 2012 on EU-Russia trade relations following Russia's accession to the WTO, P7_TA (2012) 0409.

[3] European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Towards a comprehensive European international investment policy, COM (2010) 343 final, 7.7.2010, 7).

[4] Christian Tietje, "EU-Investitionsschutz und –förderung zwischen Übergangsregelungen und umfassender europäischer Auslandsinvestitionspolitik" (2010) EuZW 647, 649; Wolfgang Weiß, "Art. 207 AEUV" in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim (eds), Das Recht der Europäischen Union – Band II (C.H. Beck 2012), S. 19, para 48.

[5] Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, OJ L 315, 20.12.2012, 40).

Background

After the entry into force of the Lisbon Treaty the EU acquired the exclusive competence to regulate FDI (see Article 3 (1) lit. e in conjunction with Articles 206 and 207 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)[6]. Accordingly, it is the EU that will in the future conclude BITs with third countries and legislate on the standard of treatment applicable to foreign investors. This may certainly be considered a major development in the EU's common commercial policy and, at the same time, in international investment law.

A number of important issues remained unsettled. First of all, it has not yet been established whether Article 207 TFEU entitles the EU to negotiate provisions concerning direct or indirect expropriation which is one of the most important standards of protection in international investment law. Some authors have argued that as the Lisbon Treaty does not alter the rules in Member States governing the system of property ownership, the EU will not be competent to establish rules on the expropriation of alien property[7].

Others have pointed to the fact that protection from expropriation at the European Union level would be without prejudice to the autonomy of EU Member States to freely regulate and shape their respective system of property ownership[8].

[6] See Article 345 TFEU.

[7] Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Halle 2009) 14–5.

[8] Wolfgang Weiß, "Art. 207 AEUV" in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim (eds), Das Recht der Europäischen Union — Band II (C.H. Beck 2012) 16, para 42; Walter Frenz, Handbuch Europarecht — Band 6:

Institutionen und Politiken (Springer 2011) 1467, para 5043. 7 Wolfgang Weiß, "Art. 207 AEUV" in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim (eds), Das Recht der Europäischen Union — Band II (C.H. Beck 2012) 16, para 42; Walter Frenz, Handbuch Europarecht — Band 6: Institutionen und Politiken (Springer 2011) 1467, para 5043. 7 Wolfgang Weiß, "Art. 207 AEUV" in Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf, Martin Nettesheim (eds), Das Recht

A second unresolved issue relates to the question whether portfolio investments are within the regulatory scope of Article 207 TFEU. It is widely assumed that the term "foreign direct investments" as employed in Article 207 TFEU is restricted to situations where the investor acquires at least 10% of the voting power in the direct investment enterprise[9]. As a consequence, mere portfolio investments, which are not aimed at the acquisition of control, fall outside the scope of the EU's new competence[10]. If the EU sought to comprehensively regulate FDI, including portfolio investments, mixed agreements concluded by the EU and its Member States could provide a viable solution[11].

Thirdly, it is unclear whether investor-state dispute resolution — doubtlessly a key feature of modern investment protection — may be maintained in future EU BITs. Although the EU has professed its resolution to permit individuals to take their claims directly to international arbitration, the autonomy of the EU's legal order as interpreted and implemented by the European Court of Justice may be considered to be in conflict with an investor-state dispute settlement system[12].

der Europäischen Union — Band II (C.H. Beck 2012) 16, para 42; Walter Frenz, Handbuch Europarecht — Band 6: Institutionen und Politiken (Springer 2011) 1467, para 5043.

[9] Waldemar Hummer, "Artikel 207 AEUV" in Christoph Vedder and Wolff Heintschel von Heinegg (eds), Europäisches Unionsrecht (Nomos 2012) 786f; Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Halle 2009) 15–6. See also OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment (4th edn, 2008) 23; IMF, Balance of Payments and International Investment Position Manual (6th edn, 2009).

[10] For a different view see Walter Frenz, Handbuch Europarecht — Band 6: Institutionen und Politiken (Springer 2011) 1465 f., para 5039 f.

[11] Christian Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, Halle 2009) 16–7.

[12] Steffen Hindelang, "Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen" in Marc Bungenberg and Christoph Herrmann (eds), Die Gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union "nach Lissabon" (Nomos 2011).

Existing BITs between Russia and EU Member States

The extension of the EU's competence to foreign direct investments necessarily implicates the question if and how existing bilateral investment treaties between Russia and EU Member States are affected. Although it is clear that the expansion of competences on the part of the EU cannot impinge on the validity of the existing BITs under public international law (*pacta sunt servanda*), the changes effected through the Lisbon treaty indeed entail significant consequences for the investment agreements in place.

Authors have suggested that Article 351 TFEU could be applied analogously to the EU's expansion of powers through the Lisbon treaty[13].

This would mean that the rights and obligations arising from the above-mentioned BITs between the Russian Federation and EU Member States would not be affected by the new EU competence in this field. Meanwhile, the EU has addressed this question in its "Regulation No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries".

The regulation addresses the status of the Extra-EU BITs under Union law. It provides some legal certainty to investors insofar as it stipulates that existing BITs may be maintained in force until a bilateral investment agreement between the EU and the third country enters into force.

[13] Sven Leif Erik Johannsen, Die Kompetenz der Europäischen Union für ausländische Direktionvestitionen nach dem Vertrag von Lissabon (Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 90, Halle 2009) 23–7.

Pursuant to Article 5 of the regulation, the EU Commission has the competence to assess whether one or more provisions of the existing BITs constitute a "serious obstacle" to the negotiation or conclusion by the EU of bilateral investment agreements with third countries. If such an obstacle is identified, the Commission may "indicate the appropriate measures to be taken by the Member State concerned" to remove the obstacle.

The Commission's proposal had originally envisaged that the Commission would have been able to order the termination of a BIT on several broadly phrased grounds. The assessment mechanism which has now been established by the regulation appears to be more in conformity with the obligation of Member States under Article 351 (2) TFEU. Under that provision, EU Member States "shall take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities' between primary EU law and existing agreements. This obligation has recently been affirmed by the European Court of Justice in three largely identical cases relating to investment agreements concluded by Finland, Sweden and Austria which contained provisions that stood in conflict with the EU's competence to apply measures restricting the movement of capital and payments[14].

Main emphasis of the paper

- The paper is highly topical since Russia will most probably be one of the first countries to negotiate investment protection clauses with the EU under Article 207 TFEU, presumably within the framework of the negotiations on a New EU-Russia Agreement[15].

[14] Case C-118/07, Commission of the European Communities v Republic of Finland, 19 November 2009; Case C-249/06, Commission of the European Communities v Kingdom of Sweden, 3 March 2009; Case C-205/06, Commission of the European Communities v Republic of Austria, 3 March 2009.

[15] See European Commission, COM (2010) 344 final, 7.7.2010.

Жибек Караманова,
арбитр Международного Арбитражного
и Третейского Судов при ТПП РК,
магистр в области международного бизнес права (LL.M)

КОНФИДЕНЦИАЛЬНО ЛИ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОЕ? АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТИ В АРБИТРАЖЕ

Объективное, беспристрастное и конфиденциальное рассмотрение споров — одна из причин, почему компании, стремясь сохранить в тайне коммерчески важные сведения, обращаются в арбитражные суды. В данной статье будут рассматриваться актуальные вопросы обеспечения такого преимущества арбитража как конфиденциальность, и приводиться возможные рекомендации по модифицированию законодательства по вопросу на примере законодательства Республики Казахстан.

Несмотря на то, что при упоминании арбитражного/третейского разбирательства принцип конфиденциальности возникает в мыслях практически автоматически, данному принципу необходимо документальное закрепление: в арбитражном договоре/оговорке или в применимом арбитражном законодательстве. Законодательство многих государств определяет принцип конфиденциальности, защиты сведений как одно из основополагающих начал и преимуществ деятельности арбитража. В Великобритании, например, несмотря на то, что English Arbitration Act 1996 г. четко не закрепляет принцип конфиденциальности, многие судебные решения свидетельствуют о том, что в основном

арбитражные разбирательства должны проходить с соблюдением принципов конфиденциальности и закрытости проведения заседаний[1], и принцип конфиденциальности должен всегда подразумеваться при заключении арбитражных соглашений[2]. Во Франции конфиденциальность также является одним из основных принципов арбитражных слушаний, если только стороны не заявят об обратном, о чем свидетельствуют многие судебные решения[3].

Казахстанское законодательство, устанавливая закрытость третейских процедур, не является исключением. Так, например, согласно ст. 4 Закона РК «О Третейских Судах» (далее — Закон «О ТС») и Закона РК «О Международном Коммерческом Арбитраже» (далее — Закон «О МКА») о принципах разбирательства, арбитражное и третейское разбирательство осуществляется с соблюдением принципов конфиденциальности. Это означает, что арбитры не вправе разглашать сведения, ставшие известными им в ходе разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников, и не могут быть допрошены в качестве свидетелей о сведениях, ставших им известными в ходе арбитражного разбирательства. Оба закона четко регламентируют, что вмешательство в деятельность арбитража государственных органов недопустимо. Для этого государственным структурам необходимо осознать отличие принципов судебного и арбитражного процесса. Если для государственного судебного процесса основными принципами являются конституционность, законность, гласность (публичность), то для арбитражного разбирательства — это добровольность и конфиденциальность (закрытость), что и исключает вмешательство государства. Конечно, стороны

---

1 *Michael Wilson & Partners Limited v John Forster Emmott [2008] EWCA Civ 184; City of Moscow v Banker's Trust CO & International Industrial Bank [2004] EWCA Civ 314.*
2 *Hassaneh Insurance Co of Israel&Ors v Stuart J Mew [1993] 2 Lloyd's rep. 243.*
3 *Aita v Ojjeh [1986]. G. Aita c A. Ojjeh, C.A. Paris, Rev. Arb.583.*

и арбитры могут разрешить присутствовать на заседании третьим лицам, если только будет достигнуто общее полное согласие. Однако закрытый характер заседания арбитража не является обязательным правилом для сторон. Участники процесса обладают правом самостоятельно определять, будет ли заседание открытым или закрытым. И только, если соответствующее правило не сформулировано самими сторонами, в соответствии со ст. 27 Закона «О ТС» третейский суд рассматривает дело в закрытом заседании.

Принцип конфиденциальности прописан и в регламентах арбитражных судов. Здесь необходимо понять, на кого распространяется обязанность соблюдать конфиденциальность? Например, ст. 5 Регламентов Международного Арбитражного Суда и Третейского Суда при ТПП РК вменяют арбитрам, сторонам и иным участникам арбитражного разбирательства обязанность не разглашать сведения, ставшие известными им в ходе рассмотрения спора и определенные сторонами как конфиденциальные. Однако ст. 7 Регламента Казахстанского Международного Арбитража говорит об обязанности не разглашать ставшую им известной информацию о спорах, разрешаемых КМА, без согласия сторон или их правопреемников — но только в отношении Председателя, Заместителя Председателя, Арбитров и сотрудников секретариата КМА. Подобная норма есть и в ст. 46 Арбитражного регламента Арбитражного Института при Торговой палате г. Стокгольм, где для участников арбитражного процесса — истца и ответчика ограничения в распространении информации не установлены. К сожалению, это может позволить заинтересованной стороне при необходимости сообщить возможные важные подробности арбитражного процесса третьим лицам. Редакция Арбитражного Регламента ICC от 2012 г. же существенно дополнила регламент положениями о конфиденциальности, возложив обязанность соблюдать конфиденциальность сведений, озвученных во время

работы суда, на всех лиц, участвующих во время работы Суда[4]. Правила Лондонского Суда Международного Арбитража (ст. 30) также четко обязывают стороны арбитражного разбирательства и арбитров соблюдать в конфиденциальности все материалы и информацию, полученные во время слушаний, включая арбитражное решение[5].

В целом принцип конфиденциальности подразумевает несколько аспектов. Прежде всего конфиденциальность третейского разбирательства по общему правилу исключает гласность, т.е. никакие третьи лица, включая журналистов и представителей общественности, неправительственных организаций, не вправе требовать обеспечения их присутствия на заседании арбитражного суда или доступа к материалам дела, если не получено согласие сторон. Арбитры и сотрудники арбитражного суда должны:

- обеспечить закрытость предоставленной информации;
- отказать любому лицу, не являющемуся участником арбитражного процесса, в предоставлении такой информации;
- не разглашать информацию по собственной инициативе;
- **воздерживаться от публикации решений** арбитражного суда, если не получено согласие сторон.

К сожалению, в регламентах не всех арбитражных судов прописана обязанность по отказу в публикации решения или исключению идентификации лиц, участвовавших в третейском разбирательстве, возможности публикации лишь правовой фабулы.

[4] http://goo.gl/QTXhf.
[5] http://goo.gl/ODnOG.

В Великобритании, например, принцип конфиденциальности также подразумевает, что арбитры не могут быть допрошены органами следствия и судом относительно той информации, которая стала им известна в ходе арбитражного разбирательства, т.е. обладать **свидетельским иммунитетом арбитра**[6]**.** В Казахстане свидетельский иммунитет арбитра также прописан в ст. 4 Закона РК «О МКА» и должен распространяться на все виды судопроизводства, хотя об этом прямо и не говорится в нашем законодательстве. По своей значимости наличие свидетельского иммунитета у арбитров должно приравниваться к правилам, которые устанавливают запрет допрашивать родственников о действиях их близких, а также запрещают получать соответствующую информацию от священнослужителей, которым такая информация стала известна во время исповеди, от адвокатов и нотариусов.

Говоря о рамках конфиденциальности, необходимо отметить, что конфиденциальность распространяется на все стадии арбитражного процесса (подготовка дела, само заседание, оглашение решения) и даже выходит за рамки процедур собственно арбитража. Конфиденциальным является и мировое соглашение, заключенное в рамках арбитражного процесса, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Однако, **как обеспечить и гарантировать соблюдение конфиденциальности деталей спора на этапе исполнения решения, ведь оно проходит через государственные суды?** Проблема заключается в том, что **спор, рассмотренный в арбитражном суде, попадая в государственный суд Республики Казахстан, становится публично доступным.** В связи с этим хотелось бы отметить, что необходимо обеспечить возможность исполнения решения с соблюдением принципов конфиденциальности, что

[6] *Anastasia Tsakatoura*. The Immunity of Abitrators. 2002 // http://goo.gl/dDk3V.

на практике достаточно сложно осуществить, ввиду большого количества различных лиц, участвующих в процессе исполнения, а это и судьи, и судебные исполнители, и банки, и налоговые органы, и др. Необходимо отметить, что наше законодательство, регламентирующее процедуры оспаривания решения третейского суда и принудительного исполнения решений арбитражного суда в государственных судах, нуждается в совершенствовании. В некоторых государствах процессуальное законодательство позволяет получить специальное решение суда, которым ограничивается доступ к такому решению третьих лиц. В этой связи было бы целесообразно ввести в казахстанское процессуальное законодательство норму, которая устанавливала бы обязанность компетентных государственных судов рассматривать дела по оспариванию или исполнению решений арбитражного суда в закрытом режиме, если стороны не заявили об ином.

Между тем есть законодательные акты, которые ограничивают рамки конфиденциальности. Закон РК «О Государственных Секретах» от 15 марта 1999 года № 349-I предоставляет **список сведений, не подлежащих засекречиванию:**

1) о чрезвычайных ситуациях и катастрофах, угрожающих безопасности и здоровью граждан, и их последствиях, а также о стихийных бедствиях, их официальных прогнозах и последствиях;

2) о состоянии экологии, здравоохранения, санитарии, демографии, образования, культуры, сельского хозяйства, а также о состоянии преступности;

3) о привилегиях, компенсациях и льготах, предоставляемых государством гражданам, должностным лицам и организациям;

4) о фактах нарушения прав и свобод гражданина;

5) о размерах золотовалютных активов Национального Банка Республики Казахстан и правительственного (бюджетного) резерва драгоценных металлов и драгоценных камней;

6) о фактах нарушения законности государственными органами и организациями, их должностными лицами;

7) о массовых репрессиях по политическим, социальным и другим мотивам, в том числе, находящиеся в архивах.

Похожий список закреплен и в Законе РК «Об Информатизации» от 11 января 2007 года.

Закон РК «О Недрах и Недропользовании» гласит, что передача информации касательно права недропользования, признанной сторонами конфиденциальной, в государственные органы, высший представительный орган Республики Казахстан, осуществляющий законодательные функции, и в местные представительные органы не является нарушением режима конфиденциальности. Таким образом, вышеуказанные нормы означают, что не вся имеющаяся информация может быть и должна быть конфиденциальной. Так, например, в проходившем в Стокгольме споре «Нафтогаз Украины» и компании «РосУкрЭнерго» были раскрыты подробности возможного мирового соглашения, где речь шла о 11 млрд кубометров газа, объеме, составляющем более 20% годовых потребностей Украины и более 53% ежегодной добычи газа в стране. Хотя детали спора и были раскрыты, в данном случае **речь идет о вопросе, затрагивающем интересы всей страны, способном повлиять на состояние экономики государства**. Возможно ли тут говорить о необходимости соблюдении конфиденциальности? Это именно тот случай,

когда информация является общественно значимой, и право общественности знать эту информацию преобладает над правом собственника на ее защиту. В этом случае необходимость обнародования информации подпадала под основания ст. 30 Закона Украины «Об информации».

Насколько соблюдение конфиденциальности в самом арбитражном процессе существенно для процесса исполнения? Статья 31 Закона «О МКА» регламентирует основания для отмены арбитражного решения. Например, арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон и регламенту арбитража. В связи с этим возникает вопрос — можно ли понимать, что соблюдение конфиденциальности является составной частью регламента арбитража, а значит ее несоблюдение свидетельствует о несоответствии процедуры соглашения и регламенту сторон? То есть, почему нарушение арбитром принципа конфиденциальности не может повлиять на судьбу решения арбитражного суда? Это остается вопросом для обсуждения.

Другой важный вопрос, который так и остается открытым — это вопрос ответственности за несоблюдение конфиденциальности. Статья 497–03 Кодекса Республики Казахстан «Об Административных Правонарушениях» предусматривает ответственность за использование информационных ресурсов, содержащих конфиденциальные сведения о физических и юридических лицах, в целях причинения им имущественного и морального вреда, ограничения реализации прав и свобод, гарантированных законодательными актами Республики Казахстан, в виде штрафа до 200 МРП на юридические лица. Однако насколько эта норма применима к арбитражным

разбирательствам? Законодательство РК не содержит других положений, в которых бы оговаривалась ответственность лиц, нарушивших принцип о конфиденциальности арбитражного разбирательства. Отсутствуют подобные нормы и в большинстве регламентов постоянно действующих арбитражей. Несмотря на отсутствие конкретных норм об ответственности за нарушение принципа конфиденциальности, очевидно, что **ответственность наступит в виде утраты авторитета и репутации арбитражного суда и арбитров, рассматривавших спор**. Негативная общественная оценка как результат является самым острым видом возможной ответственности, поскольку коммерческий арбитраж может существовать и функционировать исключительно благодаря общественному доверию, доверию лиц, которые обращаются в арбитраж за разрешением спора.

Необходимо не забывать, что одна из основных причин обращения в арбитраж — заинтересованность в сохранении своего спора в секрете и особенно от взоров широких кругов общественности для сохранения коммерческой тайны, необходимости обеспечить деловую репутацию предпринимателя и компании. Так как же быть, если одна из сторон нарушила принцип конфиденциальности арбитражного процесса, предав огласке ту или иную информацию?

Очевидно, что защитным механизмом для другой стороны будет ее право потребовать возмещения убытков, которые вызваны нарушением принципа конфиденциальности. Ввиду отсутствия четких норм, регламентирующих ответственность за нарушение конфиденциальности, можно порекомендовать составление отдельного соглашения о конфиденциальности информации, полученной в ходе арбитражного разбирательства, где четко будут регламентированы обязанности и ответственность за нарушение

конфиденциальности, тем самым обеспечив ясный ход действий в случае обнародования важной информации.

На данный момент законопроект по вопросам совершенствования института международного арбитража в Казахстане находится на доработке в Мажилисе (нижняя палата Парламента), однако конкретных нововведений касательно вопросов конфиденциальности в арбитраже вводить не планируют, в связи с чем данный вопрос необходимо дальше прорабатывать и выносить на новый уровень разработки.

Раздел 2

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Р. О. Зыков,
кандидат юридических наук, LL.M

ОТМЕНА АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ В ГОСУДАРСТВЕ, КОТОРОЕ НЕ ЯВЛЯЛОСЬ МЕСТОМ АРБИТРАЖА

Введение

В последние несколько лет российская судебная власть активно апробирует методы расширения юрисдикционного поля. Вспомним хотя бы вопрос об исключительной подсудности арбитражным судам споров о недвижимости, когда толкование нечетких норм Арбитражного процессуального кодекса РФ (далее — АПК РФ) долгие годы позволяло арбитражным судам удерживать разрешение данной категории споров в своей исключительной компетенции. Такая практика продолжалась вплоть до вынесения широко известного Постановления Конституционного суда РФ в мае 2011 г[1].. Похожая ситуация наблюдается в отношении споров из правоотношений в корпоративной сфере.

Другим примером постановки коммерческих споров под контроль российских государственных судов является возможность

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

при определенных условиях признавать и исполнять решения международных коммерческих арбитражей, вынесенные и отмененные за пределами России. В частности, в деле *Сибирский цемент против Ciments Français* российский арбитражный суд удовлетворил ходатайство о признании решения международного коммерческого арбитража, вынесенного по регламенту Арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC), которое уже было отменено государственным судом по месту вынесения решения международного арбитража — в Турции[2].

Наконец, в мае 2012 г. Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ (ВАС РФ) А. А. Иванов выступил с заявлением о необходимости усиления юрисдикционного контроля за наиболее важными для России судебными делами в условиях «недобросовестной конкуренции правовых систем», которая «ущемляет интересы России»[3].

Очевидно, что перечисленные события явились реакцией на сложившуюся ситуацию, когда значимые коммерческие споры с участием российских компаний рассматриваются в арбитражах и государственных судах за пределами России.

Опубликованное Постановление Президиума ВАС РФ о юридической силе «опционных оговорок» стало лишь очередным подтверждением данного тезиса[4].

[2] Определение Арбитражного суда Кемеровской области по делу № А27–781/2011 от 20 июля 2011 года.

[3] *Иванов А. А.* Выступление на пленарном заседании: «Правовая политика в 21 веке: новые вызовы права в глобальном мире» / Итоговый буклет Петербургского Международного Юридического Форума. С. 14–16

[4] Постановление Президиума ВАС РФ по делу № А40–49223/11–112–401, по иску ЗАО «Русская Телефонная Компания» к компании «Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус».

Поскольку тезис об усилении юрисдикционного контроля был сформулирован на самом высоком судебном уровне, не исключено, что российские арбитражные суды продолжат поиск рецептов для расширения судебного контроля за делами, которые слушаются за пределами России. Вероятнее всего это будет реализовываться за счет толкования нечетких норм АПК РФ, а в тех случаях, где это не представляется возможным — путем внесения изменений в российское процессуальное законодательство.

Одной из таких норм, способной при неправильном толковании поставить некоторые решения иностранных арбитражей под контроль российских судов, является п. 5 ст. 230 АПК РФ, устанавливающий правило о том, что в российских судах: «*... может быть оспорено иностранное арбитражное решение, при принятии которого применены нормы законодательства Российской Федерации*»[5].

В настоящей статье предпринята попытка проанализировать п. 5 ст. 230 АПК РФ в системной связи с Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция)[6] и Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (далее — Европейская конвенция)[7].

Применяя системное, историческое и грамматическое толкования указанных документов, будет показано, что норма п. 5 ст.

[5] Пункт 5 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса РФ. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации //Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. 29 июля.

[6] Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в г. Нью-Йорке в 1958 г., Конвенция ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 10.08.1960 г.) // Вестник ВАС РФ. 1993. № 8.

[7] Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже (заключена в Женеве 21.04.1961 г., Конвенция ратифицирована Указом Президиума ВС СССР от 14.05.1962 г. № 67-VI.) // Вестник ВАС РФ. 1993. № 10.

230 АПК РФ распространяется лишь на решения международных арбитражей, вынесенные с применением российского процессуального права (*lex arbitri),* но никак не норм материального права Российской Федерации. Неверное толкование указанной нормы может создать угрозу выстроенной системе международно-правовых норм, регулирующих вопросы разрешения споров в международном коммерческом арбитраже.

Применительно к России данная тема остается совершенно не разработанной. Отдельные вопросы отмены решений международных арбитражей освещаются в статьях В.В. Яркова[8], А.Н. Жильцова[9], С.Н. Курочкина[10] и целого ряда других авторов.

Вместе с тем российские авторы обходят стороной сам факт некорректного толкования судами российского права и международных договоров РФ, как следствие неправильного применения АПК РФ. В отсутствие теоретической проработки вопроса в России, некорректное применение российскими судами ч. 5 ст. 230 АПК РФ является лишь вопросом времени.

1. Толкование п. 5 ст. 230 АПК РФ

Пункт 5 ст. 230 АПК РФ предусматривает, что в российских судах: «*… может быть оспорено иностранное арбитражное решение,*

[8] *Ярков В.В.* Оспаривание решения международного коммерческого арбитража // Закон. 2008. № 1. С. 21.

[9] *Жильцов А.Н.* Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 14.

[10] *Курочкин С.Н.* Оспаривание решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей: вопросы теории // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 8. С 15.

при принятии которого применены нормы законодательства Российской Федерации».

Прототипом данной нормы стала ч. 1 ст. IX Европейской конвенции. В частности, данная норма изложена следующим образом: *«Отмена арбитражного решения, подпадающего под действие настоящей Конвенции, в одном из Государств-участников Конвенции будет являться причиной отказа в признании или исполнении этого решения в других Государствах-участниках настоящей Конвенции только при условии, что отмена арбитражного решения была произведена в Государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено, и лишь по одному из следующих оснований…»*

В зарубежной литературе автору не удалось найти специализированные исследования, посвященные применению именно ч. 1 ст. IX Европейской конвенции. Однако вне рамок Конвенции вопросы отмены арбитражных решений в государстве, которое не являлось местом арбитража, поднимаются в статьях ряда зарубежных авторов[11]. Примечательно, что исследования зарубежных авторов обращены исключительно в сторону существующей в их юрисдикциях судебной практики и обходят стороной фундаментальные основы механизма оспаривания решений международных арбитражей.

Следует начать с того, что ч. 1 ст. IX Европейской конвенции не поясняет о применении норм какого права (материального или процессуального) идет речь, что, несомненно, допускает возможность

[11] *Giambastiani C.A.* Lex Loci Arbitri and Annulment of Foreign Arbitral Awards in U.S. Courts // American University International Law Review 20, no. 5 (2005): 1101–1112; *Takahashi K.* Jurisdiction to set aside a foreign arbitral award, in particular an award based on an illegal contract: a reflection on the indian supreme court's decision in venture global engineering // The American Review of International Arbitration (ARIA), v19/no 1, 173–186; *Shih L.* Polar Opposites: Setting Aside a Foreign Arbitral Award // Skrine's Legal Insights Issue 3/2012 P. 14–19.

двоякого толкования. Несмотря на это в подавляющем большинстве европейских государств-участников Европейской конвенции данная статья применяется единообразно как указывающая не на применимое материальное, а на процессуальное право закона места арбитража (*lex arbitri*). Связано это с исторически устоявшимися арбитражными принципами, традицией и практикой, которые сложились задолго до принятия Европейской конвенции, а впоследствии нашли свое отражение и в ее положениях.

Для понимания смысла исследуемой статьи Конвенции следует обратиться к правовым истокам Европейской конвенции, в частности, к ее подготовительным материалам.

Исторически так сложилось, что прототипом ч. 1 ст. IX Европейской конвенции стал п. (e) ч. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции. Сделано это для того, чтобы сформировать стройную систему международно-правовых актов, позволяющую единообразно толковать и применять данные международно-правовые инструменты[12]. Именно поэтому оба документа следует рассматривать в тесной правовой связи, даже несмотря на то, что они имеют разные сферы действия: в одном случае универсальная сфера действия[13], в другом — региональная[14].

Исследуя подготовительные материалы (*travaux préparatoires*) Европейской конвенции и Нью-Йоркской конвенции, следует сделать вывод о том, что под законом, «*по которому вынесено арбитражное решение*», обе конвенции понимают процессуальный закон, регулирующий принятие решения международным

[12] *Hascher D. T.* European Convention on International Commercial Arbitration of 1961. Commentary // Yearbook. Commercial Arbitration. Volume XX — 1995. Kluwer. P. 1033

[13] По состоянию на 6 апреля 2013 года участниками Нью-Йоркской конвенции (1958) являются 148 государств мира.

[14] По состоянию на 6 апреля 2013 года участниками Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (1961) являются 31 европейское государство.

арбитражем (*lex arbitri*). Этот вопрос был предметом обсуждения на конференциях, во время которых разрабатывались тексты конвенций, и подтверждается подготовительными материалами[15].

Отчасти такой вывод также следует из понятийного аппарата, заложенного в самой Конвенции, которая разделяет вопросы материального и процессуального права. Так, ч. 1 ст. VII «Применимое право» Европейской конвенции специально устанавливает норму о материальном праве, применимом к существу спора: *«Стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении спора по существу»*. В то время как исследуемая ч. 1 ст. IX Конвенции «Объявление арбитражного решения недействительным» говорит исключительно о процессуальных нормах: *«… по закону которого это решение было вынесено»*. В данном случае термин «*вынесение решения*» означает сам процесс составления, разработки и вынесения арбитражного решения в рамках формальных требований, предъявляемых *lex arbitri*.

К примеру, в английском тексте Конвенции используются термины, производные от глагола действия *to make*: «*the award has been made*» (ст. IX ч. 1) или «*the making of the award*» (ст. VIII (b)), «*the law of the country in which the award is to be made*» (ст. VI 2 (b)), «*until the arbitral award is made*» (ст. VI 3) и др. Термин «*the making of the award*» ст. VIII (b) в русскоязычном тексте звучит именно как «*составление арбитражного решения*», т.е. говорит о процессе закрепления арбитрами своего решения по существу в форме арбитражного решения. По определению, к процессу составления (вынесения) арбитражного решения применяются исключительно нормы процессуального права, а не материального. Материальное

[15] Travaux préparatoires of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. http://goo.gl/0hAoA.

право применимо к существу спора и не регулирует вопросы процедуры. Более того, к вынесению решения применимы процессуальные нормы «места арбитража» (*lex arbitri*), которые, в конечном итоге, определяют действительность и окончательность арбитражного решения.

Примечательно и то, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ[16], Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже»[17] и АПК РФ[18] устанавливают, что оспаривание арбитражного решения возможно исключительно по процессуальным основаниям, не допуская возможности пересмотра государственным судом спора по существу. Нарушение норм национального процессуального (арбитражного) законодательства, применимого к разрешению спора, может являться основанием для оспаривания решения международного арбитража в компетентном государственном суде. Из чего также следует, что компетентным судом является суд того государства, чье процессуальное законодательство применимо к разрешению спора в международном коммерческом арбитраже.

Несколько отступая от предмета настоящего исследования, следует отметить, что институт отмены арбитражного решения тесно связан с доктриной «места арбитража». Местом арбитража считается страна по процессуальному (арбитражному) закону (*lex arbitri*), которой осуществляется арбитражное разбирательство.

Еще в Женевском протоколе «Об арбитражных соглашениях» 1923 г. указывалось, что: «*Арбитражный процесс, включая*

[16] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (принят ЮНСИТРАЛ 21 июня 1985 г.)

[17] Закон Российской Федерации от 7 июля 1993 года № 5338–1 «О международном коммерческом арбитраже» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 49. Ст. 5748.

[18] Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 29.07.2002. № 30. Ст. 3012.

формирование состава арбитража, основан на волеизъявлении сторон и законе страны, на территории которой происходит арбитражное разбирательство. Договаривающиеся государства соглашаются содействовать на всех этапах процесса, происходящего на их территориях, в соответствии с положениями их арбитражного законодательства»[19].

По общему правилу, спорящие стороны вправе договориться о месте арбитража. В отсутствие такой договоренности решение по данному вопросу принимается администрирующим органом. Нормы *lex arbitri* являются определяющими в таких вопросах, как арбитрабильность спора, действительность арбитражного соглашения, назначение судом арбитров в арбитражных разбирательствах *ad hoc*, вопросах доказательств и раскрытия информации, формы и действительности арбитражного решения, окончательности арбитражного решения, соединения исков при процессуальном соучастии, вынесения обеспечительных мер и оспаривания (отмены) арбитражного решения. Проще говоря, «место арбитража» определяет «национальность» арбитражного решения и применимый к нему процессуальный (арбитражный) закон, а, следовательно, и компетентный суд для отмены арбитражного решения.

Таким образом, как систематическое, историческое и грамматическое толкования ч. 1 ст. IX Конвенции приводят к выводу о том, что речь идет именно об арбитражном законе (процессуальных нормах), применимом к арбитражной процедуре и решению. В этом смысле российские арбитражные суды компетентны отменять решения международного арбитража исключительно в том случае, если такое решение вынесено по российскому *lex arbitri,* а не в случае применения норм материального права РФ к существу спора.

[19] Статья 2 Женевского протокола «Об арбитражных соглашениях». 1923.

Именно такой подход лежит в основе законодательства и судебной практики развитых арбитражных юрисдикций, в том числе и тех, которые не являются участниками Европейской конвенции. Примеры, когда проигравшая сторона предпринимает попытки отменить арбитражное решение, в том числе в государстве, которое не являлось местом арбитража, встречаются в международной практике.

Например, в деле *Karaha Bodas Company LLC v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi*, рассмотренном международным арбитражем по регламенту ЮНСИТРАЛ в Швейцарии ответчик успешно отменил решение арбитража в государственном суде Индонезии на том основании, что было применено материальное право Индонезии[20]. При отмене решения швейцарского арбитража суд Индонезии руководствовался положением п. (e) ч. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, в котором говорится о невозможности признания и исполнения, в случае отмены арбитражного решения компетентной властью государства «*по закону которого вынесено решение*». Государственный суд Индонезии посчитал, что таковым законом является материальное право Индонезии, и произвел отмену решения иностранного арбитража. Несмотря на это, истец подал заявление в окружной суд Техаса о признании и приведении в исполнение решение швейцарского арбитража. Окружной суд Техаса не согласился с позицией индонезийского суда, указав, что по Нью-Йоркской конвенции таковым законом является процессуальный закон, применимый к вынесению решения, а не материальный закон, применимый к существу спора. Окружной суд Техаса заключил, что судом, компетентным отменить арбитражное решение, является швейцарский государственный суд. При этом суд Техаса

[20] Karaha Bodas Company, L.L.C v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara; et al., Defendants, perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara. United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 335 F.3d 357 (2003). June 18, 2003

счел, что отмена иностранного арбитражного решения индонезийским судом является неправомерной и не может иметь юридической силы за пределами Индонезии.

В деле *International Standard Electric v. Bridas Sociedad Anonima Petrolera* американский суд сам оказался в роли форума, рассматривающего возможность отмены решения международного арбитража, вынесенного в Мексике с применением мексиканского *lex arbitri* и материального права штата Нью-Йорк[21]. Окружной суд США южного округа Нью-Йорка постановил, что как п. (e) ч. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции (1958), так и п. (e) ч. 1 ст. V Межамериканской Конвенции о международном коммерческом арбитраже (1975), отсылают к нормам процессуального права, применимого к арбитражному разбирательству, т.е. *lex arbitri*. Следовательно, компетентным судом по отмене решения арбитража является государственный суд Мексики.

Вопросы отмены решения иностранного арбитража также были предметом рассмотрения в малазийских судах. В деле *Twin Advance (M) Sdn Bhd v Polar Electro Europe BV* суд постановил, что в случаях, когда место арбитража находится за пределами Малайзии, малазийский суд не обладает компетенцией по отмене решения иностранного арбитража[22].

Пожалуй, одним из редких исключений из общемировой практики, помимо России и Индонезии, является Индия. В деле *Venture Global Engineering v. Satyam Computer Services* Верховный суд Индии постановил, что суды Индии обладают компетенцией по отмене арбитражных решений, вынесенных за пределами Индии,

[21] *International Standard Electric v. Bridas Sociedad Anonima Petrolera*. United States District Court, S.D. New York. 745 F. Supp. 172 (1990). August 24, 1990.

[22] *Twin Advance (M) Sdn Bhd v Polar Electro Europe* BV. Dalam Mahkaman Tinggi Malaya Di Pilau Pinang. Saman Pemula No. 24–2292–12/2011.

при условии, что нарушены нормы публичного порядка Индии[23]. Как следует из судебного решения, в качестве основания для отмены решения международного арбитража явилось нарушение норм публичного порядка, но не сам факт применения норм материального индийского права. Независимо от вмененного судом основания для отмены решения иностранного арбитража, решение индийского суда выходит за рамки общепринятой практики и находит заслуженную критику как в самой Индии, так и за ее пределами. Следует отметить, что индийские суды известны своей недружественной позицией к арбитражу. Между тем в последние годы Индия проводит серьезную работу, направленную на улучшение правового климата для развития международного арбитража.

2. Практика российских судов

В российской судебной практике сложилась определенная позиция по вопросу применения ч. 5 ст. 230 АПК РФ[24]. Для целей настоящей статьи следует дать краткое описание содержания основных судебных актов.

Постановление Федерального Арбитражного Суда Центрального округа от 02.09.2003 г. № А08–7941/02–18

Открытое акционерное общество «Стойленский горно-обогатительный комбинат» (далее — ОАО «Стойленский ГОК») обратилось в Арбитражный суд Белгородской области с заявлением

[23] *Venture Global Engineering v. Satyam Computer Services The Supreme Court of India*. (Arising out of SLP (Civil) No.9238 of 2010). 11 August, 2010.

[24] Постановление ФАС Центрального округа от 02.09.2003 г. по делу № А08–7941/02–18; Постановление Президиума ВАС РФ от 30.03.2004 г. № 15359/03; и Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.07.2007 г. по делу № А05–4274/2007.

об отмене иностранного арбитражного Решения от 22.02.2002, вынесенного в г. Стокгольме, Швеция, о взыскании с ОАО «Стойленский ГОК» 5 070059 долларов США и 48 000 евро по иску компании «Мабетекс Прожект Инжиниринг С. А.», Швейцария, и компании «Мабетекс Прожект Инжиниринг Индустрианглагенпланунг унд Эрриехтунгсгезелльшафт», Австрия.

Федеральный Арбитражный Суд Центрального округа указал, что: *«Отменяя арбитражное Решение от 22.02.2002. арбитражный суд правильно применил п. 5 ст. 230 АПК РФ и ст. IX Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. В силу п. 5 ст. 230 АПК РФ, в предусмотренных международным договором РФ случаях, может быть оспорено иностранное арбитражное решение, при принятии которого применены нормы законодательства РФ.*

Таким образом, при вынесении иностранного арбитражного решения всегда применяются отдельные нормы национального законодательства места арбитражного разбирательства. Распространение на процесс таких императивных норм национального законодательства государства, избранного в качестве места арбитража, не исключает применение п. 5 ст. 230 АПК РФ, ст. IX Европейской конвенции. По смыслу указанных положений, определяющим для их применения, является вынесение арбитражного решения на основании материального права Российской Федерации».

Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо-Западного округа от 25.07.2007 г. по делу № А05–4274/2007

Рыболовецкий колхоз «Красное знамя» (далее — Колхоз) обратился в Арбитражный суд Архангельской области с заявлением об отмене решения третейского суда города Осло (Норвегия), вынесенного 08.12.2006 в составе арбитров: Стефэн Кнадзон, Петр Норвальд Спэрре, Эрик Резаг, по иску компании «White Arctic

Marine Resources Ltd» (далее — Компания) к Колхозу о взыскании с последнего в пользу Компании 1 168 838 долларов США долга, 16 082 долларов США фиксированных выплат за период с 30.06.2002 по 27.03.2005 года, а также предусмотренные законом пени за просрочку платежей.

В кассационной жалобе Колхоз, ссылаясь на нарушение норм процессуального и материального права, несоответствие выводов суда фактическим обстоятельствам, просит отменить обжалуемое определение и направить дело на новое судебное разбирательство с целью рассмотрения заявления Колхоза по существу.

В обоснование жалобы ее податель указал, что поскольку Третейский суд города Осло при принятии решения от 08.12.2006 исследовал доводы истца о том, что в соответствии с российским законодательством участники товарищества несут солидарную ответственность, то в данном случае при принятии иностранного арбитражного решения применены нормы законодательства Российской Федерации, что предоставляет Колхозу право в порядке ч. 5 ст. 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации оспорить указанное иностранное арбитражное решение путем обращения в арбитражный суд субъекта Российской Федерации с заявлением о его отмене.

Исследовав материалы дела, суд указал, что: *«… согласно п. 5 ст. 230 АПК РФ в предусмотренных международным договором Российской Федерации случаях в соответствии с параграфом 1 главы 30 названного Кодекса может быть оспорено иностранное арбитражное решение, при принятии которого применены нормы законодательства Российской Федерации путем подачи заявления об отмене такого решения в арбитражный суд субъекта Российской*

Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника — стороны третейского разбирательства».

Таким образом, в названных российских судебных актах отмечается, что в качестве международного договора, допускающего отмену иностранных арбитражных решений в России, следует рассматривать Европейскую конвенцию, ч. 1 ст. IX которой устанавливает возможность отмены решения международного арбитража судом государства, по закону которого вынесено решение. Из этого российские суды делают вывод, что данная норма Конвенции предусматривает подведомственность российским арбитражным судам дел об отмене решений международных арбитражей в случае, если:

a. при вынесении иностранного арбитражного решения применялось материальное право Российской Федерации, и

b. оспариваемое решение вынесено страной-участником Европейской конвенции.

Из проведенного в разделе 2 настоящей работы анализа очевидно, что российская судебная практика также идет в разрез с системным, историческим и сравнительным методами толкования, равно как и с практикой развитых государств. Кроме того, в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ толкование ч. 5 ст. 230 АПК РФ не должно противоречить мировой практике применения ст. IX Европейской конвенции, которая применяется единообразно.

Пока же, увы, подход российских судов близок к традиционно недружественным арбитражу Индонезии и Индии, что вряд ли можно признать приемлемым.

Заключение

В заключение данный статьи следует сделать вывод о том, что отмена решения арбитража возможна исключительно в суде того государства, чей *lex arbitri* был применим к спору. Только при таком подходе возможно избежать процессуальных злоупотреблений, параллельных процессов в разных странах и, соответственно, сохранить стабильность и эффективность системы международного третейского правосудия.

Правильное толкование норм российского права, основанных на международно-правовых нормах, несомненно, будет способствовать улучшению правовой среды и увеличению доверия к российской судебной системе со стороны субъектов хозяйственной деятельности. В этом случае отпадет сама необходимость борьбы с «враждебностью» иностранных судебных систем и уводом российских споров в зарубежные юрисдикции.

А. А. Ягельницкий,
кандидат юридических наук, магистр юриспруденции (РШЧП),
ассистент кафедры гражданского права юридического факультета
МГУ им. М. В. Ломоносова

О. Д. Петроль,
магистр юриспруденции (РШЧП), выпускник кафедры гражданского
права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова

ДЕЙСТВИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕГЛАМЕНТОВ ВО ВРЕМЕНИ

I. Ситуация, в которой возникает вопрос о применимой версии арбитражного регламента

Арбитражные регламенты авторитетных арбитражных институтов пересматриваются относительно редко, поэтому в большинстве случаев споры рассматриваются в соответствии именно с той процедурой, которую стороны подразумевали при ссылке на институт либо свод правил в тексте арбитражного соглашения при его заключении, что полностью соответствует п. 1 ст. 19 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Вместе с тем арбитражным институтам свойственно время от времени пересматривать свои регламенты. Спорная ситуация может возникнуть в случае, когда при заключении арбитражной оговорки действующей являлась одна версия арбитражного регламента, а во время начала арбитражного разбирательства — другая.

Возникает несколько вопросов: во-первых, должен ли арбитражный институт, администрирующий дело, руководствоваться старой либо новой редакцией арбитражного регламента на стадии подготовки дела, когда состав арбитров еще не избран; во-вторых, входит ли в полномочия арбитров определение применимой версии арбитражного регламента; в-третьих, надлежит ли арбитрам применить старый либо новый регламент; в-четвертых, вправе ли государственный суд по делу по отмене арбитражного решения либо по спору о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения вдаваться в вопрос о применимой версии арбитражного регламента, и является ли неправильное, по мнению государственного суда, определение применимой версии арбитражного регламента основанием отмены или отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

Актуальность темы для российских специалистов объясняется неизбежностью изменений арбитражных регламентов ведущих отечественных институциональных арбитражей, будь то международный коммерческий арбитраж или третейский суд.

II. Решение вопроса в арбитражных регламентах

Регламенты различных арбитражных институтов по-разному подходят к вопросу об определении применимой версии арбитражного регламента.

Регламенты Лондонского международного третейского суда (LCIA) с 1981 г. содержали указание на то, что если стороны установили арбитражную оговорку в пользу LCIA, то к процедуре арбитражного разбирательства будут применяться правила

LCIA с учетом изменений, которые LCIA может принять до начала арбитража[1].

Регламент Американской Арбитражной Ассоциации (AAA) с 2003 г. устанавливает, что применима версия регламента, актуальная на момент начала арбитража[2].

Регламент Международного Арбитражного Центра Венской Федеральной Экономической Палаты (Венский Регламент) в ст. 1 (2), 37 устанавливает, что применяются правила, имеющие силу на момент начала разбирательства[3].

Регламенты Арбитражного института Торговой Палаты Стокгольма 1999 и 2006 г. содержали указание на то, что эти регламенты применяются к спорам, возникшим, соответственно, после 1 апреля 1999 года и 1 января 2007 года[4]. Лишь в регламенте 2009 г. было установлено, что применяется редакция арбитражного регламента, существующая на момент начала арбитражного разбирательства[5].

Как правило, своды норм, которые могут быть применены для разрешении спора в арбитраже, предусматривают право сторон выбрать применимую версию[6]. Особенным в этом смысле можно назвать арбитражный регламент ТПП Цюриха 1989 г., в настоящее

---

1 LCIA Arbitration Rules 1981 // Yearbook Commercial Arbitration 1982. Vol. VII / Ed. by P. Sanders. Pp. 223–227; http://goo.gl/xNf40.

2 http://www.adr.org.

3 http://www.viac.eu/images/documents/VIAC_Arbitration_Rules_2006_1.pdf.

4 http://www.sccinstitute.se/filearchive/2/21686/2007_arbitration_rules_eng.pdf. http://www.sccinstitute.se/filearchive/1/13207/1999_web_a4_vanliga_2004_eng_rev_2005.pdf.

5 http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927. pdf.

6 *von Segesser G.* The IBA Rules on the Taking Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010 // ASA Bulletin. 2010. Vol. 29 (4). Pp. 735–752.

время замененный Швейцарским регламентом 2006 г., согласно ст. 59 которого он применяется ко всем арбитражным разбирательствам после 1 января 1989 года, даже если арбитражная оговорка явно упоминает более раннюю редакцию арбитражного регламента[7].

Вообще не регулировали вопрос коллизии разных версий регламента некоторые старые арбитражные регламенты, в частности, регламент Арбитражного института Международной Торговой Палаты (ICC) до 1955 г. Регламенты ICC 1955, 1975 и 1988 г. содержали неоднозначно толкуемое указание на то, что если стороны передают спор на рассмотрение ICC, считается, что они согласились на «*настоящие правила*» (“*present rules*”). Слова «настоящие правила» можно понимать как простую отсылку к соответствующим правилам, но в этих же словах можно усматривать временную коннотацию, указание на применение правил, действующих в настоящий момент.

Несмотря на то, что регламенты ICC 1955 и 1975 гг. содержали совпадающие — неоднозначно толкуемые — формулировки, относящиеся к конфликту версий арбитражного регламента, Суд ICC в разное время занимал различные позиции по вопросу о том, какую версию правил применять. В 1975 г., когда в регламент были внесены существенные изменения, Суд ICC указал, что он полагает применимой новую версию регламента, за исключением случаев, если любая из сторон заявит о применении старой редакции[8]. В 1988 г. ICC сообщил сторонам, что Суд ICC будет, с учетом сложившейся презумпции в пользу применения более поздней версии регламента, исходить

[7] http://www.jurisint.org/doc/html/reg/en/2000/2000jiregen32.html.

[8] *Greenberg S., Mange F.* Institutional and ad hoc Perspectives on the Temporal Conflict of Arbitral Rules // Journal of International Arbitration. 2010 Vol. 27 (2). P. 201; *Derains Y., Schwartz E.* Guide to the ICC Rules of Arbitration. 2nd ed., 2005. P. 74.

из предположения в пользу применения новой редакции регламента, если стороны ясно не договорились об ином[9]. Вместе с тем в 1997 г. Секретарь Суда ICC сообщил, что при решении вопроса о темпоральном конфликте между регламентами 1988 и 1998 гг. Секретариат исходит из следующего: если истец при подаче иска уплатил аванс на покрытие издержек, предусмотренный правилами ICC 1998 г., но не известный правилам 1988 г., и ответчик не возразил против применения нового регламента, то ICC на стадии формирования состава арбитров руководствуется новым регламентом. Если истец не уплачивает аванс на покрытие издержек и указывает на применение старого регламента, то ICC действует в соответствии с ним (т.е. не требует уплаты аванса на покрытие издержек, а также подтверждение арбитров производит Суд ICC, а не Секретариат, которому такое право было предоставлено только регламентом 1998 г.). Если же истец уплатил аванс на покрытие издержек и не указывает на применение старого регламента, однако ответчик возражает против применения новой редакции регламента, то ICC оставляет подтверждение арбитров в компетенции Суда, но не Секретариата. Однако все эти правила применяются только для стадии арбитражного разбирательства до формирования состава арбитров; после того как состав арбитров сформирован, определение применимой версии арбитражного регламента остается на их усмотрение[10].

Статья 6 (1) регламента ICC 1998 г. содержала более ясное указание на то, что подлежит применению регламент, действующий на момент начала арбитражного разбирательства, кроме случая, когда стороны договорились об ином; это правило воспроизведено и в последней редакции регламента ICC[11].

[9] *Greenberg S., Mange F.* Op. cit. P. 201.

[10] *Derains Y., Schwartz E.* Op. cit. P. 74, сноска 75.

[11] Подробнее см.: *Greenberg S., Mange F.* Op. cit. P. 201.

Действующий регламент МКАС в параграфе 48 предусматривает, что применяется редакция регламента, существующая на момент начала арбитражного разбирательства, если стороны не договорились об ином. Предшествующие версии регламента не затрагивали вопрос темпорального конфликта.

Совершенно особое регулирование предусматривает регламент Китайско-Европейского Арбитражного Центра (CEAC): и регламент 2010, и регламент 2012 г. предусматривают, что по умолчанию применяется арбитражный регламент в том виде, в каком он существовал на момент заключения договора сторонами[12].

Таким образом, арбитражные регламенты предусматривают один из следующих вариантов разрешения темпорального конфликта: отсутствие регулирования; указание в регламенте на дату, с которой начинается применение этого регламента; указание в регламенте общего правила, на основании которого может быть определена применимая версия арбитражного регламента в будущем. При анализе современных арбитражных регламентов и практики их применения арбитражными институтами усматривается тенденция в пользу применения более поздних регламентов.

III. Позиции правопорядков

a. Англия

Позиция английских судов по вопросу о применимой версии арбитражного регламента впервые была сформулирована в 1976 г. В деле *Offshore v. Banco Central* испанский банк выдал аккредитив,

[12] http://www.ceac-arbitration.com/.

обеспечивающий оплату по заключенному в 1971 г. договору о строительстве судна. Аккредитив предусматривал, что он действует по 30 июня 1975 года, однако продлевается автоматически на год, если в период его действия спор по обязательству, обеспеченному аккредитивом, будет передан на рассмотрение арбитража. На момент заключения договора регламент ICC, которому арбитражная оговорка подчинила разбирательство, действовал в редакции 1955 г. Согласно ст. 3 регламента ICC 1955 г. и комментарию к ней, арбитражное разбирательство начиналось подачей заявления непосредственно в Суд ICC или в национальный комитет. В марте 1955 г. был принят, в апреле — опубликован, а 1 июня 1975 года вступил в силу новый регламент ICC, согласно новому предложению ст. 8 которого дата, когда заявление об арбитраже получено секретариатом Суда ICC, для любых целей будет считаться датой начала арбитражного разбирательства. Истец совершил до 30 июня 1975 года действия, которые были бы достаточны, по мнению судьи, для начала арбитражного процесса по старому регламенту, однако заявление об арбитраже поступило в Секретариат Суда ICC 2 июля 1975 года — на два дня позже, чем того требовал регламент ICC 1975 г. В решении судья признал, что истец на момент подачи иска не мог знать о содержании новой редакции регламента ICC: решение описывает сложности, с которыми юрист истца столкнулся, пытаясь найти новую версию арбитражного регламента, упоминает попытку дозвониться до сотрудника ICC в Париже с тем, чтобы узнать об изменениях в правилах. Однако судья *Ackner* пришел к выводу, что с 1 марта 1975 года действовал только один регламент ICC — регламент 1975 г., и только по этому регламенту следует определять момент начала арбитражного разбирательства[13].

[13] 1976 (1) Lloyd's Rep. 408.

Линию *Offshore v. Banco Central* продолжил судья *Brandon* в деле *Bunge v. Kruse* 1979 г. В августе 1972 г. между участники спора был заключен договор купли-продажи соевой муки на основании формы Международной ассоциации торговли зерном и кормами (GAFTA) 100. Форма GAFTA 100 предусматривала рассмотрение споров арбитражем по правилам GAFTA 125. На момент заключения договора в 1972 г. применялись правила 1971 г., согласно которым заявление об арбитраже должно быть направлено в течение трех календарных месяцев со дня истечения срока на поставку; в случае нарушения этого правила считается, что потерпевшая сторона отказалась от требований (*waived*) в отношении качества товара, кроме случаев, когда Совет по апелляции, по его абсолютному усмотрению, решит иначе.

В октябре 1972 г. в соответствующем положении регламента GAFTA 125 слова «три календарных месяца» были заменены словами «90 дней». Возник вопрос, считается ли надлежащим заявление, поданное в 1973 г., после истечения 90 дней, но до истечения трех календарных месяцев. Совет по апелляции GAFTA применил старую редакцию арбитражного регламента, и судья *Brandon* сначала склонялся к тому же варианту. Однако представители покупателя обратили внимание суда на решение по делу *Offshore v. Banco Central*. Несмотря на то, что оно не обладало обязательной силой, судья *Brandon* последовал ему со следующей модификацией. Он посчитал, что стороны могут инкорпорировать в договор посредством ссылки своды правил, регулирующие как преимущественно материально-правовые, так и процессуальные вопросы. В отношении ссылок на документы, регулирующие материально-правовые вопросы, должны применяться редакции, действующие на момент заключения договора. В отношении процессуальных документов принцип другой — если стороны не договорились об ином, применяются правила, действующие

на момент начала арбитражного обязательства[14]. В обоснование применимости к процессуальным правилам более поздней редакции указано на следующее: если бы арбитрам надлежало применять старые правила, это могло бы привести к значительным трудностям, так как процессуальные правила могут быстро устаревать. Например, процессуальные правила могут предусматривать направление документов или проведение слушаний по адресу, по которому это неуместно, либо вообще по несуществующему адресу, или что арбитры должны отвечать требованиям, которые в последующем были отменены, или что арбитров должно назначать должностное лицо, которое перестанет существовать. Во всех этих случаях, полагает судья *Brandon*, изменения в процессуальных правилах были бы необходимы, дабы такие правила не утратили работоспособность, иначе исполнение арбитражных оговорок было бы бесполезным[15].

В деле *Mertens v. Veedover* 1979 г. судья *Lloyd*, столкнувшись с вопросом о темпоральном конфликте арбитражных регламентов, отметил, что сначала ему показалось более правильным применять старую редакцию регламента, однако, ознакомившись с решением *Bunge v. Kruse*, он неохотно занял бы иную позицию, чем судья *Brandon*. Однако в этом деле судья *Lloyd* смог вынести

[14] Последствия ссылки на материально или процессуально-правовые своды правил для целей определения применимой даты признавались и в последующих делах, например в деле *Apostolos Konstantine Ventouris v. Trevor Rex Mountain*. 1992 (2) Lloyd's Rep. 299.

[15] 1979 (1) Lloyd's Rep. 285–287. Нельзя не отметить, что приведенное объяснение совершенно не удовлетворительно для решения вопроса, подлежащего разрешению в этом деле; судья рассмотрел случаи, когда применение старых процессуальных правил невозможно. Однако в рассматриваемом деле возможность применения правила из старой редакции не была утрачена. Непонятно, как из правила о том, что в случае невозможности исполнения процессуальных правил они должны быть заменены новыми правилами, сделать вывод о том, что и в случае, когда возможность следования старому правилу не утрачена, это старое правило может быть уничтожено.

решение и без рассмотрения вопроса о применимой версии арбитражного регламента, поэтому явно оставил вопрос открытым[16].

В деле *Cremer v. Granaria* 1981 г. судья *Goff* поддержал аргументацию судьи *Brandon*'а, дополнительно отметив, что с позиции здравого смысла было бы нелогичным ожидать от арбитров, чтобы они, исходя из даты заключения договора, определяли применимые процессуальные правила — несмотря на то, что новые процедуры, возможно, даже и существенно отличающиеся от старых, применялись при назначении арбитров, — возвращались и применяли процессуальные правила, действовавшие при заключении договора[17].

Последнее известное английское дело, в котором был затронут вопрос конфликта разных версий арбитражного регламента — *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading* 1997 г. В этом деле стороны передали свои споры FETAC (Foreign Economic and Trade Arbitration Commission of the China Council for the Promotion of the International Trade) с рассмотрением в соответствии с ее временным ("provisional") регламентом. К моменту возникновения спора между сторонами FETAC поменяла название на CIETAC, а временный регламент был заменен другим, постоянным. Истец, просивший отказать в принудительном исполнении решения, не отрицал, что CIETAC является правопреемником FETAC, однако возражал против того, чтобы решение было вынесено по новому регламенту CIETAC, указывая, что новые правила ухудшают положение проигравшего спор ответчика, который обязан уплатить арбитражный сбор в сумме, достигающей 2,7% от цены иска, в то время как по временному регламенту максимальный размер сбора был ограничен 1%.

[16] 1979 (2) Lloyd's Rep. 383. Иное понимание этого дела — на наш взгляд, неверное, — в работе *Greenberg S., Mange F.* Op. cit. P. 206.

[17] 1981 (2) Lloyd's Rep. 591–593.

Судья *Longmore* поддержал приведение арбитражного решения в исполнение, указав на следующее. Во-первых, судья признал, что арбитражное соглашение регулируется китайским правом, однако отметил, что китайское право в этом вопросе, по его мнению, не отличается от английского. Во-вторых, то, что стороны сослались на временный регламент, связано только с тем, что к моменту заключения арбитражного соглашения никакого иного арбитражного регламента этого института не существовало; поэтому изменение наименования арбитражного регламента не означает, что стороны имели в виду именно регламент до переименования. В-третьих, судья пришел к выводу, что CIETAC отказался бы администрировать дело по старому регламенту. В-четвертых, судья отметил, что изменение правил исчисления арбитражного сбора привело в данном деле к незначительным последствиям — общая сумма арбитражных расходов выросла не более чем на полторы тысячи фунтов. В-пятых, истец не заявлял о применении старого регламента при рассмотрении дела в арбитраже, вследствие чего, по мнению судьи *Longmore*, истцу, вспомнившему о существенности старого регламента лишь в процессе об отмене арбитражного решения, сложно рассчитывать на симпатию судьи.

b. Сингапур

Близкой к изложенной позиции английских судов является позиция сингапурских судов. В двух известных делах — *Black and Veatch Singapore Pte. Ltd. v. Jurong Engeneering Ltd.* (2004)[18] и *Car & Car Pte. Ltd. v. Volkswagen AG & Anor* (2009)[19], — опираясь на аргументы английских коллег, судьи высказались в пользу применения регламентов Сингапурского международного арбитражного центра (SIAC), действующих на момент рассмотрения споров.

[18] Singapore Law Reports (Reissue). 2004. Vol. 4. P.19.

[19] Singapore Law Reports. 2010. Vol. 1. P. 625.

Решение вопроса о темпоральном конфликте арбитражных регламентов в Сингапуре осложнялось тем, что в период с 2001 по 2007 гг. SIAC администрировал разрешение споров по двум разным регламентам — один для международного арбитража, второй для внутреннего арбитража; применение первого или второго определяло, будут ли распространяться на арбитражное разбирательство законы о международном или о национальном арбитраже. Положения этих законов существенно отличались (например, в перечне оснований для отмены и оспаривания арбитражных решений и в степени вмешательства суда в арбитраж).

В деле *Black and Veatch Singapore Pte. Ltd. v. Jurong Engeneering Ltd.* 2004 г., рассмотренном Апелляционным судом Сингапура, в арбитражной оговорке стороны договорились о рассмотрении их споров в соответствии с регламентом, *принятым* (“*promulgated”*) SIAC. В момент заключения сторонами соглашения, в 2000 г., действовал только один регламент SIAC — для международного арбитража, а в момент возникновения спора действовали уже два — для международного арбитража и внутреннего арбитража. Апелляционные судьи поддержали решение нижестоящего суда и высказались в пользу применения регламента, действующего на момент рассмотрения спора. В решениях по этому делу прослеживаются две линии аргументации. Первая — интерпретация арбитражного соглашения. По мнению судей, цитированная оговорка сформулирована в очень общих словах; если бы стороны были намерены применить старый регламент, они бы указали его точное название, тем более что оно не менялось с 1991 г.. Такого же эффекта стороны могли бы достичь, включив в договор модельную арбитражную оговорку, содержавшуюся в старом регламенте. Аргументы Black and Veatch о том, что слово «*принятый*» (“*promulgated”),* а не «*который будет принят*» (“*to be promulgated*”), означает определенный, существовавший на момент заключения соглашения регламент, причем не любой

регламент (“*any rules”*), а конкретный регламент (“*rules“*), не показались судьям убедительными. Вторая линия аргументации касалась презумпции в пользу применения более поздних процессуальных правил, установленной в английских делах *Bunge v. Kruse* и *Peter Cremer v. Granaria BV.* Black and Veatch утверждали, что в настоящем деле есть основания для опровержения этой презумпции. Их представители отмечали, во-первых, что положения законов о внутреннем и международном арбитраже, которые будут применимы в зависимости от применения того или иного регламента, существенно отличаются. Суд отверг этот аргумент, указав на отсутствие в оговорке прямой отсылки к конкретному закону об арбитраже. Во-вторых, по мнению Black and Veatch, регламент внутреннего арбитража является не просто новой версией регламента, а новым сводом правил. Суд посчитал, что это вопрос формы, но не содержания[20]. Аргумент Black and Veatch о том, что воля сторон не могла быть направлена на применение регламента SIAC для внутреннего арбитража, поскольку на момент соглашения этого регламента не существовало, суд также оставил без внимания. Так суд пришел к выводу о применении более позднего регламента — для внутреннего арбитража.

Во втором деле *Car & Car Pte. Ltd. v. Volkswagen AG & Anor* (2009) в арбитражной оговорке стороны договорились о рассмотрении их споров в соответствии с «*действующим*» (“*for the time being in force”*) регламентом SIAC. В этом деле в момент заключения соглашения действовали вышеуказанные два регламента, которые к моменту рассмотрения спора были заменены единым регламентом для международного арбитража 2007 г. В решениях

[20] Это объяснение, однако, выглядит несколько упрощенным с учетом того, что регламент международного арбитража, действовавший на момент заключения сторонами соглашения, продолжил действовать и в момент рассмотрения спора, а регламент для внутреннего арбитража, в пользу применения которого высказался суд, был принят не вместо него, а параллельно с ним.

Верховного суда по данному делу прослеживаются те же линии аргументации, что в решении по делу *Black and Veatch Singapore Pte. Ltd. v. Jurong Engeneering Ltd*. Во-первых, судьи интерпретировали оговорку. Они отметили, что оговорка сформулирована в общих словах, прямого указания на применение регламента для внутреннего арбитража[21] в ней нет, а использование слова «*действующим*» (“*for the time being in force”*) (а не слов «*действующим на момент заключения соглашения*») следует интерпретировать как отсылку к регламенту, действующему на момент рассмотрения спора; именно такая интерпретация была придана этому слову в английских делах *National Coal Board v. Galley* (1958) и *Mayor of Westminster v. The Army and Navy Co-Operative Supply, Limited* (1902)[22] и в сингапурском *Navigator Investment Services Ltd. v. Acclaim Insurance Brokers, Pte*. (2010)[23]. Вторая линия аргументации касалась анализа презумпции о применении более поздних процессуальных правил. У судей не возникло сомнений в процессуальной природе регламента SIAC и, вслед за судьями в деле *Black and Veatch Singapore Pte. Ltd. v. Jurong Engeneering Ltd*. и в английских делах, к которым эта презумпция восходит, было вынесено решение в пользу редакции регламента, действовавшей на момент рассмотрения спора, регламента SIAC 2007 г. Применение определенного закона — о международном или внутреннем арбитраже, вытекающее из применения более позднего регламента, судьи посчитали

[21] Суд в этом месте сделал ссылку на ст. 2 Регламента SIAC для международного арбитража 2007 г., в соответствии с которой этот регламент применяется ко всем арбитражным соглашениям, которые содержат отсылку к регламенту SIAC и прямо не указывают на регламент SIAC для национального арбитража. На наш взгляд, такая ссылка имела бы смысл, если бы правило, содержащееся в ст. 2 Регламента 2007 г., содержалось в регламенте, действующем в момент заключения сторонами соглашения, а такое правило в старом регламенте отсутствует.

[22] Стоит отметить, что в этих делах слова «действующие» содержались в соглашениях сторон, но не в арбитражных соглашениях.

[23] Singapore Law Reports. 2010. Vol. 1. P. 38.

не более чем «материальным эффектом» процессуальных правил, который не имеет значения для определения применимой версии регламента.

c. Франция

Французские суды рассматривали вопрос об изменении арбитражных правил в следующем деле. Между компаниями *SNF SAS* и *Cytec Industries BV* возник спор, который был рассмотрен в ICC. В последующем вынесенное решение было отменено в Бельгии, где проходило арбитражное разбирательство, по основанию нарушения публичного порядка. SNF обратилась во французский суд с иском к ICC о взыскании убытков, причиненных вынесением неисполнимого решения, а также чрезмерно длительным рассмотрением дела. Вопрос о темпоральном конфликте арбитражных регламентов возник потому, что на момент заключения договора действовал регламент ICC 1988 г., а на момент начала арбитражного разбирательства — регламент ICC 1998 г. Разница, помимо прочего, была в том, что регламент 1988 г. не содержал оговорок, ограничивающих ответственность арбитражного института, в то время как регламент 1998 г. устанавливал, что ICC, а равно арбитры или его сотрудники, не несут ответственности за любые убытки, возникшие в связи с арбитражем. Суд первой инстанции посчитал, что должен применяться новый регламент. Парижский апелляционный суд в 2009 г., напротив, указал, что публикация арбитражного регламента представляет собой публичную оферту, которая акцептуется путем заключения сторонами арбитражной оговорки — а не направлением заявления об арбитраже. Следовательно, кроме случаев, когда стороны договорились об ином, применяется старая редакция арбитражного регламента. Впрочем, в рассматриваемом деле стороны путем обмена процессуальными документами согласовали применение более поздних арбитражных правил, вследствие чего в итоге

парижский суд признал применимой новую редакцию арбитражного регламента[24].

d. Германия

Верховный суд Германии рассматривал вопрос о коллизии арбитражных регламентов в 1985 г. В деле *III ZR 180/84* в период между заключением договора и возникновением спора изменились правила назначения арбитров. Верховный суд установил следующий общий принцип: стороны, избравшие постоянно действующий арбитраж и подчинившие разбирательство регламенту этого арбитража, обычно ожидают, что правила процедуры будут изменяться в свете изменения коммерческих отношений, изменений законодательства или судебной практики. Поэтому они одобряют последующие изменения правил арбитражного разбирательства, кроме случаев, когда эти изменения нарушают принцип добросовестности и направлены против заслуживающего уважения интереса сторон; однако стороны вправе указать, что они желают применения конкретной редакции регламента. Поскольку в рассматриваемом деле не было сомнений, что изменения арбитражных правил были направлены на обеспечение принципа беспристрастности арбитров в свете развивающейся судебной практики судов Германии, Верховный суд признал правомерным применение нового арбитражного регламента[25].

[24] *SNF SAS v. Chambre de commerce internationale*, Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 22 January 2009 // Revue de l'Arbitrage. Comité Français de l'Arbitrage. 2010. Vol. 2010 (2). Pp. 314–320.

Решение было вынесено парижским апелляционным судом; информации об иной позиции Кассационного суда не обнаружено. В работах 2013 г. рассматриваемое решение парижского апелляционного суда анализируется как действующая правовая позиция. *Hernando Díaz-Candia*. El Rol Jurisdiccional de Los Árbitros y Su Constructiva Evolución: Deberes y Responsabilidad // Revista del Club Español del Arbitraje. 2013. Vol. 2013 (6). Pp. 79–105.

[25] NJW-RR 1986, 1059–1060.

e. Италия

Итальянский правопорядок является единственным из рассмотренных при подготовке настоящей работы, в котором вопрос разрешен законодательно, а не на уровне судебной практики. В 2006 г. Гражданский процессуальный кодекс Италии, помимо прочего, был дополнен ст. 832, согласно абз. 3 которой, если стороны не договорились об ином, то применяется арбитражный регламент, имеющий силу на момент начала арбитражного разбирательства[26].

f. Швейцария

Федеральный трибунал Швейцарии имел возможность высказаться по вопросу о применимой версии арбитражного регламента в 1994 г. Договор был заключен сторонами в период действия регламента ICC 1975 г., в период действия этой же редакции регламента истец обратился в арбитраж. В последующем арбитражное решение было отменено государственным судом. Тем временем в силу вступил новый регламент ICC 1988 г., который, помимо прочего, предусматривал, что в случае отмены арбитражного решения вновь назначенный арбитр самостоятельно определяет, нужно ли заново проводить арбитражное разбирательство полностью или в какой-либо части. Федеральный трибунал, отдельно остановившийся на различных позициях ученых по вопросу, пришел к выводу о применении новой версии регламента, сославшись на следующие обстоятельства. Во-первых, применение процессуальных правил на момент совершения процессуального действия является общим принципом. Во-вторых, изменения регламента ICC была направлены на то, чтобы улучшить арбитражную процедуру, сделать ее более прозрачной и, в том числе, исключить

[26] См.: http://www.camera-arbitrale.it/Documenti/dlgs_2feb2006_en.pdf; *Poudret J.F., Besson S.* Comparative Law of International Arbitration. 2nd ed. London, 2007. P. 80. Para 108.

возможность затягивания процесса путем заявления новых требований, устранить пробелы старого регламента; в частности, одним из пробелов старого регламента 1975 г. было отсутствие указания на то, как развивается арбитражный процесс после отмены арбитражного решения. При этом новые правила не влекут структурных изменений регламента ICC, а также не содержат правил, которые могли бы удивить стороны. В-третьих, стороны включили арбитражную оговорку в коммерческий контракт, и, если попытаться установить их предполагаемую волю, вряд ли они пришли бы к иному решению, нежели чем принятое в новом регламенте. Решение Федерального трибунала важно тем, что в нем указаны изменения, которые Федеральный трибунал готов был посчитать существенными: изменение правил отвода арбитров, а также исключение или ограничение возможности обжаловать арбитражное решение[27].

g. Россия

Позиция российских государственных судов по рассматриваемому вопросу остается непонятной. На уровне кассационных судов было высказано соображение, что стороны вправе в арбитражной оговорке указать на применение более поздней версии арбитражного регламента[28]. Остается непонятной позиция Высшего Арбитражного Суда РФ (ВАС РФ) применительно к случаям, когда в арбитражной оговорке применимая версия регламента не определена однозначно. Этот вопрос рассматривался нижестоящими судами по двум делам, оба из которых в итоге дошли до Президиума ВАС РФ. Имела место коллизия между двумя версиями Регламента МКАС — 1994 г.,

[27] *Komplex v. Voest-Alpine Stahl A9*, Tribunal fédéral, lère Cour civile, 14 June 1990, ASA Bulletin. 1994. Vol. 12 (2). Pp. 226–229.

[28] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13.01.2010 г. по делу № А46–18839/2009.

действовавшая на момент заключения договора, и 2005 г., действовавшая на момент начала арбитражного разбирательства. По обоим делам суд первой инстанции — Арбитражный суд г. Москвы — высказался в пользу применений старой версии регламента[29].

При обжаловании определений в кассационную инстанцию мнения судей разделились: по первому делу суд кассационной инстанции признал вывод о применимости старой версии Регламента МКАС неверным, во втором деле — не высказался по этому вопросу, что, видимо, должно быть истолковано как согласие с соображениями суда первой инстанции. Судебные акты по обоим делам были в один и тот же день оставлены без изменения Президиумом ВАС РФ. Судебная коллегия, передавая споры для рассмотрения судом надзорной инстанции, призывала Президиум разрешить вопрос в пользу применения поздней версии правил, однако Президиум ВАС РФ не счел возможным это сделать. Поэтому осталось непонятным, какой из составов кассационного суда прав — не согласившийся с выводом о применении старой версии регламента или молчаливо согласившийся[30].

[29] Цитата из определения Арбитражного суда г. Москвы от 14.08.2008 г. по делу № А40–28757/08–25–228: «Учитывая, что на момент заключения указанного договора аренды, а также дополнительных соглашений к нему, и, соответственно, арбитражного соглашения, в МКАС при ТПП РФ действовал Регламент 1997 г. [sic], суд усматривает, что сторонами было согласовано применение в случае рассмотрения в МКАС при ТПП РФ спора согласно данному Регламенту, в связи с чем применение арбитражем Регламента 2005 г. при рассмотрении дела № 22/2007 является необоснованным, что свидетельствует о наличии основания для отмены оспариваемого решения МКАС при ТПП РФ, предусмотренного абз. 4 пп. 1 п. 2 ст. 34 Закона РФ «О МКА», поскольку процедура арбитражного разбирательства не соответствовала соглашению сторон».

[30] См.: постановления Президиума ВАС РФ от 19.05.2009 г. № 17481/08 и 17467/08, а также акты нижестоящих судов по приведенным делам.

IV. Позиция МКАС при ТПП РФ

В литературе отмечается, что споры о применимой версии арбитражного регламента МКАС при ТПП РФ имели определенную распространенность, что, в особенности, вызвано как переименованием арбитражного института, так и изменением названия его правил[31].

При разрешении конфликта между регламентами 1988 и 1995 г[32]. прослеживается следующая тенденция: если одна из сторон заявляла о применении старой версии регламента, составы арбитров удовлетворяли эту просьбу[33]. При молчании обеих сторон применялся Регламент 1995 г[34].

V. Анализ

a. Возможность постановки коллизионного вопроса

Как видно из вышеизложенного, суды различных государств по-разному подходят к вопросу о разрешении конфликта версий арбитражных регламентов. В решениях английских судов сильнее выражена идея в пользу применения новой версии арбитражного регламента, а оговорки на случай существенных изменений не делаются; в этом смысле примечательно решение *Cremer v. Granaria*, в котором судья, как кажется, отметил,

[31] *Васильев Е.А.* Арбитражное соглашение по новому Регламенту Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Журнал российского права. 2008. № 2 // СПС КонсультантПлюс.

[32] По некоторым делам арбитры воздерживались от выбора применимой версии, если положения старого и нового регламента совпадали: Решение МКАС при ТПП РФ от 15.04.96 г. по делу № 347/1995.

[33] Решение МКАС при ТПП РФ от 23.01.97 по делу № 424/1995.

[34] Решение МКАС при ТПП РФ от 03.02.2000 по делу № 427/1997; решение МКАС при ТПП РФ от 12.03.96 по делу № 218/1995.

что существенность изменений не имеет значения. В Германии и Швейцарии Верховные суды хотя и поддержали презумпцию в пользу применения новой версии регламента, но зарезервировали за стороной, законные ожидания которой чрезмерно ущемляются новыми правилами, возможность оспаривать применение новых регламентов. Наконец, решение французского суда, как оно понимается в литературе и практикующими юристами, установило в качестве общего правила применение старой версии арбитражного регламента.

В английском деле *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading* судья указал, что вопрос о конфликте версий арбитражных регламентов является правовым вопросом и регулируется китайским правом. В Италии вопрос же вообще разрешен на уровне законодательства.

Представляется, что вопрос о применимой версии арбитражной оговорки нельзя свести к исключительно фактическому вопросу об установлении волеизъявления сторон, явного или подразумеваемого. Напротив, вопрос толкования волеизъявления традиционно включается в объем договорного статута как вопрос права. Поэтому, по всей видимости, до разрешения вопроса о принципах определения применимой версии арбитражных правил необходимо решить коллизионный вопрос и определить *lex arbitri*[35].

b. Основной конфликт, возникающий при определении применимой версии арбитражного регламента

Статья 19 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» устанавливает, что при условии соблюдения положений

[35] См.: *Карабельников Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: Учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 100–101, параграф 2.7.

этого закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства третейским судом. Аналогичное положение предусматривают законы об арбитраже, принятые на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ. Это правило проистекает из договорной природы арбитража — компетенция арбитража на рассмотрение спора возникает исключительно из воли сторон, поэтому стороны вольны определить соответствующую их ожиданиям процедуру арбитражного разбирательства. На первый взгляд, вывод о том, что стороны желали подчинить арбитражную процедуру правилам, которые не существовали на момент заключения соглашения сторон, кажется абсурдным. Риск проведения арбитражного разбирательства в соответствии с процедурой, на которую стороны изначально не соглашались, сделал бы арбитражную процедуру непредсказуемой, а значит, мог бы в значительной мере подорвать доверие участников коммерческого оборота к институту арбитража[36].

Однако, как отмечается в литературе, правила, содержащиеся в арбитражных регламентах, в основном являются процессуальными. Для процессуальных правил свойственно применение нормы, эффективной на момент совершения процессуального действия. Такое применение процессуальных правил намного удобнее с административной точки зрения для лица или органа, которые будут применять эти правила[37]; видимо, именно этим и объясняется практически единодушный подход всех современных арбитражных регламентов к вопросу об их действии во времени. Вместе с тем механическое применение этого принципа, свойственного для процессуальных правил в государственных судах, вступило бы в непреодолимое

[36] *Shackelford E.* Party autonomy and regional harmonization of rules in international commercial arbitration // University of Pittsburgh Law Review. Vol. 67:897. P. 901.

[37] *Derains Y., Schwartz E.* Op. cit. P. 75.

противоречие с пониманием воли сторон как источника силы арбитражного решения[38]. Для объяснения того, почему воля сторон могла быть направлена в том числе и на применение новой редакции регламента, приводится такое рассуждение: стороны при заключении арбитражной оговорки предполагают прежде всего не конкретный свод процессуальных правил рассмотрения дела, а арбитражный институт, имеющий определенную репутацию. Стороны, передавая разрешение своего спора арбитражу, который администрирует уважаемый институт, также уполномочивают институт и на принятие время от времени новых процессуальных правил[39]. Едва ли разумно умолчание сторон по вопросу о применимой версии арбитражного регламента рассматривать как решение в пользу неизменного свода правил с учетом того, что в жизни арбитражные регламенты регулярно изменяются[40]. При описании новой редакции того или иного арбитражного регламента специалисты, как правило, отмечают, что динамика изменения правил положительная, а значит, применение новой редакции регламента не нарушает ожидания сторон[41]. В литературе также указывается, что широкое применение правила о рассмотрении спора по старому арбитражному регламенту привело бы к эффекту консервации арбитражного регламента. Действительно, если бы применялись правила, действовавшие на момент заключения арбитражного соглашения, составы арбитров и арбитражные институты были бы

[38] *Poudret J.F., Besson S.* Op. cit. P. 80. Para. 109.

[39] *Greenberg S., Mange F.* Op. cit. P. 201.

[40] *Blackaby N., Partasides C. et al.* Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford, 2009. Pp. 58–59.

[41] См., например: *Houzhi T.* The Recent revision of CIETAC Arbitration Rules // Biennal Conference of the International Federation of Commercial Arbitration, WIPO. 1998. P. 29; *Coppo, B.* The 2010 Revision of the Arbitration Rules of the Chamber of Arbitration of Milan // VJ. 2010. Vol. 14. P. 284; *Virbst H.* Cepani (Belgian Centre for Arbitration and Mediation) Modifies its Rules // Arbitration International. Vol. 17. 2001. Pp. 89–99.

вынуждены применять разные редакции арбитражного регламента в определенный период. Такие ожидания трудновыполнимы, их реализация неэффективна; это привело бы к тому, что арбитражные институты перестали бы проявлять инициативу в изменении регламентов, что повлекло бы стагнацию в развитии международного коммерческого арбитража как социального института. Кроме того, как только арбитражный институт перестает обновлять свои правила, он перестает быть конкурентоспособным профессиональным институтом, поскольку его правила устаревают и процедура проведения арбитража становится менее эффективной[42]. Указывается, что применение старых правил является необычным, поэтому такая нестандартная договоренность сторон об этом должна быть выражена явно[43].

Решение вопроса о применимой версии арбитражного регламента достигается путем балансирования указанных двух принципов: с одной стороны, договорной природы арбитража, с другой — процессуальной природой арбитражных регламентов.

c. Разграничение материальных и процессуальных положений, содержащихся в арбитражных регламентах

В английских судебных решениях с дела *Bunge v. Kruse* проводится разграничение между инкорпорацией в соглашение частных лиц определенного свода правил, регулирующих по преимуществу, с одной стороны, процессуальные, а с другой — материальные отношения, а также делается вывод, что материальные своды правил применяются в редакции на момент инкорпорации, а процессуальные — в том виде, в котором они

[42] *Shackelford E.* Op. cit. Pp. 903–904.

[43] *Kellerhals F., Berger B.* Erste Erfahrungen mit den Swiss Rules of International Arbitration // Anwalts Revue de L'Avocat. No 4. 2005. P. 161.

будут существовать на момент совершения процессуального действия. Представляется, что эта идея является плодотворной при разрешении вопроса о конфликте версий арбитражных регламентов, в особенности это видно при анализе дела парижского апелляционного суда 2009 г., которое явно выбивается из общей тенденции. Есть подозрение, что это в значительной мере связано со спецификой заявленного требования по этому делу: истец требовал от ICC возмещения вреда, причиненного некачественным, как полагал истец, администрированием дела. Конфликт версий арбитражных регламентов в этом деле состоял в том, что старые правила ICC не содержали норму об ограничении ответственности. Соответственно, ICC была заинтересована в применении новой редакции регламента, а истец — в старой.

Фабула рассмотренного французским судом дела, кстати сказать, показывает, что отнюдь не всякие изменения арбитражного регламента могут делаться в интересах сторон; другой яркий пример изменения арбитражного регламента, которое вовсе не отвечает интересам сторон, — это увеличение арбитражных сборов.

Однако, как представляется, вопрос об ограничении ответственности арбитражного института за небрежность при администрировании им дела является вопросом материального права, а отнюдь не процессуальным вопросом. Поэтому применение версии регламента, действовавшего на момент заключения договора, представляется правильным. В таких обстоятельствах решающее значение приобретает вопрос о моменте заключения договора между сторонами и арбитражным институтом. Парижский апелляционный суд высказался в пользу того, что такой договор заключается следующим образом: публикация арбитражным институтом арбитражных правил рассматривается как оферта, а подписание сторонами материального правоотношения

арбитражного соглашения считается акцептом. Впрочем, в литературе этот подход оспаривается: поскольку арбитражный институт не знает о том, что он указан в арбитражной оговорке, то возникает вопрос о том, получен ли акцепт оферентом; обосновывается, что более соответствует действительности рассмотрение публикации арбитражных правил как приглашения делать оферты, обращения истца в арбитраж — как оферты, а действий арбитражного института по администрированию дела — как акцепта[44].

Таким образом, представляется, что суждение парижского апелляционного суда о применении по умолчанию старой версии арбитражного регламента необходимо сводить только к тем случаям, когда речь идет о материально-правовых положениях, содержащихся в этом регламенте.

Другим вопросом, который обычно регулируется арбитражными регламентами, но который по существу, как кажется, должен относиться к материально-правовым, является вопрос о плате, взимаемой арбитражным институтом за услуги по рассмотрению дела, или, иначе, об арбитражном сборе. В этом вопросе обращает на себя внимание положение п. 11 Положения о сборах и расходах МКАС, которое, в отличие от общего правила параграфа 48 Регламента, позволяющего сторонам договориться о применимости версии регламента МКАС, существовавшей на момент заключения договора, устанавливает, что размер арбитражного сбора определяется по правилам, действующим на момент начала рассмотрения спора, и это правило не может быть изменено соглашением сторон[45].

[44] *Onyeta E.* International commercial arbitration and the arbitrator's contract. NY, 2010. P. 108–110.

[45] *Зыкин И.С.* Новый Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. *А.С. Комарова*. М., 2007 // СПС «Консультант Плюс».

d. Алгоритм определения применимой версии арбитражного регламента

С учетом приведенной позиции различных правопорядков представляется возможным очертить следующий алгоритм определения применимой версии арбитражного регламента[46].

Сначала надлежит выяснить, есть ли соглашение сторон о том, что к спору применяется конкретная версия арбитражного регламента. Такое соглашение, очевидно, имеется, если в оговорке указана дата принятия регламента. По всей видимости, также заслуживает поддержки выводимое из приведенных выше дел соображение о том, что указание на то, что арбитражные правила становятся неотъемлемой частью договора, не свидетельствует о согласовании конкретной версии регламента.

Если соглашение сторон о применении соответствующей версии регламента достигнуто, возникает вопрос о том, согласится ли арбитражный институт администрировать рассмотрение дела по старому регламенту. Так, отказ от проведения разбирательства по старым правилам может следовать из регламента института (например, приведенная выше ст. 59 правил Торговой палаты Цюриха). Поскольку арбитражному институту ранее удавалось администрировать дело по старому регламенту, сомнительно, чтобы указание в арбитражном соглашении на применение старой версии арбитражного регламента могло привести к отказу

[46] При описании алгоритма определения применимой версии регламента мы оставляем в стороне достаточно маргинальную позицию, согласно которой могут применяться арбитражные правила, актуальные не на момент начала разбирательства, а на момент вынесения решения. Критику такого подхода см. в: *Poudret J.F., Besson S.* Op. cit. P. 80. Para. 109.

института от администрирования процедуры; впрочем, как минимум в одном деле *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading* английский судья счел доказанным, что CIETAC отказался бы администрировать процедуру по предыдущей версии регламента.

Если *prima facie* стороны договорились о применении конкретной версии арбитражного регламента и арбитражный институт не намерен отказываться от администрирования дела, то арбитражному институту надлежит начинать администрирование дела по старому регламенту. Если арбитры в последующем убедятся, что стороны договорились о применении конкретной версии арбитражного регламента, то и им следует рассматривать дело с учетом ранее действовавшего регламента.

Если соглашение сторон о применении конкретной версии арбитражного регламента отсутствует, то следует выяснить, имелось ли в арбитражных правилах, существовавших на момент заключения арбитражной оговорки, положение о применении к спору той версии регламента, которая будет действовать на момент начала рассмотрения спора[47]. Обращение именно к старой версии регламента обусловлено договорной природой арбитража: сославшись в договоре на определенные правила институционального арбитража, стороны инкорпорировали в свое соглашение тот текст правил, который существовал на момент заключения договора. Поэтому представляется совершенно неверным обоснование применения новой версии арбитражных регламентов тем, что в новой версии — в той, которая на момент заключения договора не существовала, — имеется указание на применение арбитражного регламента с учетом последующих

[47] *Poudret J.F., Besson S.* Op. cit. P. 80. Para. 109; *Derains Y., Schwartz E.* Guide to the ICC Rules of Arbitration. 2nd ed., 2005. P. 76.

изменений[48]. Наличие в правилах, действовавших на момент заключения арбитражного соглашения, положения о действии арбитражного регламента с учетом будущих изменений дает серьезные основания полагать, что стороны согласились на последующее изменение арбитражного регламента. Однако это предположение, на наш взгляд, может быть опровергнуто в случаях, описанных ниже.

Если нет соглашения о применимой версии арбитражного регламента, и при этом регламент, действовавший на момент заключения арбитражного соглашения, не содержал правила о применении арбитражного регламента с учетом последующих изменений, вывод о применении новой версии регламента может делаться только на основании сложившегося в соответствующем правопорядке подхода к толкованию арбитражных соглашений. Несмотря на то, что презумпция в пользу применения новой версии регламента находит значительную поддержку, в некоторых авторитетных исследованиях отмечается, что воля на подчинение арбитражного разбирательства новому регламенту должна следовать из явного или подразумеваемого соглашения сторон[49]. Во всяком случае, вне зависимости от того, признавать презумпцию применения нового регламента или нет, применение новой версии арбитражного регламента не допускается, если внесенные в регламент изменения являются значительными.

[48] См.: определение ВАС РФ от 29.12.2009 г. № ВАС-15525/09 и акты нижестоящих судов по этому же делу: на момент заключения договора в 1995 г. Регламент МКАС не содержал указания на применение регламента с учетом будущих изменений; такое указание было в Регламенте 2005 г. — суды сослались на положение нового Регламента. Тем обиднее, что в этом деле искомое положение, ради которого решался вопрос о темпоральном конфликте, — об окончательности решения арбитров, — содержалось в самом тексте арбитражного соглашения, и, кроме того, заявитель не возражал против применения новой версии правил в арбитраже, поэтому неверный вывод о применении новых правил можно было и не делать.

[49] *von Segesser G., Schramm D.* Swiss Private Law Act (Chapter 12), Article 182 // *Mistellis L.* Concise International Arbitration. Alphen aan den Rijn, 2010. P. 930–934.

Вопрос о критерии значительности изменений регламента, как отмечается в литературе, мало исследован[50]. Немецкий и швейцарский Верховные суды высказались в пользу того, что стороны связаны последующими изменениями арбитражных правил, за исключением случаев существенности внесенных изменений. Верховный суд Германии, описывая опровергающие презумпцию применения новой версии регламента, дал общее описание: нормы, которые нарушают принцип доброй совести и направлены против заслуживающего уважения интереса сторон. Верховный суд Швейцарии высказался более детально: опровергающие презумпцию применения нового регламента правила должны быть структурно либо существенно отличающимися от ранее действовавших, и содержащиеся в таких правилах решения должны быть нерациональными или удивительными[51]. Швейцарский суд также привел примеры таких правил — изменение порядка отвода арбитров и ограничение возможности оспаривать арбитражное решение. В последующем в литературе была высказана позиция, что введение упрощенной процедуры нельзя рассматривать как существенное изменение арбитражных правил[52].

При понимании решения немецкого и швейцарского судов нужно учитывать, что эти решения, как видно из текстов судебных актов, принимались в обстоятельствах, когда арбитражные регламенты не содержали переходных положений. Возникает вопрос, будет ли правильным применять эти положения и в тех

[50] *Schwarz F., Konrad C.* The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria. Kluwer Law International 2009. P. 777. Para 37–010.

[51] *Scherer M.* Acceleration of Arbitration Proceedings — the Swiss Way: The expedited Procedure under the Swiss Rules of International Arbitration // Zeitschrift für Schiedsverfahren. Heft 5. September/Oktober 2005. P. 231.

[52] *La Spada F.* Section V. Expedited Procedure // *Zuberbüller T., Müller C., Habegger P.* Swiss Rules of International Arbitration. Commentary. Zürich. 2005. P. 353; *Scherer M.* New Rules of International Arbitration in Switzerland // International Arbitration Law Review. 2004. Pp. 120–121.

случаях, когда арбитражные правила, действовавшие на момент заключения арбитражного соглашения, оговаривали возможность изменения правил?

Представляется, что на случай неожиданных изменений процессуальных правил оговорка о возможности изменения регламента в старой версии не исключает права сторон возражать против применения новой версии регламента. В качестве примера изменений, которые оказались совершенно неожиданными для сторон, приводится новая ст. 21 (5) Швейцарских правил, согласно которой арбитраж вправе рассмотреть заявление о зачете встречного требования даже в том случае, если зачитываемое встречное требование не покрывается арбитражной оговоркой. Такое положение арбитражных правил приводит к тому, что в компетенцию арбитров попадают споры, которые стороны не намеревались передать в арбитраж. Это изменение в литературе рассматривается как достаточно существенное, чтобы опровергнуть презумпцию применения новой версии регламента[53].

В качестве примера неожиданного изменения арбитражных правил можно привести изменение порядка назначения председателя при рассмотрении спора тремя арбитрами по Регламенту МКАС 1994 и 2005 г. Старая версия Регламента в параграфе 20 устанавливала, что по умолчанию председатель назначается арбитрами, избранными сторонами. Параграф 17 действующего Регламента МКАС указывает на назначение председателя Президиумом МКАС. В обоснование довода о существенности этого изменения можно сослаться на авторитетное суждение Верховного суда Швейцарии: если изменение правил об отводе арбитров было признано неожиданным изменением правил,

[53] *Schwarz F., Konrad C.* Op. cit. P. 777. Para 37–010; *Poudret J.F., Besson S.* Op. cit. P. 80. Para. 109; *Shackelford E.* Op. cit. Pp. 911–912.

то не вызывает сомнения неожиданность и существенность изменения порядка назначения ключевой фигуры — председателя состава арбитров. Вдобавок к этому, Регламент МКАС 1994 г. не содержал правила о применении более поздней версии регламента в случае изменения.

При разрешении вопроса о том, применять ли старый либо новый регламент в случае неожиданных изменений, нужно признать обоснованным подход, согласно которому неожиданность изменений парализует лишь применение отдельных неожиданных положений, но не всего нового свода правил. Новые арбитражные правила в той их части, в которой они не противоречат обоснованным ожиданиям сторон, могут применяться[54].

В случае если сторона просит отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения по причине применения ненадлежащего свода арбитражных правил, прежде всего необходимо выяснить, заявляла ли сторона при рассмотрении дела в арбитраже о применении старых правил. Отсутствие такого заявления, как представляется, исключает возможность отказа в признании и приведении в исполнение решения по этому основанию[55]. Если же заявление не было удовлетворено арбитрами, то государственные суды — как показывают приведенные выше судебные акты — считают себя вправе рассматривать вопрос о темпоральном конфликте. Само по себе неверное определение применимой редакции арбитражных правил не является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения; необходимо, чтобы применение не подлежащих применению правил

[54] *Poudret J.F., Besson S.* Op. cit. P. 80. Para. 109.

[55] Определение ВАС РФ от 29.12.2009 г. № ВАС-15525/09; *China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading.*

привело к последствиям ст. V (1) (d) Нью-Йоркской конвенции 1958 г[56]. Однако ни в одном из известных нам дел — за исключением российского суда первой инстанции, высказавшегося за то, что темпоральный конфликт является основанием отмены решения арбитров, однако осталось непонятным, что об этом суждении думают вышестоящие суды[57], — государственный суд не усмотрел ошибочного определения применимой версии арбитражного регламента. Поэтому практика применения несоответствующей версии арбитражного регламента как основания для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения в настоящее время отсутствует.

VI. Заключение

Таким образом, в международном коммерческом арбитраже существует сильная презумпция в пользу применения версии арбитражного регламента института, действующей на момент начала арбитражного разбирательства. Эта презумпция, однако, не должна действовать в отношении материально-правовых правил, содержащихся в арбитражном регламенте. Кроме того, эта презумпция не должна распространяться на случаи неожиданного изменения арбитражных правил, которое стороны не могли предвидеть. Если применение неверно определенной версии арбитражных правил привело к существенному нарушению согласованной сторонами процедуры рассмотрения дела, это может стать основанием для отмены арбитражного решения либо для отказа в приведении его в исполнение, однако такие случаи нам не известны.

[56] *von Segesser G., Schramm D.* Op. cit. Pp. 930–934.

[57] См.: постановления Президиума ВАС от 19.05.2009 г. № 17481/08 и 17467/08.

Е.А. Рубинина,
магистр права Университетов Оксфорда и Гарварда,
юрист, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Лондон

ПРИВИЛЕГИИ В ОБЛАСТИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ С УЧАСТИЕМ РОССИЙСКИХ КОМПАНИЙ

Вступление

Под доказательственными привилегиями (*privilege*) понимается исключение из материалов дела или признание недопустимыми документов или свидетельских показаний с целью защиты определенных законом интересов, например, адвокатской тайны, тайны переговоров и т.п.

Понятие доказательственных привилегий сформировалось в рамках гражданского и уголовного процесса, однако все чаще и чаще вопрос об их применении возникает не только в государственных судах, но и в международном арбитраже. Допустимость доказательств, защищенных доказательственными привилегиями, широко обсуждается зарубежными специалистами по международному арбитражу. Сфера распространения и юридическое действие доказательственных привилегий варьируются в различных правовых системах. Большинство юрисдикций, в которых международный арбитраж является развитым, признают доказательственные привилегии либо на основе законодательных норм, либо на основе норм профессиональной этики. Признание и применение правил о доказательственных привилегиях закрепляется в Правилах Международной Ассоциации

Юристов (Правила МАЮ) по получению доказательств в международном коммерческом арбитраже 2010 г[1]. Статья 9 (2)–(3) Правил МАЮ дает арбитрам право исключить из доказательств какой-либо документ на основании *«юридического запрета или привилегии в силу правовых или этических норм, которые Состав арбитража сочтет применимыми»*; при этом арбитры вправе ссылаться на *«любые императивные правовые или этические нормы»*, которые они сочтут применимыми.

В настоящей работе дается краткий обзор зарубежного и российского права в области доказательственных привилегий в международном арбитраже. В отсутствие понятия о доказательственных привилегиях как такового в российском праве даются рекомендации о подходе, который следует применять составу арбитража при возникновении вопроса о доказательственных привилегиях в арбитраже с участием российской стороны.

1. Доказательственные привилегии в зарубежных правовых системах

Причиной возникновения института доказательственных привилегий явилась необходимость защиты конфиденциальности в определенных отношениях. Во многих правовых системах существуют различные виды доказательственных привилегий, например, адвокатская тайна, супружеская тайна, тайна переговоров, тайна исповеди, парламентская тайна, и т.п. В основе защиты тайны переписки в рамках таких отношений лежит представление о том, что разглашение таких сведений подорвет их особый доверительный характер. Например, считается, что полная откровенность клиента перед адвокатом служит интересам

[1] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

правосудия и обеспечивает получение каждым полноценной юридической помощи; разглашение в суде сведений, сообщенных клиентом адвокату, послужит препятствием для полной откровенности клиента перед адвокатом, в то время как гарантия конфиденциальности таких сообщений, напротив, поощряет такую откровенность.

В зависимости от правовой системы нормы, закрепляющие доказательственные привилегии, могут носить как процессуальный, так и материально-правовой характер. Отдельные виды привилегий могут устанавливаться не законодательными нормами, а являться правилами профессиональной этики, в особенности в континентальных правовых системах.

Хотя институт доказательственных привилегий изначально сформировался в контексте разбирательства перед государственными судами, в настоящее время они находят применение и в международном коммерческом арбитраже[2].

Приводим ниже краткий обзор правил о доказательственных привилегиях в юрисдикциях, имеющих особое значение для международного коммерческого арбитража.

Англо-американские правовые системы

Англия

В Англии признаются две основные разновидности доказательственных привилегий — адвокатская тайна (*legal advice privilege*) и тайна подготовки к судебному разбирательству (*litigation privilege*)[3]. Адвокатская тайна распространяется

[2] См., например: *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. 2012. P. 801.

[3] Также иногда в русскоязычной литературе именуется «тайна расследования». См.: *Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж; пер. с англ. / Под ред. *Р.М. Ходыкина*. М.: Инфотропик Медиа, 2012. (§ 3.22).

на конфиденциальные сообщения между адвокатом и его клиентом в соответствующем правовом контексте[4]. При этом такая привилегия распространяется как на общение с внешним юрисконсультом, так и с юрисконсультом, являющимся работником клиента. Тайна подготовки к судебному разбирательству применяется к конфиденциальным сообщениям, сделанным между адвокатом и клиентом, либо между клиентом и третьим лицом в целях подготовки к судебному разбирательству[5]. Английское право рассматривает данные разновидности доказательственных привилегий в качестве материально-правовой нормы[6]. Английскому праву известны также другие виды доказательственных привилегий. Например, английское право признает привилегию в отношении документов или сообщений, подготовленных или сделанных в связи с переговорами о мировом разрешении спора (*without prejudice privilege*)[7].

США

В США правила о доказательственных привилегиях устанавливаются как на федеральном уровне, так и на уровне отдельных штатов. Правовое регулирование доказательственных привилегий в США во многом схоже с правом Англии. В рамках адвокатской привилегии (*attorney — client privilege*) защищаются конфиденциальные сообщения между адвокатом и клиентом, сделанные в ходе оказания юридических услуг[8]. В рамках тайны «рабочего продукта» (*work product privilege*) защищаются от раскрытия в судопроизводстве документы, подготовленные

[4] См.: *Thanki B.* The Law of Privilege. 2011. § 2.01.

[5] Там же, § 3.01.

[6] *Three Rivers D.C. v Governor and Company of the Bank of England (No 6)* [2005] 1 AC 610.

[7] См.: *Thanki B.* Op. cit. § 7.03.

[8] См.: *In re Air Crash Disaster at Sioux City* 133 FRD 151, 518 (N.D. Ill. 1990).

адвокатом в преддверии судебного процесса[9]. Право США также признает, помимо прочего, такие доказательственные привилегии, как медицинская тайна *(doctor-patient privilege*), супружеская тайна (*spousal privilege*), тайна переговоров, связанных с мировым разрешением споров (*settlement privilege*), и некоторые другие. Доказательственные привилегии считаются материально-правовыми по праву США.

Континентальные правовые системы

Франция

В отличие от стран с англосаксонской правовой системой, во Франции институт доказательственных привилегий основывается на правилах профессиональной адвокатской этики[10]. Адвокаты несут обязательство по сохранению конфиденциальности по отношению к своим клиентам. В частности, французское законодательство предусматривает, что письменные сообщения, которыми адвокат обменялся с клиентом или с противоположной стороной по делу клиента, подпадают под защиту профессиональной адвокатской тайны[11]. Институт доказательственной привилегии рассматривается как процессуально-правовой по французскому праву.

Швеция

В основе доказательственных привилегий по шведскому праву, так же, как и во Франции, лежат этические правила, регулирующие деятельность шведских юристов и адвокатов. Так, конфиденциальность закрепляется в Кодексе поведения Шведской Адвокатской Ассоциации[12]. Конфиденциальность и доказательственные привилегии являются исключением из обязательства о даче свидетельских показаний в соответствии с Кодексом Судебного Процесса[13]. Примечательно, что объем доказательственных привилегий, предоставляемых шведским юристам, различается в зависимости от того, имеет ли данный юрист статус шведского адвоката (*advokat*): на информацию, полученную адвокатами или их помощниками, доказательственная привилегия распространяется в полном объеме, в то время как на информацию, полученную юристами, не являющимися адвокатами, привилегия распространяется лишь в том случае, когда данная информация была передана с целью подготовки к судебному разбирательству[14]. Кодекс поведения Шведской Адвокатской Ассоциации также запрещает адвокатам ссылаться в судебном разбирательстве на предложение о заключении мирового соглашения, сделанное другой стороной в споре[15]. Доказательственные привилегии в Швеции считаются нормами процессуального права.

Приведенный выше краткий сравнительно-правовой обзор правил о доказательственных привилегиях в различных юрисдикциях показывает, что во всех юрисдикциях в той или иной форме признается невозможность использования в качестве доказательств сообщений, сделанных, в частности, между адвокатом и клиентом, или в связи с подготовкой к судебному разбирательству. Однако детали применения такого принципа могут существенно отличаться. К примеру, различные правовые системы по-разному отвечают на вопрос о том, распространяются ли доказательственные привилегии на сообщения с юрисконсультом, состоящим в трудовых отношениях с клиентом (*in-house counsel*)[16].

[9] См.: Правило 26 (b) (3) Федеральных Правил Гражданского Процесса.

[10] См.: Закон 31 декабря 1971 г. о статусе адвокатов; Кодекс поведения Французской адвокатской ассоциации, ст. 2.

[11] Там же, ст. 2 и 3.

[12] См.: *International Bar Association.* Privilege and Confidentiality: an International Handbook. 2012. § 16.4.

[13] См.: Глава 36, Секция 5, Шведский Кодекс Судебного Процесса.

[14] *International Bar Association.* Op. cit. § 16.1, 16.5.

[15] Кодекс поведения Шведской Адвокатской Ассоциации, ст. 5.7.

[16] См.: *Berger K. P.* Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion // Arbitration International. 2006. № 22. P. 504–505.

Отличается также подход к рассмотрению норм о доказательственных привилегиях в качестве материально-правовых или процессуально-правовых.

Поскольку вопрос о доказательственных привилегиях, применимых в международном арбитраже, как правило, не регулируется ни применимым законом о международном арбитраже, ни арбитражным регламентом[17], ни соглашением сторон, возникают вопросы о том, какое право применимо к доказательственным привилегиям. Выбор применимого права осложняется отсутствием единого мнения в различных правовых системах по поводу природы доказательственных привилегий — процессуальной либо материально-правовой. В отсутствие единой общепризнанной коллизионной нормы арбитры могут использовать следующие подходы.

Право, применимое к договору (Lex Causae). Если исходить из материально-правовой природы доказательственных привилегий, наиболее очевидным выбором является применение к вопросу о доказательственных привилегиях материального права договора, выбранного сторонами, либо применимого в силу правил международного частного права. В то же время, как отмечается комментаторами, на практике стороны редко задумываются о нормах права, применимых к доказательственным привилегиям, на стадии заключения договора и выбора применимого к нему права[18]. Стороны вряд ли предполагают, что

[17] Исключением являются Международный Арбитражный Регламент 2010 г. Американской Арбитражной Ассоциации (AAA International Dispute Resolution Procedures), ст. 20.6, а также различные Правила Международного Института по Предотвращению и Разрешению Конфликтов, например, CPR Administered Arbitration Rules, Art 12.1. Данные регламенты напрямую предусматривают применение арбитрами правил о доказательственных привилегиях, в частности, адвокатской тайны.

[18] *Rosher P.* The Application and Scope of Attorney-Client Privilege in International Arbitration // Stockholm International Arbitration Review. 2007. № 2. P. 16; *Schlabrendorff F.*

выбранное ими материальное право будет применяться к доказательственным привилегиям. Нередко стороны соглашаются о применении к договору материального права, не имеющего никакого отношения к юрисдикциям, в которых находятся стороны (например, выбор английского права в кредитном договоре между французским банком и российским заемщиком). Поэтому большинство комментаторов сходится во мнении, что автоматическое применение материального права договора к доказательственным привилегиям не будет отвечать намерениям сторон и будет не вполне справедливым[19].

Применение права места проведения арбитража (Lex Arbitri). С точки зрения процессуально-правового подхода к природе доказательственных привилегий, состав арбитража может принять решение о применении норм о доказательственных привилегиях в соответствии с правом места проведения арбитража (*lex arbitri*). Как отмечалось выше, в большинстве случаев право места проведения арбитража не содержит специальных правил о доказательственных привилегиях, применимых в международном арбитраже, поэтому приходится обращаться к правилам, применимых в государственных судах места арбитража[20]. В этом заключается основной недостаток использования права места проведения арбитража: как и в ситуации с материальным правом, применимым к договору, стороны, скорее всего, не рассчитывали на применение к доказательственным привилегиям правил, применяемых в государственных судах места проведения арбитража[21]. Более того, если стороны заранее не договорились о месте проведения

von, Sheppard A. Conflict of Legal Privileges in International Arbitration // Liber amicorum Briner. 2005. P. 770; *Tevendale C., Cartwright-Finch U.* Privilege in International Arbitration: Is it time to recognize the consensus? // Journal of International Arbitration. 2009. P. 830.

[19] *Rosher P.* Op. cit. P. 16; *Schlabrendorff F. von, Sheppard A.* Op. cit. P. 770; *Tevendale C., Cartwright-Finch U.* Op. cit. P. 830; *Waincymer J.* Op. cit. P. 802.

[20] См. также: *Rosher P.* Op. cit. P. 17–18.

[21] Там же.

арбитража, и оно было выбрано арбитражным институтом, такой выбор вносит элемент непредсказуемости в вопрос о праве, применимом к доказательственным привилегиям, поскольку стороны не смогут знать заранее, если те или иные сообщения будут защищаться от раскрытия в разбирательстве[22].

Принцип наиболее тесной связи. Данный принцип позволяет составу арбитража проявить гибкость при выборе применимых правил о доказательственных привилегиях и принять во внимание ряд факторов[23], такие как:

- Право страны, в которой было сделано сообщение или подготовлен документ;
- Право страны, в которой находится соответствующий документ;
- Право страны, где домицилирована сторона, ссылающаяся на доказательственную привилегию;
- Право страны, где домицилирована сторона, требующая раскрытия документа;
- Право страны, применяющееся к адвокатам той или другой стороны.

Преимуществом принципа наиболее тесной связи является принятие во внимание интересов, ожиданий и намерений сторон[24].

[22] См.: *Waincymer J.* Op. cit. P. 803.
[23] См.: *Tevendale C., Cartwright-Finch U.* Op. cit. P. 831; *Santiago Tawil G., Minorini Lima I.* Privilege-Related Issues in International Arbitration // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. 2009. P. 40.
[24] См.: *Tevendale C., Cartwright-Finch U.* Op. cit. P. 831.

В качестве недостатков данного метода комментаторы отмечают его непредсказуемость в силу большого числа факторов, которые арбитры потенциально могут принять во внимание, а также возможность применения различных правил к каждой из сторон, что могло бы иметь своим последствием предоставление несправедливых преимуществ одной из сторон спора по сравнению к другой[25].

Принцип наиболее благоприятного правила. Многие комментаторы сходятся во мнении, что данный метод является наиболее подходящим для международного арбитража[26]. Он предусматривает применение права той юрисдикции, которая обеспечивает максимальный объем доказательственной привилегии. Таким образом, ни одна из сторон не будет вынуждена раскрыть сообщения или документы, которые не подлежат раскрытию, в соответствии с ее личным законом[27].

Принцип наименее благоприятного правила. Этот принцип заключается в нахождении «наименьшего общего знаменателя» в отношении правила о доказательственных привилегиях. Данный подход менее популярен, нежели принцип наиболее благоприятного правила, поскольку он дает основание одной из сторон жаловаться на то, что она была лишена доказательственной привилегии, предоставляемой ей по ее личному закону[28].

Транснациональный подход. Многие комментаторы отмечают, что, несмотря на разногласия по поводу деталей применения доказательственных привилегий в различных юрисдикциях,

[25] См.: *Rosher P.* Op. cit. P. 20; *Waincymer J.* Op. cit. P. 804.
[26] См.: *Rosher P. Op. cit.* P. 23; *Schlabrendorff F. von, Sheppard A.* Op. cit. P. 772; *Santiago Tawil G., Minorini Lima I.* Op. cit. P. 41.
[27] См.: *Rosher P. Op. cit.* P. 23.
[28] *Tevendale C., Cartwright-Finch U.* Op. cit. P. 834.

наблюдается сближение между различными правовыми системами по общим принципам применения доказательственных привилегий[29]. Шагом в этом направлении явилось принятие в 2010 г. новой редакции Правил МАЮ, предусматривающей в ст. 9 (3) применение составом арбитража ряда общих принципов, в частности, принятие во внимание следующих факторов: *«(a) необходимость сохранения конфиденциальности Документа, заявления или устного сообщения, соответственно составленного или сделанного в целях и в связи с предоставлением или получением юридической помощи; (b) необходимость сохранения конфиденциальности Документа, заявления или устного сообщения, соответственно составленного или сделанного в целях и в связи с переговорами о мирном урегулировании спора; (c) ожидания Сторон и их консультантов на момент возникновения юридического запрета или привилегии; (d) возможный отказ от применимого юридического запрета или привилегии посредством согласия, раскрытия в прошлом, сознательного использования Документа, заявления, устного сообщения или содержащейся в них рекомендации либо иным образом; и (e) необходимость обеспечить справедливость и равенство в отношении Сторон, особенно если они являются субъектами различных юридических или этических норм»*[30]. В частности, применение привилегии в отношении сообщений или документов, сделанных или составленных в связи с переговорами о мирном урегулировании, признается некоторыми комментаторами в качестве некоего транснационального правила, или нормы *lex mercatoria*[31].

[29] Ibid. P. 836–839; *Berger K.P.* Op. cit. P. 514–515.

[30] При этом стоит отметить, что данные принципы применяются постольку, поскольку это допускается любыми императивными правовыми или этическими нормами, которые Состав арбитража сочтет применимыми. См.: ст. 9 (3) Правил МАЮ.

[31] *Berger K.P.* The Settlement Privilege // Arbitration International. 2008. № 2. P. 266.

2. Доказательственные привилегии в России

Российское право содержит относительно небольшое количество норм о доказательственных привилегиях. Само по себе понятие доказательственной привилегии в российском праве не используется[32], за исключением тех случаев, когда речь идет о применении международных договоров, в которых содержится упоминание данного понятия[33].

Доказательственные привилегии по российскому праву получили свое развитие преимущественно в контексте уголовного процесса[34]. Статья 51 Конституции РФ предусматривает привилегию от дачи показаний, предоставляя право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга и близких родственников.

Наиболее развитой разновидностью доказательственных привилегий по российскому праву является адвокатская тайна. Статья 8 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон об адвокатуре) предусматривает, что адвокатской тайной являются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю, а также что адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Статья 6 Закона

[32] См.: Комментарий Рабочей группы по подготовке русского перевода Правил МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже, с. 2. http://goo.gl/NdqiQ.

[33] Например, ст. 11 Гаагской конвенции 1970 г. о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам. См.: *Ходыкин Р.М.* Вопросы применения Гаагской конвенции 1970 года о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 2. С. 1–2.

[34] См.: *Kurochkin D.* Legal Privilege and Confidentiality in Russia // Privilege and Confidentiality: An International Handbook. 2012. Para 13.2.

об адвокатуре устанавливает запрет на разглашение адвокатом сведений, составляющих адвокатскую тайну. Данный запрет распространяется на стажеров и помощников адвокатов, а также иных сотрудников адвокатских образований (ст. 18, 27 и 28 Закона об адвокатуре).

Кодекс профессиональной этики адвоката[35] в ст. 6 также закрепляет принцип адвокатской тайны. Кодекс профессиональной этики адвоката не только запрещает адвокатам давать свидетельские показания по обстоятельствам, которые стали ему известны в связи с исполнением служебных обязанностей, но и распространяет правила сохранения адвокатской тайны на факт обращения к адвокату, включая имена и названия доверителей; все доказательства и документы, собранные адвокатом в ходе подготовки к делу; сведения, полученные адвокатом от доверителей; информацию о доверителе, ставшую известной адвокату в процессе оказания юридической помощи; содержание правовых советов, данных непосредственно доверителю или ему предназначенных; все адвокатское производство по делу; условия соглашения об оказании юридической помощи, включая денежные расчеты между адвокатом и доверителем; любые другие сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи.

Помимо этого, ст. 56 Уголовно-процессуального кодекса РФ (УПК), ст. 69 Гражданского Процессуального кодекса РФ (ГПК) и ст. 56 Арбитражного Процессуального кодекса РФ (АПК) предусматривают, что не могут быть допрошены в качестве свидетелей определенные категории лиц, которым стала известна информация по делу в связи с их профессиональной деятельностью,

[35] Кодекс профессиональной этики адвоката, принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 года.

в том числе представители по гражданскому делу или защитники по уголовному делу — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника.

Таким образом, в подходе к доказательственной привилегии российское право придерживается подхода континентальных правовых систем, рассматривая адвокатскую тайну в первую очередь с точки зрения прав и обязанностей адвоката, а не стороны в споре. Как и многие другие правовые системы, российское право не предусматривает применение специальных правил о доказательственных привилегиях в рамках международного арбитража.

Данный подход на практике существенно ограничивает применимость доказательственных привилегий в России, поскольку большое число практикующих юристов в России не имеет статус адвоката[36]. Как отмечалось выше, в соответствии с УПК, ГПК и АПК представители по гражданскому делу не могут быть допрошены в качестве свидетелей об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя. Однако на этом доказательственные привилегии в отношении сообщений с такими представителями исчерпываются. С точки зрения российского права на сообщения и документы, переданные таким юристам, не будет распространяться адвокатская тайна[37]. Поскольку представительство клиентов в международном коммерческом арбитраже зачастую осуществляется сотрудниками международных юридических компаний, большинство из которых не являются адвокатами по причине запрета для

[36] См.: *Буробин В.* Адвокатская монополия: за и против // Адвокатская газета. 2010. № 20. http://www.advgazeta.ru/rubrics/13/557.

[37] См.: *Kurochkin D.* Op. cit. Para 13.1.

адвоката состоять в трудовых отношениях за исключением научной, преподавательской или иной творческой деятельности, можно с большой долей вероятности предположить, что представительство российских компаний в международном арбитраже в значительной степени ведется юристами, не имеющими статус адвоката. Таким образом, сообщения и документы, переданные российской стороной своему представителю, не имеют формальной защиты с точки зрения российского права от раскрытия таких документов или сообщений в арбитражном разбирательстве.

Более того, российское право не предусматривает некоторые иные виды доказательственных привилегий, известные зарубежным правовым системам и имеющие значение в контексте международного коммерческого арбитража. Так, российскому праву неизвестно понятие привилегии переговоров о заключении мирового соглашения, существующее в некоторых других правовых системах (*without prejudice privilege* по английскому праву, *settlement privilege* по праву США, этический долг шведского адвоката не разглашать предложение о заключении мирового соглашения).

Подобные лакуны в российском правовом регулировании доказательственных привилегий потенциально ставят российские стороны и/или стороны с российскими юридическими представителями в неравное положение с их зарубежными противниками в международном арбитражном разбирательстве, в особенности, если состав арбитража решит применять метод наиболее тесной связи при определении применимой доказательственной привилегии (см. выше). Практические проблемы, связанные с таким неравенством сторон, а также возможные пути их разрешения, рассматриваются в следующем разделе.

3. Применение доказательственных привилегий в арбитраже с российскими компаниями

Недостатком применения принципа наиболее тесной связи, подразумевающего принятие во внимание в том числе личного права представителей сторон, является потенциальная несправедливость по отношению к сторонам, которые привлекли в качестве представителей юристов из страны, не имеющей развитых правил о доказательственных привилегиях. Так, сторона, которую представляют юристы из страны с развитой системой доказательственных привилегий (например, Англии), получает преимущество по сравнению со стороной, работающей с российскими юристами и, возможно, даже российскими адвокатами. Это становится фактором при выборе клиентами юридических консультантов. Несмотря на скептицизм некоторых комментаторов, полагающих, что подобный *privilege shopping* маловероятен[38], представляется, что доступ к доказательственным привилегиям влияет на поведение сторон, располагающих информацией, которую они не хотели бы раскрывать в международном арбитраже. В частности, английские юридические фирмы предлагают своим клиентам структурирование взаимоотношений между юридическими советниками и российской компанией, позволяющее использовать максимально эффективно применимые доказательственные привилегии по английскому праву.

Если российской компании не удалось получить доступ к применению доказательственных привилегий по праву страны своих юридических консультантов, как поступить арбитрам при возникновении вопроса о том, что какое-либо сообщение, сделанное российской компанией или адресованное ей,

[38] См.: *Tevendale C., Cartwright-Finch U.* Op. cit. P. 832.

является защищенным? Представляется, что состав арбитража должен использовать максимально гибкий подход, принимая во внимание не только применимое право сторон и их адвокатов и ожидания каждой из них, но и соображения справедливости и равенства сторон, как это предусматривается ст. 9 (3) (e) Правил МАЮ. В этом плане, на мой взгляд, больше всего подходит принцип наиболее благоприятного правила, в сочетании с транснациональными принципами Правил МАЮ. Это позволило бы избежать ситуации, при которой иностранная сторона в арбитраже получала бы преимущество перед российской стороной в том, что касается доказательственных привилегий.

Заключение

В настоящий момент институт доказательственных привилегий по российскому праву недостаточно развит по сравнению с зарубежными правовыми системами. Это может вызывать сложности в арбитраже с участием российских сторон и ставить их в неравное положение по сравнению со сторонами их юрисдикций, где этот институт более развит.

В долгосрочной перспективе было бы желательно законодательное закрепление более широкого круга доказательственных привилегий, в частности, распространение адвокатской тайны на сообщения и документы, сделанные или подготовленные юристами, не имеющими статуса адвоката, а также законодательное закрепление тайны переговоров о мировом разрешении спора. Принятие таких законодательных норм служило бы таким важным общественным интересам, как усиление доверия между юристом и клиентами, содействие мировому разрешению споров и т.п.

В отсутствие на нынешний момент российских законодательных норм, признающих доказательственные привилегии в гражданском процессе и международном арбитраже, признание арбитрами доказательственных привилегий в качестве транснациональных принципов права позволило бы применять этот важный институт в арбитраже с участием российских сторон.

Д.А. Шемелин,
старший юрист фирмы «Грищенко и партнеры», Киев

ИЗМЕНЕНИЕ СТАНДАРТА ДОКАЗЫВАНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ

Введение

Принцип *actori incumbit probatio* («каждый доказывает то, что он утверждает» — лат.) общепризнан и применим как в государственных, так и в международных юрисдикционных органах[1]. Однако не редки ситуации, когда сторона арбитражного разбирательства злоупотребляет своим доступом к определенным доказательствам (к примеру, уклоняется от выдачи документов, не имея на то законных оснований), что не позволяет другой стороне доказать свои утверждения с необходимой степенью убедительности.

В этой работе обосновывается применимость сравнительно редко используемого решения этой проблемы — состав арбитража может использовать менее строгий стандарт доказывания для стороны, пострадавшей от недобросовестности оппонента. Как будет показано, в определенных обстоятельствах такое решение может быть предпочтительно перед традиционными средствами, такими как «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*»).

[1] *Rosenne S., Ronen Y.* The Law and Practice of the International Court, 1920–2005. 4th ed. Martinus Nijhoff, 2006. Pp. 1040–1042; *Cheng B.* General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. Stevens and Sons, 1953. P. 327.

1. Понятие стандарта доказывания

Термин «стандарт доказывания» (*standard of proof*) имеет несколько значений. В узком смысле — это степень убедительности доказательств, при достижении которой бремя доказывания выполнено «утверждающей» стороной (т.е. утверждение считается доказанным)[2]. Стандарт доказывания достаточно редко обсуждался в практике и доктрине континентальных систем права, в том числе права советского и российского. Распространено мнение, что стандарт доказывания советскому и современному российскому праву вообще неизвестен[3], так как процессуальные кодексы республик СССР, так же, как и большинство современных процессуальных кодексов постсоветских государств, устанавливают, что доказательства оцениваются судом по его внутреннему убеждению[4].

Тем не менее ряд российских процессуалистов исследовали вопрос стандарта доказывания, иногда используя для этого института термин «критерий доказанности»[5].

[2] *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 766.

[3] *Веденеев Е.Ю.* Доказывание в арбитражном процессе Российской Федерации: проблемы теории и практики // На примере доказывания в спорах по имущественному страхованию. Автореф. дисс. … канд. юрид. наук. М.,1999. С. 11. *Вершинин А.П., Криворосова Л.А., Митина М.А.* и др. Гражданский процесс: Учебник / Под ред. *В.А. Мусина* и др. М.: Проспект, 2000. С. 453. *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения // Электронный каталог библиотеки юридического факультета СПбГУ, 2002: http://goo.gl/Wa7S6.

[4] *Решетникова И.В.* Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 1997. С. 32; *Резник Г.М.* Стандарты доказанности и межотраслевая преюдиция // Доклады и сообщения на конференции «Уголовная юстиция: связь времен», 6–9 октября 2010 г., Санкт-Петербург. (http://www.iuaj.net/node/625); См. также: ст. 14 (1) ГПК РСФСР 1964 г., ст. 20 (1) УПК РСФСР 1960 г., ст. 68 (1) Правил рассмотрения споров государственными арбитражами (Постановление Совета Министров СССР от 05.06.1980 г. № 440) и др.

[5] См.: исследования Н.Г. Елисеева, И.В. Решетниковой, Г.М. Резника, упомянутые в этой работе; см. также: *Калиновский К.Б.* Бремя доказывания в уголовном

В странах общего права, по разным причинам, эта тема разработана более подробно, в том числе сформулирован ряд стандартов доказывания, таких как:

- *prima facie* — утверждение доказано, если оно правдоподобно в свете существующих доказательств при допущении, что в последующем они не будут опровергнуты;

- *preponderance of evidence* или *balance of probabilities* — после взвешивания всех доказательств за и против вероятность истинности утверждения больше, чем вероятность его ложности. Это основной стандарт в гражданских делах;

- *clear and convincing evidence* — вероятность истинности утверждения в свете всех фактов дела значительно больше, чем вероятность его ложности;

- *beyond reasonable doubt* — не должно остаться никаких разумных сомнений в истинности утверждения. Это основной стандарт в уголовных делах, считается наивысшим из существующих.

В международном арбитраже, в подавляющем большинстве случаев, состав арбитража не связан каким-либо формальным стандартом доказывания и оценивает доказательства по собственному убеждению. На практике, арбитры в международном арбитраже крайне редко явным образом формулируют

процессе: взаимосвязь стандарта доказанности с презумпциями и правовое взаимодействие участников правоотношений // Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ // Материалы VII Международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 1–2 декабря 2006 г. / Под общ. ред. *Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник*: в 2 ч. Ч. 1. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2006. С. 245–249 (http://kalinovsky-k.narod.ru/p/2006–3.htm).

стандарт доказывания, в соответствии с которым они оценивают доказательства[6].

2. Суть предлагаемого решения

Арбитраж, в отличие от государственного суда, как правило, имеет мало эффективных мер принуждения в отношении стороны (и не имеет никаких полномочий в отношении третьих лиц)[7]. Принудительно исполнимое решение о выдаче документов в поддержку арбитражного производства выдает только суд[8].

Однако, насколько состав арбитража процессуально слаб в течение рассмотрения дела, настолько же он силен при вынесении окончательного решения. Обычно решение арбитража относительно фактов является окончательным и не обжалуется: во-первых, так как суд в большинстве юрисдикций не имеет права пересматривать решения арбитража по сути, во-вторых, так как состав арбитража имеет полномочия решать вопросы допустимости и значимости доказательств[9], и, в-третьих, так

6 *Kazazi M.* Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence before International Tribunals. Martinus Nijhoff, 1996. P. 325.

7 *Kazazi M.,* Op. cit. P. 308. Борн (*Born*) прямо утверждает, что «*практически во всех юрисдикциях, арбитры лишены права налагать принуждающие санкции…, подобные тем, которые могут применяться национальным судом в национальном судопроизводстве*» (*Born G.* International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 1917).

8 *Gaillard E., Savage J.* Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, para. 1336 *et seq.*; *Born G.* Op. cit. P. 1917.

9 См., к примеру, ст. 19 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: «*полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства*» и соответствующее положение ст. 27 (4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 г.: «*допустимость, относимость, существенность и значимость представленных доказательств определяются самим арбитражным судом*». См. также некоторые арбитражные законы, не основанные на Типовом законе: английский Закон об арбитраже (ст. 34 (1), 34 (2)), французский Гражданский

как правила доказывания в арбитраже (в том числе стандарт доказывания) в подавляющем большинстве случаев не закреплены нормативно, а устанавливаются арбитрами в каждом конкретном случае[10]. В деле *Petroleum Separating Co.* апелляционный суд США когда-то указывал, что «*арбитры приняли во внимание доказательства, основанные на слухах [hearsay evidence], и имели на это право. Если стороны хотят возражать против таких доказательств на формальных основаниях, им не стоит включать арбитражные оговорки в свои контракты*»[11].

Таким образом, арбитры могут наиболее эффективно воздействовать на сторону, которая злоупотребляет доступом к доказательствам, именно во время вынесения окончательного решения, когда они обладают наибольшими полномочиями.

Арбитражная и судебная практика предлагает целый ряд способов подобного воздействия. Сюда относятся и «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*») в отношении недобросовестной стороны[12], и доказательственная презумпция (признание факта доказанным), и перенесение бремени доказывания, и др.

процессуальный кодекс (ст. 1467), немецкий Гражданский процессуальный кодекс (ст. 1042 (4)), и др. Аналогичные положения содержатся и в наиболее популярных арбитражных регламентах: см.: ст. 20 (6) Регламента ICDR, ст. 26 (1) Регламента Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма (SCC), ст. 20 (2) Регламента Лондонского международного третейского суда (LCIA), и др., а также в ст. 9 (1) IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

10 *Brown C.* A Common Law of International Adjudication. Oxford University Press, 2007. P. 97; *Pietrowski R.* Evidence in International Arbitration. Arbitration International, vol. 22, No. 3. P. 379: *«международные арбитражные конвенции, национальные законы в сфере арбитража, compromis, арбитражные регламенты и даже решения арбитражных трибуналов практически одинаково ничего не сообщают о стандарте доказывания [в арбитраже]».*

11 *Petroleum Separating Co. v. Interamerican Refining Corp.*, 296 F.2d 124 (2d Cir. 1961).

12 Рекомендация, в частности, ст. 9 (4) и 9 (5) IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

В этой работе предлагается еще одно решение для этой ситуации — состав арбитража может применять к стороне, которая находится в неблагоприятном положении, менее строгий, чем обычно, стандарт доказывания, нейтрализующий недобросовестное поведение ее оппонента.

Очевидно, что вопросы доказывания возникают практически в каждом арбитражном производстве, а потому проблемы доказывания всегда актуальны и практически важны. Одновременно, предложенное решение позволяет снизить риск нарушения надлежащего разбирательства (*fair trial*). По-видимому, именно опасение нарушить процессуальные права стороны приводит к тому, что арбитры неохотно пользуются возможностью влиять на недобросовестную сторону даже таким общепринятым путем, как неблагоприятные выводы[13].

3. Существующие методы решения проблемы

Рассмотрим вначале варианты, которые практика уже предлагает для использования трибуналами в случае недобросовестного отказа стороны в выдаче документов:

- «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*»), в том числе принятие факта доказанным (доказательственная презумпция);
- «перенос» («*shifting*») бремени доказывания;
- автоматическое использование баланса вероятностей (*balance of probabilities*).

13 *Born G.* Op. cit. P. 1919.

3.1. «Неблагоприятные выводы»

«Неблагоприятные выводы»[14], которые состав арбитража может сделать из поведения недобросовестной стороны, считаются основной санкцией в ключевых научных работах[15], в практике Международного суда ООН[16] и в инвестиционных арбитражах под эгидой ICSID[17]. Также «неблагоприятные выводы» прямо предусмотрены, к примеру, ст. 186 Гражданского процессуального кодекса Женевы и ст. 41 (7) (b) английского Закона об арбитраже 1996 г. (Arbitration Act 1996).

Концепция неблагоприятных выводов привлекательна своей гибкостью и очевидной логичностью, однако для нее характерна следующая проблема.

Неблагоприятный вывод — отнюдь не «царица доказательств», а всего лишь один из элементов доказательственной базы дела, и должен оцениваться в совокупности с другими элементами [**A.**]. Одновременно, состав арбитража, по сравнению со сторонами, хорошо приспособлен для оценки доказательств, однако находится в неудобном положении для истребования доказательств [**B.**]. Таким образом, с точки зрения процессуальной экономии может быть более верно позволить стороне воспользоваться существующей доказательной базой (при менее строгом стандарте доказывания), вместо того, чтобы дополнять эту базу новым

[14] В дальнейшем доказательственная презумпция будет рассматриваться как частный случай неблагоприятных выводов — неблагоприятный вывод о том, что спорный факт доказан.

[15] *Blackaby, Partasides, Redfern, Hunter*. Redfern and Hunter on International Arbitration. Kluwer Law International, 2009, para. 5.17; *Poudret J-F., Besson S*. Comparative Law of International Arbitration. Sweet & Maxwell, 2007, para. 650; *Gaillard E, Savage J*. Op. cit., para. 1275.

[16] The Statute of the International Court of Justice: A Commentary. / ed. *Zimmermann, Tomuschat, Oellers-Frahm*. Oxford University Press, 2006. P. 1106.

[17] *Reed L., Paulsson J., et al*., Guide to ICSID Arbitration. Kluwer Law International 2010. P. 143.

элементом, предложенным трибуналом в рамках «неблагоприятных выводов» [**C.**].

A. Практически общепризнанно, что любой неблагоприятный вывод является только элементом доказательной базы и должен оцениваться в совокупности с другими доказательствами, но не может быть единственным основанием состоявшегося решения. В противном случае, показав всего лишь основания для запроса документов, сторона может претендовать на тот же результат, какой бы имел место при полноценном доказывании своего утверждения стороной[18].

Как утверждает ван Хутте (van Houtte), *«состав арбитража должен обеспечить соблюдение надлежащего процесса и осторожно использовать свои полномочия по оценке доказательств с тем, чтобы предоставить неблагоприятным выводам то значение, которого они заслуживают в контексте всех остальных — прямых и непрямых — доказательств»*[19] и далее *«Невозможно, чтобы сторона выиграла дело только на основании неблагоприятного вывода. Решение арбитража должно быть подкреплено доказательствами и аргументами, приведенными выигравшей стороной. Неблагоприятный вывод — только один элемент среди множества других, составляющих массив доказательств, который позволяет трибуналу принять решение»*[20].

Аналогичное решение принято и в одном из дел ICC: *«выводы, к которым может прийти состав арбитража, даже если они убедительны [strong], сами по себе не создают презумпции: они должны быть взвешены наряду с другими фактическими доказательствами,*

[18] International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. *Kröll, Mistelis* et al. Kluwer Law International, 2011. P. 186.

[19] *van Houtte V.* Adverse Inferences in International Arbitration // *Giovannini T., Mourre A*. Written Evidence and Discovery in International Arbitration. Kluwer Law International, 2009. Pp. 195, 197.

[20] *van Houtte V.* Op. cit. P. 206.

на которые трибунал уже ссылался. По мнению состава арбитража, будучи таким образом взвешены, они недостаточны для выполнения бремени доказывания, лежащего на Истцах»[21].

Как упоминает Н.Г. Елисеев, в немецком процессуальном праве *«… объектами свободной оценки являются не только результаты исследования доказательств, но и все содержание судебного разбирательства, в том числе и отказ стороны от дачи показаний или от представления документа…»*[22].

Нечто противоположное имело место в инвестиционном споре *Feldman v Mexico*, которое касалось налоговых возмещений в связи с экспортом сигарет. Его характерной чертой, отмеченной составом арбитража, были постоянные сложности с установлением фактов дела, так как соответствующие налоговые документы были либо уничтожены за давностью, либо не выдавались ответчиком из соображений конфиденциальности[23].

Одним из аспектов спора было утверждение истца о его дискриминации, так как Министерство финансов Мексики отказало его предприятию (CEMSA) в налоговом возмещении, хотя в то же время возмещало налоги другим фирмам (Poblano Group), которые имели такой же налоговый статус (торговой компании-экспортера)[24].

Материалы дела, однако, не содержали практически никаких доказательств того, что Министерство финансов каким-либо

[21] Цит. по: International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. *Kröll, Mistelis* et al... P. 183.

[22] *Елисеев Н.Г.* Доказывание в гражданском процессе Федеративной республики Германии. Дисс. … канд. юрид. наук. М., 1985. С. 151.

[23] *Marvin Feldman v Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF) /99/1, Award dated 16 December 2002, para. 7.

[24] *Marvin Feldman v Mexico*, para. 23, 155 et seq.

образом по-разному возмещало налоги CEMSA и Poblano Group[25]. Была доступна только информация, что некие три торговые компании-экспортера (неизвестно, входила ли в их число Poblano Group) получили возмещение налогов в то же время, когда CEMSA его не получала[26]. Было вполне возможно, к примеру, что Poblano Group (или другие экспортеры) получала возмещение в одно время, а CEMSA — в другое.

Тем не менее состав арбитража посчитал дискриминацию доказанной. Основным аргументом в его обосновании было как раз нежелание ответчика представлять документы по этому вопросу: *«Если ответчик имел в своем распоряжении доказательства того, что к Poblano Group не относились более благоприятно, чем к CEMSA в отношении возмещения налогов, не было представлено никакого объяснения, почему такие доказательства не были представлены… Таким образом, для большинства арбитров вполне разумно сделать вывод на основании непредставления ответчиком доказательств по вопросу дискриминации»*[27].

Как видим, состав арбитража не принял во внимание ни конфиденциальность запрошенных налоговых документов, ни другие возможные объяснения той же совокупности фактов. Как отмечает в своем Особом мнении один из арбитров, состав арбитража не придал никакого значения тому, к примеру, что владелец Poblano Group был партнером истца в совместном предприятии, однако истец не предпринял никаких шагов, чтобы получить у него хоть какие-нибудь доказательства для своего дела, хотя это было бы легко сделать[28].

[25] См.: *Marvin Feldman v Mexico*, para. 176, в котором упоминается перечень из трех документов, и их анализ на стр. 8 Особого мнения арбитра Хорхе Браво от 3 декабря 2002.

[26] *Marvin Feldman v Mexico*, para. 167–168.

[27] *Ibid*, para. 178.

[28] Особое мнение арбитра Хорхе Браво от 3 декабря 2002, стр. 9.

Таким образом, только из-за того, что ответчик не представил определенные документы, состав арбитража фактически решил дело в этом аспекте в пользу истца на основании крайне скудной доказательственной базы. Такой подход автор считает неприемлемым.

B. Необходимость оценки доказательств в их совокупности заставляет арбитров делать конкретные неблагоприятные выводы, т.е. самостоятельно дополнять картину фактов, доказанных сторонами. Это вполне может рассматриваться как безосновательный выход за пределы полномочий арбитров, к тому же, еще и заведомо в направлении, благоприятном для истца[29].

К примеру, еще в 1923 г., в деле *Status of Eastern Carelia* Постоянная палата международного правосудия отказалась в ситуации недостатка документов самостоятельно устанавливать природу автономии района Восточной Карелии, указав: *«Ответ на этот вопрос означал бы определение того, какие доказательства могли бы пролить свет на утверждения, сделанные в этой связи Финляндией и Россией… В данный момент выглядит крайне сомнительным, чтобы Суд имел в своем распоряжении достаточно материалов для того, чтобы сделать какой-либо судебный вывод в отношении [этого вопроса] … В обычных обстоятельствах, безусловно, удобно, чтобы факты, в отношении которых требуется заключение Суда, были бесспорными, и Суд не должен был бы устанавливать эти факты [and it should not be left to the Court itself to ascertain what they are]»*[30].

С подобной ситуацией, возможно, столкнулся Международный Суд ООН в деле *Corfu Channel*, где Великобритания отказалась

[29] International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. *Kröll, Mistelis* et al… P. 199.

[30] *Case of Status of Eastern Carelia*, PCIJ Advisory Opinion dated 23 July 1923, (series B No. 5 (1923), p. 28).

выполнить приказ Суда и выдать секретный приказ адмиралтейства, так называемый «XCU». Так как содержание этого документа осталось неизвестным, и никаких обоснованных предположений о нем Суд сделать не смог, он не смог сделать и никаких негативных для Великобритании выводов из этой ситуации[31], оставив процессуальное нарушение без последствий.

C. По мнению автора, вместо того, чтобы подменять собой сторону в доказательственном процессе (утверждая существование фактов), составу арбитража более адекватно было бы способствовать стороне в доказывании ее позиции, в том числе и путем использования менее строгого стандарта доказывания. Вместо признания стороны заведомо правой, возможно более благоприятно относиться к доказательствам, которые она представит.

При таком подходе с учетом широких полномочий арбитров по оценке доказательств использование менее строгого стандарта несет в себе гораздо меньший риск процессуальных нарушений, чем неблагоприятные выводы, которые справедливо считаются арбитрами достаточно опасными с точки зрения соблюдения надлежащего процесса[32].

3.2. Перенос бремени доказывания

Нередко можно встретить аргументацию, что доказывание определенного факта истцом, по крайней мере *prima facie,* приводит к перекладыванию бремени доказывания на ответчика, а потому отказ ответчика в предоставлении документов ведет

[31] *Corfu Channel Case* (United Kingdom / Albania), ICJ Reports (1949), p. 32. Комментарий см.: eds. *Zimmermann, Tomuschat, Oellers-Frahm*, 2006, p. 1106.

[32] Исследование практики ICC в период 2004–2010 гг. показывает, что арбитражные трибуналы стараются избегать неблагоприятных выводов, возможно, именно из-за опасений нарушения принципов *due process*. (International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. *Kröll, Mistelis* et al… P. 189).

к удовлетворению иска, так как ответчик не выполняет бремя доказывания.

Переход бремени доказывания после установления факта *prima facie* — характерная черта одного из этапов судопроизводства в странах общего права, который имеет отношение к так называемому «*striking out*», «исключению», однако в арбитраже такая стадия рассмотрения, как правило, места не имеет.

Так, английскими Civil Procedure Rules (в текущей редакции) предусмотрена возможность «исключения» иска или отзыва на иск, который не обоснован, по крайней мере, *prima facie*, после чего судья может принять окончательное решение в деле по ускоренной процедуре («*summary judgment*»)[33]. *Summary judgment* в подобных обстоятельствах предусмотрено и Правилом 56 американских Федеральных правил гражданского судопроизводства (Federal Rules of Civil Procedure).

По общему правилу, в судах стран общего права существует бремя предъявления доказательств («*burden of going forward*») и бремя убедительности («*burden of persuasion*»)[34]. При подаче иска на первой стадии истец должен выполнить бремя предъявления доказательств (обычно *prima facie*), иначе судья может отказаться рассматривать дело далее как заведомо безнадежное. Если истец выполняет свое бремя, оно переходит на ответчика, который в свою очередь должен представить достаточно убедительную защиту. Если ответчик этого не делает, он проигрывает дело в ускоренном порядке. Такая стадия судопроизводства

[33] Civil Procedure Rules, Rules 3.4, 24.2, 24.3.

[34] См., к примеру, классическую работу более чем 100-летней давности: *Abbott A.* Two Burdens of Proof. 6:3 Harvard Law Review (1892). Pp. 125–137; или более новую: *Fleming Jr. J.* Burdens of Proof. 47 Virginia Law Review (1961). P. 51. На русском языке см.: *Решетникова И.В.* Доказательственное право Англии и США… С. 105–107.

существовала в течение чрезвычайно длительного времени[35] и, безусловно, наложила отпечаток на правосознание арбитров.

После того как дело передано на полноценное рассмотрение, истец несет «бремя убедительности» (именно на это бремя ссылаются как на *balance of probabilities*, *beyond reasonable doubt* и т.п.). Именно бремя убедительности и ассоциируется с «бременем доказывания» в арбитраже, однако оно не передается даже в общем праве, где также существует принцип *onus probandi actori incumbit*. Как указывает Флеминг (Fleming), *«В соответствии с ортодоксальным подходом, происходящим еще от Тайера[36], бремя убедительности не переходит со своего исходного положения. Это означает, что бремя убедительности не сопровождает бремя предъявления доказательств, которое может менять сторону, хотя, как правило, бремя убедительности находится на той же стороне, что и бремя предъявления доказательств в начале процесса»*[37].

Как разъяснил Верховный суд Канады в деле *Snell v Farrell* в применении к ситуации, когда сторона отказывается предоставлять документы: *«Не совсем верно говорить о переходе бремени [доказывания] на ответчика в случае, когда речь идет о том, что доказательства, поданные истцом, приводят к неблагоприятным выводам в отношении ответчика. Такие выводы — результат оценки доказательств. Ответчик несет риск неблагоприятных выводов в случае непредоставления доказательств… однако это не бремя доказывания в чистом виде, и использование такой дополнительной терминологии для описания обычного этапа процесса изучения фактов дела безосновательно»*[38].

[35] *Abbott A.* Two Burdens of Proof // 6:3 Harvard Law Review, (1892). P. 128.

[36] Подразумевается известная работа *Thayer J.B.* The Burden of Proof // 4:2 Harvard Law Review 45 (1890).

[37] *Fleming Jr. J.* Burdens of Proof // 47 Virginia Law Review (1961). P. 62.

[38] Supreme Court of Canada, *Snell v Farrell* [1990] 2 S.C.R. 311.

Таким образом, в судах стран общего права существует особая стадия рассмотрения, иногда называемая «*passing the judge*», где бремя доказывания (предъявления доказательств) действительно переходит на ответчика. Тем не менее такая стадия в подавляющем большинстве случаев отсутствует в международном арбитраже[39].

В свою очередь, континентальное право под бременем доказывания понимает обязательство каждой из сторон убедить суд в истинности своей позиции в отношении фактов (т.е. здесь отсутствуют основания для разделения бремени доказывания на два, как выше). При этом, как правило, стандарт доказывания должен быть выполнен независимо от аргументации другой стороны (кроме случаев согласия с аргументами оппонента).

Бремя доказывания в континентальном праве также не переходит на другую сторону, так как в любом случае суд рассматривает все доказательства в их совокупности и не вынесет решения, если аргументация истца не убедительна сама по себе. К примеру, Федеральный суд Швейцарии[40] постановил: *«Обязательство оппонента сотрудничать в представлении доказательств, даже если оно происходит из общего принципа добросовестности (ст. 2 Гражданского кодекса), имеет процессуальную природу и поэтому … не касается бремени доказывания и не приводит к его переходу. Судья выносит решение по результатам сотрудничества с оппонентом (или делает выводы из отказа в сотрудничестве касательно*

[39] *Waincymer J.* Op. cit. P. 771. *Grando M. T.* Evidence, Proof and Fact-Finding in WTO Dispute Settlement. Oxford University Press, 2009. P. 82. *Kazazi M.* Op. cit. P. 235. Тем не менее иногда международные органы отказывались рассматривать дела, в которых истец не мог доказать свои утверждения с самого начала хотя бы *prima facie* (см.: *Kazazi M.* Op. cit. P. 326 *et seq.*). Также по определенным арбитражным правилам существуют отдельные варианты ускоренного отказа от рассмотрения заведомо безосновательного иска (см., к примеру, ст. 41 (5) ICSID Arbitration Rules).

[40] Tribunal Fédéral Suisse, высший суд государства.

представления доказательств) исключительно в рамках оценки доказательств»[41].

Именно подход континентального права к бремени доказывания был принят практикой международных арбитражей[42]. Показательно в этом смысле замечание в инвестиционном деле *Oostergetel*: *«Состав арбитража будет применять общий принцип actori incumbit probatio и считать, что для того, чтобы выиграть дело, истцы должны представить доказательства фактов, на которых они основывают свои утверждения. Международный арбитраж — не инквизиционная система, где состав арбитража собирает доказательства для обвиняющей стороны, и не система, где достаточно представить prima facie доказательства своей позиции и полагаться на то, что ответчик будет их опровергать»*[43].

Как указывает Вансаймер (Waincymer) в отношении коммерческого арбитража, *«Бремя доказывания никогда не переходит [со стороны на сторону], хотя чем больше доказательств в свою пользу представит сторона, на которой лежит это бремя, тем больше другой стороне придется приложить усилий, чтобы ее опровергнуть»*[44].

Таким образом, в международной арбитражной практике нет оснований для перехода бремени доказывания на другую сторону,

[41] *H. v G.*, решение Федерального суда Швейцарии от 22 июня 1989 г., опубликовано JdT 1991 II 190, см. также *I. v H.*, решение Федерального суда Швейцарии от 17 августа 1993 г., опубликовано ATF 119 II 305, доступно в базе Федерального суда http://goo.gl/PB1Jp.

[42] International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. *Kröll, Mistelis* et al… P. 181. *Grando M. T.* Op. cit. P. 80. *Kazazi M.* Op. cit. P. 338; *Mosk R. M.* Fact-determination methodologies // The role of facts in international dispute resolution. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 304. Martinus Nijhoff Publishers, 2003. P. 131.

[43] *Jan Oostergetel v Slovakia*, UNCITRAL, Final Award dated 23 April 2012, para. 148.

[44] *Waincymer J.* Op. cit. P. 763.

а потому решение проблемы непредставления документов через концепцию перехода бремени доказывания после установления факта *prima facie* неправомерно.

3.3. Применение баланса вероятностей (balance of probabilities)

Также нередко можно встретить аргумент, что отказ ответчика в предоставлении доказательств должен вести к удовлетворению иска, так как если состав арбитража применяет стандарт *balance of probabilities* (а стандарт подобного уровня действительно можно считать основным в коммерческом арбитраже), то при отсутствии реакции ответчика даже аргументации *prima facie* достаточно, чтобы склонить «баланс» в пользу истца.

Тем не менее такое механическое применение стандарта *balance of probabilities* не находит поддержки ни в практике международных арбитражей, ни даже в судах стран общего права, которые и являются прародителями этого стандарта доказывания.

Так, практика английских судов подтверждает, что, даже применяя стандарт баланса вероятностей, судья не может вынести решение лишь на том основании, что версия истца более вероятна, чем версия ответчика, или что версия ответчика вообще отсутствует. Необходимо, чтобы судья был сам уверен в истинности версии, которая ляжет в основание решения, в противном случае он должен признать, что истец не выполнил бремени доказывания.

Так, к примеру, в известном деле *Rhesa Shipping Co SA v Edmunds*[45] ключевым вопросом было установление причины аварии судна в Средиземном море, притом что никаких доказательств этих

[45] Rhesa Shipping Co v Edmunds [1985] 1 WLR 948.

причин обе стороны представить не смогли (судно пропало без вести). Истец утверждал, что причиной было столкновение с неизвестной подводной лодкой, которая незаметно скрылась с места происшествия. Ответчик заявлял, что корпус судна разломился самопроизвольно вследствие износа. Эксперт, назначенный судом, показал, что самопроизвольный разлом корпуса невозможен. В результате суд первой инстанции решил, что, так как крайне маловероятное столкновение с подводной лодкой все же более вероятно, чем невозможный разлом корпуса, следует признать столкновение доказанным. Палата Лордов отменила это решение в кассационном порядке, указав, что если судья считал оба эти факта маловероятными и не был убежден в их истинности, он мог отказать в иске на основании того, что истец не разрешил бремя доказывания (в этом случае — бремя убедительности).

Другой пример — дело *Fosse Motor Engineers*, где суд рассматривал пять вероятных причин пожара. Если бы суд применял баланс вероятностей механически, он должен был бы, очевидно, признать доказанной наиболее вероятную версию. Тем не менее суд указал: *«Неприемлемо, по меньшей мере в подобных делах, определять, что существует, положим, пять различных причин, ранжировать их в процентах вероятности и избрать причину, имеющую наибольший процент, как реальную причину [происшествия]. Единственная ситуация, в которой такое могло бы быть допустимо, это если бы наиболее вероятная причина была бы одновременно той, в отношении которой судья был бы удовлетворен, на основании всех доказательств, что именно она является вероятной причиной рассматриваемого инцидента или убытка»*[46].

В случае международного юрисдикционного органа, как указывается в известной работе Ченга (Cheng), *«целью международного*

[46] Fosse Motor Engineers v Conde Nast [2008] EWHC 2037 (TCC).

трибунала следует считать достижение морального убеждения [moral conviction] в истинности и действительности всех значимых фактов дела, на которых будет основано решение»[47]. Соответственно, *«… сторона, на которую возложено бремя доказывания, должна не только привести доказательства в поддержку своих утверждений, но и должна убедить трибунал в их истинности, в противном случае они будут проигнорированы из-за недоказанности или недостаточной доказанности [for want, or insufficiency of proof]»*[48].

К примеру, в деле *William A. Parker* (1923 г.) *Mexican-US General Claims Commission* утверждала, что: *«Комиссия отклоняет утверждение, что доказательства, представленные истцом и не опровергнутые ответчиком, должны однозначно считаться решающими [conclusive]»*[49].

В деле *Kling* та же Комиссия указала, что: *«сам по себе факт, что доказательства, представленные правительством Ответчика, крайне скудны, не может служить основанием решения в отсутствие удовлетворительных доказательств со стороны истца»*[50].

Iran-US Claims Tribunal также отказался от такого подхода, даже несмотря на благоприятную позицию американских судей[51].

В инвестиционном деле *Pac Rim v El Salvador* трибунал также акцентировал, *«не подлежит сомнению, что сторона, которая*

[47] *Cheng B.* Op. cit. P. 302. Это же утверждение, со ссылкой на Ченга, подтвердил инвестиционный трибунал в *AAPL v Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award dated 27 June 1990, para. 56.

[48] Там же, p. 329.

[49] *William A Parker v Mexico*, Award of 31 March 1926, Reports of International Arbitral Awards, vol. IV, pp. 35–41, para. 6.

[50] *Kling v Mexico*, Award of 8 October 1930, 4 Reports of International Arbitral Awards 575–586 at 581.

[51] *Caron, Caplan, Pelonpaa*. The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary. Oxford University Press, 2006, 570.

утверждает нечто позитивное, обычно должна доказать это к удовлетворению состава арбитража»[52]. В свою очередь, в деле *Plama v Bulgaria* арбитры, анализируя обстоятельства беспорядков на заводе, принадлежавшем истцу, установили, что из-за противоречивости доказательств они не могут прийти ни к какому ясному выводу по поводу этого вопроса, а поэтому, с учетом того, что бремя доказывания лежит на истце, состав арбитража не может принять решение в его пользу[53].

Иными словами, баланс вероятностей устанавливается не между версиями сторон, а между истинностью и ложностью версии истца, с учетом позиции ответчика: правильным будет подход «более вероятно, чем нет, что версия истца истинна», а не «версия истца более вероятна, чем версия ответчика». В случае, если истец не смог доказать, что истинность его версии вероятна, то даже если ответчик не представил никаких опровержений, иск не может быть удовлетворен, так как истец не выполнил бремени доказывания.

4. Возможность перехода к менее строгому стандарту доказывания

Исследование существующих методов решения заявленной проблемы показало, что единственным допустимым из них является метод «неблагоприятных выводов», однако и он не свободен от недостатков. Решение, предложенное автором — переход состава арбитража к менее строгому стандарту доказывания в ответ на недобросовестное поведение стороны — может

[52] *Pac Rim Cayman LLC v El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections dated 1 June 2012, para. 2.11.

[53] *Plama Consortium Limited v Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award dated 27 August 2008, para. 249.

быть предпочтительно с точки зрения надлежащего процесса, так как в этом случае трибунал не вовлекается в «создание» доказательств, а остается исключительно в рамках своей процессуальной роли. Как будет показано ниже, международная и российская практика и доктрина не отрицают возможности подхода, предложенного автором.

4.1. Международная практика

Международная практика не исключает возможности установления юрисдикционным органом менее (или более) строгого стандарта доказывания отдельных обстоятельств[54].

Классический пример — использование более строгого стандарта доказывания для утверждений о недобросовестности или коррупции[55]. В практике Международного суда ООН даже шла речь об общем правиле: «чем тяжелее обвинение, тем убедительнее доказательство»[56]. В международном инвестиционном арбитраже принято, что обвинения в мошенничестве (*fraud*), сговоре (*conspiracy*) или коррупции должны доказываться по повышенному стандарту[57], например, «ясные и убедительные доказательства» («*clear and convincing evidence*»)[58]. Аналогичная практика

[54] См.: *Tokios Tokeles v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award dated 26 July 2007, para. 124.

[55] *Blackaby, Partasides, Redfern, Hunter.* Op. cit., para. 6.98; *Muchlinski P., Ortino F., Schreuer C.* The Oxford Handbook of International Investment Law. Oxford University Press, 2008. P. 604. См. также более подробно о стандартах доказывания коррупции: *Hwang M., Lim K.* Corruption in Arbitration — Law and Reality. Herbert Smith SMU Asian Arbitration Lecture of 4 August 2011, para. 31 // (опубликовано http://goo.gl/VfDH9).

[56] См.: п. 33 *Oil Platforms* (Sep. Op. Higgins) (*Islamic Republic of Iran v United States of America*), Judgment of 6 November 2003, ICJ Reports 2003, p. 225.

[57] *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v Pakistan*, (ICSID Case No. ARB/03/29), Award dated 27 August 2009, paras. 143, 223. Решение в деле *Bayindir* впоследствии было в этом аспекте поддержано, к примеру, в деле *Chemtura Corporation v Canada*, UNCITRAL, Award dated 2 August 2010, para. 137.

[58] Именно такой стандарт упоминался в: Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi *v Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/15), Award dated 1 June 2009, paras. 325–326 и EDF

в отношении недобросовестности существует и в международном коммерческом арбитраже[59], также со ссылками на «*clear and convincing proof*»[60], «без сомнений» («*beyond doubt*»)[61] и аналогичные высокие стандарты.

Практика применения менее строгого стандарта доказывания (с прямым упоминанием об этом в решении), тем не менее, далеко не так распространена.

Комиссия по международному праву в своем Комментарии к Проекту Конвенции об арбитражном процессе отмечала, что трибунал должен более свободно, чем суды, пользоваться своими полномочиями по оценке доказательств для компенсации объективных сложностей с доказыванием, которые испытывает одна из сторон[62]. Браун (Brown) также признает, что в случаях, когда «стороны международного спора имеют сложности с получением доказательств», возможно использовать менее строгий стандарт доказывания, даже *prima facie*[63].

В 1930 г. в деле *Kling* Мексика отказалась представить доказательства, необходимые для установления обстоятельств дела. В свою очередь, истец был способен доказать эти же обстоятельства

(Services) Limited *v Romania* (ICSID Case No. ARB/05/13), Award dated 8 October 2009, para. 221.

[59] *Wilske S., Fox T.J.* Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 26: Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof // International Arbitration and International Commercial Law / eds / *Kröll S., Mistelis L.A.* Kluwer Law International 2011. P. 495.

[60] Final Award of 4 May 1999, Himpurna California Energy Ltd. v. Perusahaan Listruik Negara, in ed. Albert Jan van den Berg, Yearbook Commercial Arbitration, vol. XXV. Kluwer Law International, 2000, P. 11, 42.

[61] ICC, Final Award of 1988 in case no. 5622, in ed. Albert Jan van den Berg, Yearbook Commercial Arbitration, vol. XIX. Kluwer Law International, 1994. P. 105, 111.

[62] Commentary on the Draft Convention on Arbitral Procedure Adopted by the International Law Commission at its Fifth Session, Document A/CN.4/92, p. 59 (http://goo.gl/Fz5vQ).

[63] *Brown*, 2007, 99.

только *prima facie*. Комиссия вынесла решение в пользу истца, указав, что и доказательств *prima facie* достаточно в данной конкретной ситуации с учетом того, что истец не должен пострадать от поведения ответчика[64].

Международный суд ООН в известном деле *Corfu Channel* признал, что, так как необходимые доказательства находятся на албанской территории, а потому Великобритании могут быть объективно недоступны, последней *«… должно быть позволено более свободно обращаться к непрямым доказательствам и выводам из совокупности фактов»*[65]. Предложения восстановить таким образом справедливость в ситуации неравного доступа к доказательствам делались в делах *Oil Platforms*[66] и *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*[67], однако Суд занял в этих случаях осторожную позицию.

В практике *Iran-US Claims Tribunal* был ряд случаев, когда в силу того, что ответчик не представлял документы, которые находились в его владении, состав арбитража использовал менее строгий стандарт доказывания для истца — *prima facie*[68]. При этом, как указывают комментаторы, именно сложность с получением соответствующих документов позволила арбитрам использовать такой стандарт[69]. Иллюстративным в этом случае

64 *Kling v Mexico*, Award of 8 October 1930, 4 Reports of International Arbitral Awards 575–586 at 581.

65 *Corfu Channel* case, Judgment of April 9, 1949: ICJ Reports 1949, p. 18.

66 См.: п. 33 *Oil Platforms* (Sep. Op. Owada) (Islamic Republic of Iran v United States of America), Judgment of 6 November 2003, ICJ Reports 2003, p. 321.

67 См.: п. 45 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Sep. Op. Lauterpacht) (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993, p. 424.

68 *Caron, Caplan, Pelonpaa*, 2006, 570, со ссылками на дела *Dallal, Benjamin R Isaiah, Flexi-Van Leasing*, и др.

69 *Caron, Caplan, Pelonpaa*. Op. cit. P. 571. См. также: *Kazazi M.* Op. cit. P. 353.

будет обоснование состава арбитража в деле *Rockwell*[70]: *«Доказательства уровня prima facie должны считаться достаточным основанием для удовлетворения иска в случае, если доказывание фактов, лежащих в его основе, представляет большие трудности, а из [наличных] доказательств можно сделать разумные выводы. Это особенно справедливо в случае, когда трудности с доказыванием являются результатом отсутствия своевременных возражений со стороны Ответчика, которые могли бы помочь Истцу надлежащим образом сформулировать свой иск. В таком случае допустимо понижать стандарт доказывания…»*

Клеффнер (Kleffner) в своей работе по международному уголовному процессу[71] утверждает, со ссылками на практику Европейского суда по правам человека и Международного суда ООН, что общий принцип *onus probandi actori incumbit* должен дополняться особыми правилами в случае, когда одна из сторон имеет исключительный или преобладающий доступ к доказательствам. Такие правила могут включать и возложение на сторону, которая находится в благоприятном положении, более строгого стандарта доказывания.

«Ослабленный» («*relaxed*») стандарт доказывания применялся при рассмотрении *Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts in Switzerland* требований пострадавших от нацистских преследований. Как указывает Вансаймер, такой стандарт доказывания в этом случае устанавливался именно исходя из объективной сложности с получением документальных доказательств, которые могли быть использованы заявителями[72].

70 *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, 23 Iran-US CTR 150, 188 (1989).

71 *Kleffner J. K.* Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions. Oxford University Press, 2008. P. 204–205, сноска 235.

72 *Waincymer J.* Op. cit. P. 770.

Использование менее строгого стандарта доказывания известно и национальным судам ЕС. Как указывает Н.Г. Елисеев, хотя по общему правилу § 286 (1) Гражданского процессуального кодекса Германии немецкие суды в соответствии с законом устанавливают в процессе «практическую истину»[73], *«… иногда для достижения правого результата достаточно убедить суд в преимущественной вероятности юридического факта»*[74], а иногда *«… юридическое значение признается даже за малой вероятностью искомого факта, например если из-за виновных действий стороны доказательства оказались недоступными для исследования»*[75]. И.В. Решетникова также полагает, что в английском праве *«… стандарт доказывания по гражданским делам отличается гибкостью и может изменяться в зависимости от категории дела»*[76].

Редкость прямых ссылок на использование менее строгого стандарта доказывания в практике коммерческих арбитражей может быть вызвана тем, что арбитры не считают нужным явно упоминать об этом в решении. Как показывает исследование практики *ICC* в 2004–2010 гг., за этот период в 33 случаях стороны просили состав арбитража сделать неблагоприятные выводы против другой стороны, однако такие выводы были сделаны всего 12 раз, а в оставшихся случаях арбитры постановили, что они *«могут прийти к тому же решению и без использования неблагоприятных выводов»*[77], т.е., фактически, удовольствовались наличными в деле доказательствами.

[73] *Елисеев Н.Г.* Доказывание в гражданском процессе Федеративной республики Германии… С. 156.

[74] *Елисеев Н.Г.* Краткий комментарий к Гражданскому процессуальному уложению Германии // СПС «Гарант». 2006. С. 19.

[75] *Елисеев Н.Г.* Краткий комментарий к Гражданскому процессуальному уложению Германии… С. 19. См. также: *Елисеев Н.Г.* Доказывание в гражданском процессе Федеративной республики Германии… С. 169.

[76] *Решетникова И.В.* Доказательственное право Англии и США… С. 113.

[77] International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence, and Evolution / eds. *Kröll, Mistelis* et al… P. 189.

Таким образом, международно-признанные дискреционные полномочия арбитража в сфере оценки доказательств позволяют ему принимать решения как с менее строгим, так и с повышенным стандартом доказывания.

4.2. Российское право

Как упоминалось ранее, процессуальные кодексы республик СССР, так же как и большинство современных процессуальных кодексов постсоветских государств, устанавливают, что доказательства оцениваются судом по его внутреннему убеждению[78]. Тем не менее как было показано на примере Гражданского процессуального кодекса Германии, это не означает невозможности применения менее строгого стандарта доказывания.

Российские суды, несмотря на то, что законодательство не предусматривает пока явным образом менее строгого стандарта доказывания[79], на практике все чаще признают, что в определенных условиях такой стандарт может использоваться. Причиной этому часто являются именно проблемы, связанные с доступностью доказательств и уменьшением роли суда в их получении.

Во-первых, российские процессуалисты отмечают, что общая тенденция усиления состязательности процесса между хозяйствующими субъектами, понижения роли суда в процедуре доказывания постепенно должна приводить к отходу на практике

[78] *Решетникова И.В.* Доказательственное право Англии и США… С. 32. *Резник Г.М.* Стандарты доказанности и межотраслевая преюдиция // Доклады и сообщения на конференции «Уголовная юстиция: связь времен», 6–9 октября 2010 г., Санкт-Петербург (http://www.iuaj.net/node/625). См. также: ст. 14 (1) ГПК РСФСР 1964 г., ст. 20 (1) УПК РСФСР 1960 г., ст. 68 (1) Правил рассмотрения споров государственными арбитражами (Постановление Совета Министров СССР от 05.06.1980 № 440), и др.

[79] *Решетникова И.В.* Состязательность гражданского судопроизводства через призму судебной практики // Закон. 2005. № 3. С. 80–82. (http://ekaterinburg.arbitr.ru/files/userfiles/CT/32.htm).

от принципа установления объективной истины и использованию менее строгого стандарта доказывания[80].

Отказ суда от своей роли активного субъекта собирания доказательств подразумевает, что суд будет вынужден принимать решение по делу на основании тех доказательств, которые были поданы сторонами, а также презумпций, принятых судом, что не обязательно отразит в совокупности «объективную истину»[81].

Во-вторых, Конституционный Суд РФ установил в известном деле Суринова, что стандарт доказывания в уголовных делах должен быть выше, чем в гражданских (хотя формально суд устанавливает истину в обоих случаях): «*Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации устанавливает более строгие требования именно к доказыванию виновности лица, поскольку презумпция невиновности диктует признание судом всех фактов, свидетельствующих в пользу обвиняемого, — пока они не опровергнуты стороной обвинения в должной процессуальной форме*»[82].

В-третьих, Постановление Президиума ВАС РФ № 12505/11 от 6 марта 2012 года также может свидетельствовать о намечающейся практике использования менее строгого стандарта доказывания в ситуации недостатка доказательств, сопряженного с недобросовестным поведением стороны.

В этом деле о взыскании убытков с недобросовестного руководителя акционерного общества истец (само акционерное общество) предоставил в суд *«достаточно серьезные доказательства*

[80] Там же.

[81] *Решетникова И.В.* Доказательственное право Англии и США... С. 42.

[82] Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2008 года № 193-О-П «По жалобе гражданина Суринова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».

и привел убедительные аргументы» относительно недобросовестности сделки, заключенной ответчиком. Ответчик, в свою очередь, имел возможность представить оправдательные документы (имел доступ к таким документам), но не сделал этого, несмотря на запросы истца и судов.

В результате ВАС РФ постановил, что *«**нежелание** представить доказательства должно квалифицироваться исключительно как отказ от опровержения того факта, на наличие которого аргументированно со ссылкой на конкретные документы указывает процессуальный оппонент»* и согласился с доводами истца в этом аспекте.

Как отмечают комментаторы, данный подход ВАС РФ существенно отличается от предыдущей практики, когда на истцов возлагалось бремя убедительного доказывания своего иска независимо от поведения ответчика[83].

По мнению автора, это решение ВАС РФ следует понимать именно как случай использования менее строгого стандарта доказывания по следующим причинам:

1) Суд мог бы просто принять решение об установлении факта на основании косвенных доказательств, которые суд посчитал достаточными (хотя, вообще-то, суд кассационной инстанции не может давать оценку достаточности доказательств). Однако суд не просто ссылался на *«отсутствие доказательств»*, с другой стороны, он четко упомянул *«**нежелание** представить доказательства»* ответчиком как **причину** удовлетворения иска. Суд подчеркнул, что в данном случае

[83] *Гармаев А., Еременко Ю.* Топ-5 прецедентных постановлений ВАС РФ за 2012 год. Новейшие тренды. Дело № 1 (http://www.vegaslex.ru/text/62987).

обстоятельства были доказаны именно из-за нежелания ответчика их опровергнуть. Об этом также свидетельствует фраза из мотивировочной части *«участвующее в деле лицо, не совершившее процессуальное действие [ответчик, не представивший доказательства], несет риск наступления последствий такого своего поведения»*.

2) Суд мог говорить о переходе бремени доказывания в ситуации, когда ответчик уклоняется от представления доказательств. Однако, как было показано выше, сама по себе концепция перехода бремени доказывания достаточно спорна. В частности, о таком переходе не говорит ст. 65 АПК РФ, по которой даже если ответчик не представил опровержения, это не освобождает истца от доказывания своей позиции.

По мнению автора, следует признать, что в данном случае ВАС РФ использовал менее строгий стандарт доказывания для истца в связи с недобросовестным поведением ответчика, в результате чего доказательств, представленных истцом в определенном вопросе, стало достаточно для вынесения решения в его пользу.

Таким образом, использование менее строгого стандарта доказывания не противоречит основным принципам российского процессуального права, а потому вряд ли будет считаться основанием для отмены арбитражного решения, вынесенного в РФ, либо отказа в признании и исполнении такого решения.

5. Вывод

Таким образом, как российские, так и международные правовые нормы и практика не препятствуют арбитрам использовать менее строгий стандарт доказывания для добросовестной стороны

в ситуации, когда ее оппонент уклоняется от предоставления доказательств, необходимых для рассмотрения дела.

По мнению автора, управление стандартом доказывания может быть для международного арбитражного трибунала средством влияния, предпочтительным перед классическими «неблагоприятными выводами». Использование менее строгого стандарта доказывания оставляет на добросовестной стороне бремя утверждения своей версии дела и не вовлекает трибунал в «создание» доказательств, что может восприниматься как нарушение надлежащего процесса. Одновременно оно не настолько спорно с точки зрения правомерности, как перекладывание бремени доказывания на недобросовестную сторону или механическое применение *balance of probabilities*.

А.И. Ядыкин,
старший юрист, Debevoise & Plimpton LLP

ИНСТИТУТ «АНТИИСКОВЫХ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР» (ANTI-SUIT INJUNCTIONS) И ВОЗМОЖНОСТЬ ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ РОССИЙСКИМИ СУДАМИ В СВЯЗИ С ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

I. Введение

В настоящее время одной из характерных черт разрешения коммерческих споров (прежде всего международных) является частое возникновение так называемых «параллельных» разбирательств, когда фактически один и тот же спор одновременно передается на рассмотрение различных юрисдикционных органов[1]. На практике существует большое разнообразие ситуаций, в которых возможно возникновение таких параллельных процессов — как судебных, так и третейских[2].

[1] «Технически» возможны различные варианты соотношения процессов во времени — возможны как «параллельные», так и «последовательные» процессы. Для упрощения в данной статье любые сценарии, при которых один и тот же вопрос рассматривается различными юрисдикционными органами, именуются «параллельными» разбирательствами (процессами), независимо от соотношения различных конкурирующих процессов во времени.

[2] В рамках данной статьи термины «арбитражный» и «третейский», а также производные от них словосочетания используются как синонимы, если из контекста не следует иное. В данной статье термин «третейский суд» используется в том же значении, что в Законе о МКА, т.е. обозначает единоличного третейского судью (арбитра) или коллегию из третейских судей (арбитров), рассматривающих дело, а не какое-либо постоянно действующее третейское учреждение.

В рамках данной статьи рассматривается вопрос о возможном применении российскими судами или самим составом третейского суда института «антиисковых обеспечительных мер»[3] для пресечения параллельных судебных разбирательств, возникающих при наличии между сторонами третейского соглашения (т.е. прямо или косвенно связанных с третейским процессом (в т.ч. с международным коммерческим арбитражем) и направленных на его «подрыв» или, напротив, на его защиту). Для целей данной статьи под «антиисковыми обеспечительными мерами» понимается процессуальный акт (приказ, постановление) компетентного юрисдикционного органа, запрещающий какому-либо лицу или лицам возбуждение или продолжение какого-либо разбирательства в другом юрисдикционном органе.

Следует сразу же отметить, что по данному вопросу в настоящее время в России отсутствует сколько-нибудь подробное правовое регулирование и имеется крайне ограниченная судебная практика. Вопрос о возможности применения в России «антиисковых обеспечительных мер» представляется также относительно новым для российской правовой доктрины и недостаточно разработанным в ней. Так, если в зарубежной юридической литературе вопросы об «антиисковых обеспечительных мерах»

[3] Автору не известен какой-либо официальный единообразный перевод термина «anti-suit injunctions». Представляется удачным использованный в недавней публикации Р.М. Ходыкина термин «антиисковые обеспечительные меры». См.: *Ходыкин Р.М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: *LIBER AMICORUM* в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / Сост. и науч. ред. *С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина*. М.: Статут, 2013. С. 274–297. Хотя, безусловно, могут существовать и иные варианты перевода данного термина на русский язык.

достаточно подробно исследованы, в российской юридической литературе крайне мало работ, посвященных мировому опыту в данной области[4], а также вопросу о возможности применения «антиисковых обеспечительных мер» с точки зрения действующего российского законодательства[5]. Цель данной статьи состоит в том, чтобы по возможности максимально полно осветить проблематику возможного применения «антиисковых обеспечительных мер» в рамках действующего российского законодательства и наметить подходы к применению подобных обеспечительных мер.

II. Проблематика «параллельных» разбирательств применительно к третейскому разбирательству

Хотя автором не ставилась задача исследовать все многообразие возможных вариантов «параллельных» разбирательств, равно как и задача детального исследования всей их проблематики, представляется, что для целей настоящего исследования будет полезно привести некоторую общую информацию о типичных видах «параллельных» разбирательств и о вызванных ими юридических проблемах (в качестве контекста для решения вопроса о возможном применении «антиисковых обеспечительных мер»).

[4] См.: *Кабатова Е.В.* Принятие обеспечительных мер при арбитражном разбирательстве // Актуальные вопросы российского частного права: сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева / *Сост. Е.А. Павлова, О.Ю. Шилохвост*. М.: Статут, 2008 // СПС «Консультант Плюс». См. также: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[5] Автору удалось обнаружить лишь две работы, где предпринимался анализ по данному вопросу: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297; *Карабельников Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 60–62.

Характерным, но далеко не единственным примером «параллельных» разбирательств, связанных с третейским разбирательством, является возбуждение стороной спора, находящегося на рассмотрении третейского суда (международного коммерческого арбитража), искового производства в государственном суде с целью воспрепятствовать ведению процесса в международном коммерческом арбитраже и создать основания для последующего отказа в признании и приведении в исполнение третейского решения в стране ответчика. Возможны и ситуации «превентивного» обращения с иском в государственный суд до возбуждения третейского разбирательства, равно как и ситуации, когда сторона, против которой уже вынесено третейское решение, пытается передать спор на рассмотрение по существу в государственный суд, невзирая на наличие третейского решения.

Отличительной особенностью российской правоприменительной практики является широкое использование механизма так называемых «косвенных исков»[6] со стороны акционеров (участников) хозяйственного общества, заключившего третейское соглашение. Например, в ситуации, когда российское акционерное общество выступает в качестве ответчика в международном коммерческом арбитраже по спору, возникшему в рамках договора, вполне типичной тактикой ответчика является инициирование подачи иска в российский арбитражный суд от имени какого-либо акционера ответчика с требованием о признании договора недействительным. Широко распространена практика предъявления косвенных исков в подобных случаях в связи

[6] Подобное обозначение принято в российской юридической литературе, хотя с процессуальной точки зрения иск акционера к обществу и его контрагенту о признании недействительным заключенного ими договора является, строго говоря, «прямым» (регулярным) иском, в отличие, например, от акционерных косвенных исков. В литературе по гражданскому процессу такие иски также принято именовать «производные иски».

с нарушением порядка одобрения крупных сделок или сделок с заинтересованностью[7]. Российской судебной практике известны и иные «технологии» оспаривания сделок в российских судах сторонами, не связанными третейским соглашением — в частности, по основанию нарушения законодательства об иностранных инвестициях в «стратегические» хозяйственные общества[8]. Вынесение российским судом решения о признании договора недействительным само по себе не влечет прекращения производства по делу в международном коммерческом арбитраже за пределами РФ, но, с высокой долей вероятности, будет являться препятствием к дальнейшему признанию и приведению в исполнение в РФ третейского решения, если таковое будет вынесено против ответчика и будет противоречить выводам российского суда[9].

[7] На основании соответственно п. 6 ст. 79 и п. 1 ст. 84 Федерального закона № 208-ФЗ от 26.12.1995 г. (с изменениями и дополнениями) «Об акционерных обществах» в отношении акционерных обществ и п. 5 ст. 45, п. 5 ст. 46 Федерального закона № 14-ФЗ от 08.02.1998 г. (с изменениями и дополнениями) «Об обществах с ограниченной ответственностью». Типичным примером использования механизма косвенного иска в российском суде при наличии договорного спора, переданного на рассмотрение международного арбитража, является дело по спору между компанией Ciments Français и компанией «Сибирский цемент». См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 05.06.2012 г. № 76/12 и судебные акты нижестоящих судов по тому же делу. В данном деле косвенный иск акционера был удовлетворен, но в последующем вынесенные судебные акты были отменены и дело направлено на новое рассмотрение, что в целом отражает наметившийся в судебной практике относительно консервативный подход к подобного рода искам, явно направленным на «подрыв» третейского разбирательства и предотвращение исполнения третейского решения.

[8] В качестве примера можно привести судебные акты, вынесенные по делу о признании недействительным соглашения о создании совместного предприятия на основе ОАО «Мегафон» по иску ОАО «Телекоминвест», не являвшегося стороной соглашения (в частности, см.: Постановление ФАС Московского округа от 21.02.2011 г. № КГ-А40/17997–10 по делу № А40–40521/10–22–354).

[9] Вероятным основанием к отказу в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в РФ в данном случае будет нарушение публичного порядка — п. V.2. (b) Конвенции ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (Нью-Йорк, 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция), пп. 2 п. 2 ч. 1 ст. 36 Закона РФ № 5338–1 от 07.07.1993 г. «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА). Этой позиции последовательно

Возникновение «параллельных» процессов не обязательно свидетельствует о применении стороной спора каких-либо недобросовестных методов. Так, сторона может добросовестно заблуждаться относительно наличия и действительности третейского соглашения или относительно его распространения на конкретный спор и/или круг лиц. Сторона также может пользоваться законными возможностями для возбуждения «параллельных» разбирательств в целях защиты своих интересов. Одним из известных примеров из области инвестиционного арбитража являются параллельные инвестиционные арбитражные дела *Lauder/CME*, в которых рассматривались параллельные иски иностранного инвестора и его контролирующего акционера к Республике Чехия, поданные в связи с фактической экспроприацией властями Чехии имущества иностранного инвестора. В данном деле инвестиции были осуществлены CME — голландской компанией — что позволило CME предъявить иск в арбитраж на основании договора о защите инвестиций (BIT) между Голландией и Чехией. Одновременно с этим контролирующий акционер CME, г-н Лаудер, в качестве индивидуального инвестора подал отдельный иск к тому же ответчику на основании BIT между Великобританией и Чехией. Оба «параллельных» арбитражных процесса базировались на одном и том же наборе фактов. В данном случае возбуждение «параллельных» арбитражных процессов позволило истцу легитимно увеличить свои шансы на присуждение компенсации[10].

придерживаются российские арбитражные суды. См., например: Определение ВАС РФ от 27.08.2012 г. № ВАС-17458/11 по делу № А27–781/2011.

[10] Любопытно, что составы арбитража, сформированные для параллельного рассмотрения исков CME и г-на Лаудера, пришли к разным выводам по существу дела. В конечном итоге в деле по иску CME действия Чехии были признаны фактической экспроприацией иностранной инвестиции, и истцу была присуждена компенсация убытков. Более подробно о данном деле см.: *Rivkin D. W.* The Impact of Parallel and Successive Proceedings on Enforcement of Arbitral Awards // Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration / Edited by *Bernardo M. Cremades* and *Julian D. M. Lew*. ICC Publishing, 2005. Pp. 269–305.

В то же время в большом количестве случаев «параллельные» разбирательства способны лишить стороны ряда важнейших преимуществ третейского процесса — например, затянуть и усложнить дело, привести к увеличению стоимости разбирательства и, самое главное, привести к принятию различными юрисдикционными органами противоречащих друг другу решений (в том числе по существу дела и по вопросу о наличии компетенции), что, естественно, негативно влияет на перспективы признания и приведения в исполнение третейского решения, фактически сводя на нет такие традиционно отмечаемые специалистами преимущества третейского разбирательства по сравнению с судебным, как быстрота и относительная дешевизна разрешения спора[11], окончательность и конфиденциальность решения. К примеру, может возникать риск двойного взыскания, судебные процессы по делам об отмене третейского решения и о его признании и приведении в исполнение могут оказаться сложными и дорогостоящими, а конфиденциальность решения может быть утрачена в процессе оспаривания решения в государственных судах[12].

Ярким примером того, до какой степени существование «параллельных» процессов может усложнить международный арбитражный процесс, является известное дело *Karaha Bodas v Pertamina*. В данном деле возник спор между компанией Karaha Bodas Co. LLC (KBC) и индонезийской государственной компанией Pertamina в рамках договора на строительство и управление

[11] Автор не утверждает, что третейское разбирательство во всех случаях является экономически более эффективным и быстрым по сравнению с процессом в государственных судах. Третейское разбирательство традиционно считается более быстрым и дешевым способом разрешения споров по сравнению с судебными процессами в ряде западных стран, хотя существует тенденция к усложнению и удорожанию прежде всего международных арбитражных процессов, особенно по крупным делам. Следует также отметить, что с точки зрения затрат на ведение дела и сроков его рассмотрения производство в российских государственных судах выгодно отличается от производства в судах ряда западных стран.

[12] Подробнее — см.: *Rivkin D. W.* Op.cit. Pp. 269–305.

электростанцией в Индонезии, заключенного KBC в качестве подрядчика и Pertamina в качестве заказчика. После того как власти Индонезии приостановили реализацию проекта, компания KBC обратилась в арбитраж в Швейцарии, и в декабре 2000 г. в ее пользу было вынесено решение. Вскоре после этого компания KBC обратилась в суд штата Техас за признанием и исполнением решения. Параллельно с этим компания Pertamina безуспешно добивалась отмены арбитражного решения по месту проведения арбитража (в Швейцарии), а затем также подала заявление об отмене того же решения в Индонезии, причем индонезийский суд вынес решение об отмене арбитражного решения несмотря на то, что Индонезия не являлась местом проведения арбитража. При этом индонезийский суд издал судебный акт о введении обеспечительных мер, запрещающих KBC осуществлять принудительное исполнение принятого в его пользу арбитражного решения, в то время как американский окружной суд издал судебный акт о введении встречных обеспечительных мер против Pertamina, запретив реализацию обеспечительных мер, введенных индонезийским судом (т.е. принял «анти-антиисковые меры»). В конечном итоге приказ американского окружного суда о встречных обеспечительных мерах был отменен, но арбитражное решение было признано на территории США, после чего (в 2004 г.) Верховный суд Индонезии отменил решение нижестоящего суда об отмене этого арбитражного решения. Таким образом, хотя в данном деле наличие «параллельных» процессов в конечном итоге не явилось препятствием к признанию арбитражного решения, уже после вынесения решения сторонам потребовалось провести дополнительные длительные судебные процессы, понести значительные расходы, а также юридические риски привлечения к ответственности в связи с неисполнением судебных решений[13].

[13] *Rivkin D. W.* Op. cit. Pp. 269–305. По вопросам о возможных негативных последствиях параллельных процессов и о способах устранения этих последствий см. также: *Francisco Orrego Vicuña*. Lis Pendens Arbitralis // Dossier of the ICC Institute of World

III. Правовые механизмы пресечения или устранения негативного воздействия «параллельных» разбирательств

Комментаторами выделяется ряд юридических мер и механизмов, способных либо предотвратить возникновение «параллельных» процессов, либо снизить их негативное воздействие на третейский процесс, в частности:

- предотвращение возможности «параллельных» разбирательств на уровне международно-правовых документов (в частности, путем включения в BIT и многосторонние соглашения о защите инвестиций так называемых «*fork-in-the-road clauses*», согласно которым в случае обращения инвестора в арбитраж инвестор не имеет права параллельно предъявлять аналогичные требования в государственном суде);

- консолидация (объединение) третейских разбирательств и привлечение третьих лиц (там, где это допустимо с процессуальной точки зрения);

- приостановление разбирательства до завершения параллельного разбирательства (там, где это допустимо с процессуальной точки зрения), в том числе на основании международно-правового принципа вежливости (*comity*);

- признание преюдициальной и (или) обязательной силы вынесенного решения (*res judicata*) в параллельных разбирательствах

Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration / Edited by *Bernardo M. Cremades* and *Julian D.M. Lew.* ICC Publishing, 2005. Pp. 207–219; *Hobér K.* Parallel Arbitration Proceedings — Duties of the Arbitrators: Some Reflections and Ideas // Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitration Procedures in International Arbitration / Edited by *Bernardo M. Cremades* and *Julian D.M. Lew.* ICC Publishing, 2005. Pp. 243–269.

и прекращение параллельных идентичных процессов (*lis pendens*) (при наличии процессуальных оснований)[14];

- иные способы устранения потенциального конфликта решений, в том числе в рамках используемой в американском праве концепции *collateral estoppel*[15].

Одним из распространенных в мировой практике механизмов предотвращения потенциального «конфликта решений» в рамках параллельных разбирательств является принятие антиисковых обеспечительных мер.

В российской правовой системе также действуют определенные механизмы предотвращения параллельных разбирательств, связанных с третейским разбирательством. Эти правовые механизмы закреплены на уровне документов международного права[16] и отражены на уровне национального законодательства.

Прежде всего отметим, что согласно п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции каждое участвующее в ней государство признает арбитражные соглашения, а согласно п. 3 той же статьи суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Аналогичные положения закреплены в п. 1 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ

[14] Достаточно сложным отдельным вопросом является вопрос о применении концепций *res judicata* и *lis pendens* в контексте международного арбитража, а не судебных процессов. Данный вопрос в целом находится за рамками данного исследования.

[15] *Rivkin D.W.* Op. cit. Pp. 269–305.

[16] Под документами международного права для целей данной статьи понимаются, в том числе и международные источники, не являющиеся юридически обязательными (не имеющие силы международного договора).

о международном торговом арбитраже (далее — Типовой закон). Отвод государственному суду за неподведомственностью в связи с наличием арбитражного (третейского) соглашения предусмотрен также п. 1 ст. VI Европейской конвенции от 21 апреля 1961 г. «О внешнеторговом арбитраже» (далее — Европейская конвенция). В п. 3 ст. VI Европейской конвенции также предусмотрено, что если одна из сторон в арбитражном соглашении подала заявление с просьбой об арбитраже, то государственный суд, в который может в последующем обратиться другая сторона с иском по тому же предмету или вопросу об отсутствии, недействительности или утрате силы арбитражным соглашением, должен отложить вынесение решения по вопросу о компетенции арбитражного суда до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела, поскольку у государственного суда нет достаточно существенных оснований для отступления от этого правила.

Российское национальное законодательство следует за нормами международного права. Так, положения п. 1 ст. 8 Типового закона практически дословно воспроизведены в п. 1 ст. 8 Закона о МКА. В действующем процессуальном законодательстве содержатся нормы о том, что иск, поданный в суд при наличии третейской оговорки, должен быть оставлен без рассмотрения, если только суд не установит, что третейское соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, абз. 6 ст. 222 ГПК РФ). Если же имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, государственный суд должен прекратить производство по делу, за исключением случаев, если арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, абз. 6 ст. 220 ГПК РФ).

Хотя приведенные выше правовые механизмы, закрепленные в документах международного права и на уровне российского национального законодательства, в определенных случаях не позволяют стороне, заключившей третейское соглашение, а тем более стороне, против которой вынесено третейское решение, уклониться от согласованного третейского механизма разрешения споров, очевидно, что эти правовые механизмы далеко не во всех случаях будут применимы.

Прежде всего обращает на себя внимание, что указанные защитные правовые механизмы действуют только в отношении сторон, заключивших третейское соглашение[17], и только в отношении споров, подпадающих под действие третейского соглашения. Кроме того, оговорки о праве государственного суда рассмотреть иск по существу в случае, когда суд устанавливает, что третейское соглашение является недействительным, утратившим силу или не подлежащим исполнению, потенциально могут быть использованы для обоснования наличия у государственного суда компетенции рассматривать дело по существу[18]. В литературе отмечаются недостатки подхода к устранению коллизий юрисдикции в рамках действующего законодательства. Рассмотрение данного вопроса в целом лежит за пределами данной статьи[19].

---

[17] Одним из актуальных вопросов, активно обсуждаемых в зарубежной литературе по вопросам международного арбитража и встречающихся в практике, является вопрос о распространении действия арбитражного соглашения на лиц, которые не подписывали соглашение, на основании различных правовых теорий. В связи с объемностью данной темы она не может быть рассмотрена в рамках данной статьи. Подробнее см.: *Hanotiau B.* Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. Kluwer Law International, 2005. Chapter II.

[18] За рамки данной статьи выходит вопрос о том, каким правовым стандартом должен руководствоваться государственный суд при определении того, что третейское соглашение недействительно, не может быть исполнено или утратило силу.

[19] См. обзор источников по данной теме: *Елисеев Н.Г.* Разрешение коллизий подведомственности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007, № 8 // СПС «Консультант Плюс».

То обстоятельство, что существующие правовые механизмы позволяют только частично предотвратить возникновение параллельных судебных разбирательств, направленных на обход третейского соглашения, очевидно при взгляде на российскую судебную практику с ее широким использованием исков от лиц, формально не связанных третейским соглашением. В этой связи рассмотрим вопрос о том, может ли механизм «антиисковых обеспечительных мер» предоставить необходимую защиту третейского разбирательства от параллельных разбирательств.

IV. Понятие, виды и международная практика применения «антиисковых обеспечительных мер»

А. Понятие «антиисковых обеспечительных мер»

Понятие «антиисковых обеспечительных мер» объединяет по существу совершенно различные по своей природе институты введения обеспечительных мер государственными судами и непосредственно составом арбитража (третейского суда). Обеспечительные меры[20] государственного суда принимаются непосредственно судом как органом государственной власти. Они обеспечены механизмом принуждения и за их неисполнение наступает юридическая ответственность, в принципе, на тех же основаниях, как за неисполнение любого судебного акта. Ситуация с обеспечительными мерами третейского суда представляется более сложной с учетом природы третейского разбирательства как особой процедуры разрешения споров,

[20] В различных правопорядках используется достаточно разнообразная терминология для обозначения обеспечительных мер, в том числе. *interim measures*, *interim relief*, *conservatory measures*. В данной статье анализ нюансов использования терминологии по вопросам об обеспечительных мерах не проводится.

основанной на автономии воли сторон. Третейский суд по определению не может принимать никаких обеспечительных мер, распространяющихся на третьи лица, не являющиеся стороной третейского соглашения. Кроме того, третейский суд не имеет по отношению к сторонам власти и не может непосредственно применить к ним какие-либо принудительные меры. Зачастую единственной реальной санкцией, которая может быть применена самим третейским судом к стороне за неподчинение акту (постановлению) третейского суда о какой-либо обеспечительной мере, являются «неблагоприятные выводы» («*adverse inferences*»), которые состав арбитража может сделать в отношении стороны в связи с ее процессуальным поведением[21]. В то же время, даже несмотря на отсутствие у постановлений третейского суда об обеспечительных мерах реальной принудительной силы, на практике стороны третейского разбирательства, как правило, исполняют такие постановления.

Также отметим, что в некоторых правовых системах постановление третейского суда о введении обеспечительных мер может быть приведено в исполнение принудительно при поддержке государственных судов, а за неисполнение соответствующего процессуального акта государственного суда лицо, которому этот процессуальный акт адресован, может быть привлечено к ответственности.

Б. Правовые основания для применения «антиисковых обеспечительных мер»

Автору не известны какие-либо универсальные международно-правовые источники, прямо регулирующие применение судами «антиисковых обеспечительных мер». Представляется, что

[21] Обширный и спорный вопрос о том, какие конкретно правовые последствия могут иметь в третейском разбирательстве *adverse inferences*, лежит за пределами данного исследования.

вопрос о возможности и процедуре применения подобных обеспечительных мер регулируется соответствующими национальными правовыми нормами.

Вопрос о применении «антиисковых обеспечительных мер» непосредственно третейским судом также не урегулирован на уровне юридически обязывающих документов международного права и должен решаться в рамках применимого арбитражного регламента[22] и норм *lex arbitri*[23].

При этом подход к данному вопросу во многих ведущих юрисдикциях унифицирован путем имплементации в национальное законодательство Типового закона в первоначальной редакции или в редакции 2006 г.

Обращает на себя внимание подход к обеспечительным мерам в рамках Типового закона.

Если первоначальная редакция ст. 17 Типового закона содержала лишь общую формулировку, согласно которой *«арбитражный суд может… распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер* ***в отношении предмета спора***[24]*, которые он*

[22] См., например, широкие формулировки о праве третейского суда ввести необходимые обеспечительные меры (без какого-либо ограничения по видам мер) в п. 1 ст. 28 Арбитражного регламента ICC 2012 г.

[23] В иностранной юридической литературе высказывается и мнение о наличии у состава арбитража (третейского суда) общих, не основанных на какой-либо конкретной норме национального права полномочий на принятие необходимых мер к защите третейского процесса. См.: *Gaillard E.* Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators // In Albert Jan van der Berg (ed) International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series, 2006 Montreal Volume 13. Kluwer Law International. Pp. 236–239.

[24] Использование в первоначальной редакции ст. 17 Типового закона формулировки *«в отношении предмета спора»* вызывало многочисленные споры в зарубежной доктрине по поводу того, должна ли данная формулировка (основанная, в свою очередь, на тексте ст. 26 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ) трактоваться узко (вплоть до признания возможности применения обеспечительных мер

считает необходимыми», та же статья в редакции 2006 г. содержит максимально широкую формулировку о праве третейского суда распорядиться о любых обеспечительных мерах, **не обязательно в отношении предмета спора**. В частности, предусмотрена возможность принятия обеспечительных мер, направленных на сохранение статус-кво (п. 2 (a) ст. 17) и на предотвращение или пресечение действий, способных причинить ущерб или создать угрозу (*harm or prejudice*) третейскому процессу (п. 2 (b) ст. 17). Типовой закон прямо не называет такого возможного вида обеспечительных мер, как антиисковые. В то же время опубликованные комментарии Рабочей группы по подготовке изменений 2006 г. к Типовому закону ясно показывают, что разработчики Типового закона подразумевали, что формулировка (п. 2 (b) ст. 17) предусматривает, в том числе «антиисковые обеспечительные меры»[25].

B. Мировая практика применения «антиисковых обеспечительных мер»

«Антиисковые обеспечительные меры», прежде всего, судебные, являются одним из традиционных юридических механизмов для предотвращения параллельных разбирательств, используемых прежде всего в странах англосаксонской правовой семьи (в Англии, США, Канаде, Австралии и т.д.) и в некоторых иных правовых системах (в том числе в правовых системах Франции и Германии)[26].

Для целей данной статьи интерес представляет практика применения «антиисковых обеспечительных мер» (прежде всего

только в отношении вещей, являющихся объектом спора) или более широко. См.: *Graham Luis Enrique*. Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View from the UNCITRAL Arbitration Regime) in Albert van der Berg (ed), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference // ICCA Congress Series, 2009 Dublin Volume 14. Kluwer Law International, 2009. Pp. 539–541.

[25] Доклад Рабочей группы по арбитражу о работе ее 43-й сессии (Вена, 3–7 октября 2005 г.) // Доступно на сайте http://goo.gl/a8P8c (по состоянию на 31 мая 2013 г.).

[26] *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

судебных) в Англии как стране, имеющей, возможно, наиболее давние традиции применения данного института. Как отмечается английскими комментаторами, английские суды традиционно наделены правом запрещать ответчику, на которого распространяется юрисдикция данного суда, начинать или продолжать гражданское разбирательство в иностранном государстве или участвовать в арбитраже. В частности, подобный судебный запрет («антиисковая обеспечительная мера») может быть принят судом, если указанные процессуальные действия нарушают пророгационную оговорку, согласно которой исключительным правом разрешать споры обладают суды Англии[27]. Подобный запрет, в частности, был принят английским судом по делу *OT Africa* (2005) с целью помешать стороне вести производство в канадском суде в обход оговорки об исключительной юрисдикции английских судов[28]. «Антиисковые обеспечительные меры» также принимаются английскими судами в целях поддержки оговорки о проведении арбитража в Англии (иными словами, в целях запрета обхода арбитражной оговорки), как это было сделано по делу *C v D* (2007)[29]. Еще одним примером ситуации, когда с точки зрения английского гражданского процесса допускается введение «антиисковых обеспечительных мер», является попытка стороны обойти «многоступенчатую» оговорку о разрешении споров, предусматривающую обязательность проведения медиации до предъявления иска в арбитраж[30]. Наконец, английские суды могут принять «антиисковые обеспечительные меры» в виде запрещения стороне ведения процесса в иностранном суде и в некоторых иных

[27] *Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Под ред. *Р.М. Ходыкина*. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 434. Подробно об антиисковых обеспечительных мерах в праве Англии см. также: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[28] *Эндрюс Н.* Указ. соч. С. 438.

[29] Там же. С. 439.

[30] Дело: *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd* (2002) [2002] 2 All ER (Comm) 1041.

случаях, когда английский суд обладает юрисдикцией и является надлежащим судом для рассмотрения спора, в то время как судебный процесс в иностранном суде был бы недобросовестным (*vexatious*) и отягощающим (*oppressive*)[31].

Английские суды занимают позицию, что принятие ими «антиисковых обеспечительных мер», в принципе, не является вторжением в юрисдикцию судов иностранных государств, поскольку подобный судебный запрет на ведение параллельного процесса за границей адресован не иностранному суду, а стороне, на которую распространяется юрисдикция английского суда. Соответственно, принятие обеспечительных мер само по себе не способно повлечь таких юридических последствий, как прекращение процесса в иностранном суде, однако несоблюдение английского судебного запрета стороной может повлечь привлечение данной стороны к ответственности по английскому праву за неисполнение судебного акта. Так, в недавнем деле *BNP Paribas S.A. v OJSC Russian Machines & JSC Ingosstrakh-Investments* английский суд запретил российским лицам продолжать российское параллельное судебное разбирательство. Несмотря на то, что в подобных случаях английский судебный приказ об «антиисковых обеспечительных мерах», очевидно, не подлежит признанию и приведению в исполнение на территории РФ[32], наличие такого приказа и угроза применения уголовно-правовых санкций за его неисполнение к тем лицам, которым он был адресован, может быть очень серьезным сдерживающим фактором, побуждающим сторону, которой адресованы «антиисковые обеспечительные меры», выполнить предъявляемые к ней требования суда[33].

[31] Дело: *Re Maxwell Communications Corp.* (№ 2) (1991); *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[32] См. п. 26 Информационного письма от 07.07.2004 г. № 78 Президиума ВАС РФ.

[33] Показательный пример дела, в котором английский *anti-suit injunction* фактически был исполнен участниками российского судебного процесса под угрозой применения к ним лично английских уголовно-правовых санкций за неуважение к суду приведен в издании: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

Отметим, что с учетом правовой позиции Суда Европейского союза, сформулированной в ряде решений, выдача английскими судами «антиисковых обеспечительных мер», препятствующих проведению параллельных судебных процессов на территории других стран ЕС, признана несовместимой с правом ЕС (в частности, с Регламентом ЕС № 44/2001 и предшествовавшей ему Брюссельской конвенции о юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений 1968 г.)[34], что в настоящее время препятствует выдаче английских судебных «антиисковых обеспечительных мер» в отношении подобных судебных процессов в зоне юрисдикции ЕС, но не препятствует выдаче подобных судебных запретов в отношении ведения дел в судах стран, находящихся за пределами зоны юрисдикции ЕС, в том числе в российских судах.

Что касается глобальной практики применения «антиисковых обеспечительных мер», комментаторами отмечается все более активное использование этого института в различных странах в делах, связанных с международным арбитражем. Отмечается большое разнообразие используемых на практике видов «антиисковых обеспечительных мер»[35]. Так, в контексте международного арбитража «антиисковые обеспечительные меры» могут быть приняты как с целью помешать ведению третейского разбирательства и в последующем создать препятствия к признанию и приведению в исполнение вынесенного решения, так и с целью защитить третейское разбирательство. Также отмечается, что принятие «антиисковых обеспечительных мер» возможно как в ходе третейского разбирательства, так

[34] Решения Суда Европейского союза по делам *Turner v Grovit* (C-159/02) и *Allianz SpA etc v West Tankers* (C-185/07).

[35] Подробнее см.: *Gaillard E.* Reflections of the use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration // Pervasive Problems in International Arbitration / Edited by *Loukas A. Mistelis* and *Julian D.M. Lew.* Kluwer Law International, 2006. Pp. 201–217.

и после его завершения (т.е. после вынесения третейского решения), с целью помешать приведению решения в исполнение. Наконец, что касается судебных «антиисковых обеспечительных мер», направленных против третейского разбирательства, то возможно принятие «антиисковых обеспечительных мер», адресованных как стороне или сторонам, так и непосредственно составу третейского суда.

Показательными примерами являются, в частности:

- дело *Hubco v WAPDA*, в котором пакистанский суд по заявлению пакистанской стороны спора, переданного на рассмотрение арбитража по Арбитражному Регламенту Арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC) в Лондоне, принял судебный запрет в отношении дальнейшего ведения дела в арбитраже, мотивированный тем, что договор, из которого возник спор, якобы был заключен в результате коррупционной схемы и являлся в целом незаконным, что делало спор не подлежащим рассмотрению в арбитраже;

- дело *SGS v Pakistan*, в котором пакистанский суд принял судебный запрет в адрес SGS на продолжение международного инвестиционного арбитражного спора в рамках ICSID, где ответчиком выступал Пакистан; интересно, что в данном деле состав арбитража проигнорировал судебный запрет и продолжил рассмотрение дела, приняв, в свою очередь, процессуальный акт об обязании Пакистана как ответчика по делу не возбуждать производство (в рамках своего национального законодательства) по факту нарушения пакистанского судебного запрета;

- дело *Salini Construttori S.p.A v The Federal Democratic Republic of Ethiopia, Addis Ababa Water and Sewerage Authority*, в котором

суды в Эфиопии (стране ответчика) приняли «антиисковые обеспечительные меры», адресованные не только истцу, но и непосредственно составу арбитража, который рассматривал дело по Арбитражному Регламенту МТП, и отдельно приняли решение об отсутствии у состава арбитража компетенции; в данном широко известном деле состав арбитража принял промежуточное решение по вопросу о наличии юрисдикции и о приостановлении производства по делу, в котором сослался на свою обязанность продолжать ведение дела, несмотря на принятые в Эфиопии судебные акты, и подтвердил, что не считает себя связанным указанными актами;

- уже упоминавшееся выше дело *KBC v Pertamina*, в котором индонезийским судом уже после принятия арбитражного решения были приняты «антиисковые обеспечительные меры» в виде запрета выигравшему дело истцу осуществлять принудительное исполнение решения, после чего техасским судом были приняты встречные «антиисковые обеспечительные меры», обязывающие индонезийскую сторону отозвать заявление, поданное ею в индонезийский суд (в конечном итоге как «антиисковые обеспечительные меры» индонезийского суда, так и встречные антиисковые меры техасского суда оказались неэффективными, несмотря на то, что за их нарушение в обоих случаях была предусмотрена суровая ответственность)[36];

- дело *Himpurna California Energy Ltd v Republic of Indonesia*, в котором также был принят индонезийский судебный запрет на продолжение ведения дела в арбитраже по регламенту ICC за пределами Индонезии, и также было вынесено арбитражное

[36] *Gaillard E.* Op. cit. Pp. 201–217.

решение по существу дела, несмотря на наличие подобного судебного акта[37].

V. Подход к вопросу об «антиисковых обеспечительных мерах» в действующем российском законодательстве

Как уже упоминалось выше, известен ряд случаев, когда английскими судами принимались «антиисковые обеспечительные меры» против российских сторон с целью запрета ведения ими (или связанными с ними лицами) процессов в российских судах, направленных на обход арбитражной оговорки в пользу LCIA и/или создание юридических оснований для последующего отказа в признании и приведении в исполнение в РФ иностранного арбитражного решения. Зададимся вопросом, допускает ли действующее российское законодательство принятие «антиисковых обеспечительных мер» (как судебных, так и третейских), подобных рассмотренным выше мерам, применяемым в практике иных государств. Рассмотрим также подход к данному вопросу в российской юридической литературе и правоприменительной практике.

A. Неопределенность в вопросе о возможности применения «антиисковых обеспечительных мер»

В Законе о МКА, Федеральном законе от 24.07.2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — «ФЗ о третейских судах») и АПК РФ содержатся положения о применении обеспечительных мер третейскими судами и государственными арбитражными судами. Перечни возможных к применению

[37] Подробнее см.: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

обеспечительных мер в рамках всех указанных нормативных актов являются открытыми. При этом отсутствуют какие-либо нормы, которые бы прямо регулировали вопрос о возможности именно «антиисковых обеспечительных мер», позволяли бы их применять или, наоборот, непосредственно запрещали бы применение подобных обеспечительных мер. В связи с этим возникает вопрос о том, допускается ли в соответствии с действующим российским законодательством применение «антиисковых обеспечительных мер» в случае, если подобный вид мер подпадает под широкие общие определения обеспечительных мер в Законе о МКА, ФЗ о третейских судах и АПК РФ (вопрос о том, соответствуют ли «антиисковые обеспечительные меры» применимым законодательным определениям и «техническим» требованиям, предъявляемым к обеспечительным мерам, рассматривается ниже отдельно). Иными словами, существуют ли какие-либо нормы, которые препятствуют применению «антиисковых обеспечительных мер» в России уже в принципе, даже не касаясь вопроса о соответствии подобного специфического вида обеспечительных мер общим законодательным требованиям «технического» характера, применимым к обеспечительным мерам в целом.

Представляется, что для решения данного вопроса необходимо рассмотреть влияние:

- норм Нью-Йоркской конвенции;
- российских конституционных гарантий;
- имплементирующей положения Типового закона ст. 5 Закона о МКА, согласно которой по вопросам, регулируемым данным законом, никакое судебное вмешательство не может иметь места, кроме случаев, предусмотренных в самом Законе о МКА.

Заслуживает внимания и отдельный вопрос о том, возможно ли в принципе (с точки зрения международного публичного права) принятие российских «антиисковых обеспечительных мер», рассчитанных, подобно обеспечительным мерам английских судов, на применение за границей.

Б. Позиция в рамках Нью-Йоркской конвенции

В соответствии с п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции каждое из Договаривающихся Государств признает юридическую силу третейских соглашений при условии, что объект спора может быть предметом арбитражного разбирательства. На практике данная норма реализуется через механизм направления сторон государственным судом в третейский суд при наличии действительного третейского соглашения.

Согласно п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили третейское соглашение, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Очевидно, при узком, буквальном толковании данной нормы она не распространяется на вопросы принятия государственным судом обеспечительных мер. В то же время, как отмечается в литературе, данная норма закрепляет общий принцип конвенции, в соответствии с которым не допускается вмешательство государственных судов в третейское разбирательство при наличии действительного третейского соглашения[38]. Исходя из этого может быть сделан вывод о том, что «антиисковые обеспечительные меры», направленные против третейского разбирательства, потенциально могут рассматриваться как противоречащие требованиям

[38] *Кабатова Е.В.* Указ. соч.

конвенции (за исключением случаев, когда третейское соглашение недействительно)[39].

В то же время, представляется, что в любом случае не противоречат Нью-Йоркской конвенции «антиисковые обеспечительные меры», направленные на поддержку третейского разбирательства, а не вмешательство в него (например, на прекращение параллельного разбирательства в государственном суде).

B. Конституционные гарантии

Одной из серьезных правовых проблем при использовании российских судебных «антиисковых обеспечительных мер» может стать их потенциальное несоответствие конституционным гарантиям. Прежде всего речь идет о праве на **судебную защиту**, закрепленном в ч. 1 ст. 46 Конституции РФ и на уровне документов международного права (в частности, ст. 8 Всеобщей декларации прав человека; ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о правах человека).

Конституционными гарантиями обеспечено и **право на разрешение спора в третейских судах**, что отмечено Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ) в Постановлении от 26.05.2011 г. № 10-П: *«В Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на статье 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее статьей 8 (часть 1), согласно которой в Российской Федерации гарантируются свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции, и статьей 34 (часть 1),*

[39] В литературе высказывается и более радикальный взгляд, согласно которому любое применение «антиисковых обеспечительных мер», направленное против третейского разбирательства, является ненадлежащим и противоречит Нью-Йоркской конвенции. См.: *Born G.*B. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. Pp. 1051–1054.

закрепляющей право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

КС РФ последовательно занимает позицию о том, что данное право относится к основным неотчуждамым правам и свободам, которое при этом ни при каких обстоятельствах не подлежит ограничению[40]. Вместе с тем, как указывается в п. 2 Постановления КС РФ от 26.05.2011 г. № 10-П, Российская Федерация обеспечивает право на судебную защиту *«... посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости,* ***на основе законодательно закрепленных критериев, которые в нормативной форме (в виде общих правил) предопределяют, в каком суде и в какой процедуре подлежит рассмотрению конкретное дело, что позволяет суду (судье), сторонам, другим участникам процесса, а также иным заинтересованным лицам избежать правовой неопределенности в данном вопросе»***. Таким образом, может быть сделан вывод о том, что право на судебную защиту, хотя и не может быть произвольно ограничено, не является тем не менее абсолютным: оно реализуется посредством обращения не во всякий суд, а в компетентный суд.

В п. 2 Постановления КС РФ от 26.05.2011 г. № 10-П также выражена правовая позиция, основанная, в том числе и на практике Европейского суда по правам человека, о том, что заключение третейского соглашения не противоречит праву на судебную защиту, которое в рамках третейского разбирательства *«... обеспечивается возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд, в частности путем подачи заявления об отмене решения третейского суда либо о выдаче*

[40] См., например: п. 1.1 Постановления КС РФ от 12.03.2001 г. № 4-П, п. 2 Определения КС РФ от 18.12.2008 г. № 1086-О-П.

исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда...».

С учетом приведенных выше норм Конституции РФ и правовых позиций КС РФ представляется, что вопрос о конституционности «антиисковых обеспечительных мер» может быть решен следующим образом:

- по общему правилу, «антиисковые обеспечительные меры» в виде запрета лицу пользоваться принадлежащим ему правом на судебную защиту, а равно и правом на разрешение дела в третейском разбирательстве в соответствии с третейским соглашением, вероятно, нарушают конституционные гарантии;

- вместе с тем вряд ли будет нарушением конституционных гарантий ограничение, посредством «антиисковых обеспечительных мер», процессуальных действий, направленных на рассмотрение дела судом, не компетентным рассматривать спор (с нарушением установленных правил подсудности и подведомственности);

- наконец, возможны и ситуации, в которых применение «антиисковых обеспечительных мер», как представляется, будет направлено не на ограничение, а на обеспечение права на судебную защиту (например, в ситуации, когда применение таких обеспечительных мер позволяет лицу защитить свои права в государственном суде при отсутствии действительного третейского соглашения — предположим, к примеру, что подпись лица на третейском соглашении подделана).

В целом, представляется, что могут существовать ситуации, когда применение «антиисковых обеспечительных мер» оправданно

с точки зрения конституционных гарантий[41]. В то же время вряд ли возможно заранее, без учета конкретных обстоятельств дела, дать какой-либо универсальный ответ на вопрос о допустимости с конституционной точки зрения того или иного вида «антиисковых обеспечительных мер».

Г. Нормы Закона МКА о недопустимости судебного вмешательства

Одним из аргументов против «антиисковых обеспечительных мер» в делах, связанных с международным арбитражем, является то, что в ст. 5 Типового закона закреплен принцип недопустимости судебного вмешательства по вопросам, урегулированным Типовым законом, за исключением предусмотренных в нем случаев. Отмечается, что большая часть стран, имплементировавших положения Типового закона в свое законодательство, предпочли перечислить конкретные ситуации, в которых национальный суд может вмешиваться в деятельность арбитража. Россия, как известно, имплементировала в свое национальное законодательство положения Типового закона, в том числе и ст. 5 Типового закона. В российской доктрине высказано мнение о том, что имплементирующая норма (ст. 5 Закона о МКА) делает невозможным принятие российскими судами любых «антиисковых обеспечительных мер», направленных либо на запрещение третейского (арбитражного) разбирательства, либо на обязание сторон к участию в нем[42].

При анализе ст. 5 Закона о МКА прежде всего обратим внимание на то, что она касается только международного арбитража

[41] В данной статье не затрагивается сложный вопрос о возможности конфликта между конституционными правами различных лиц и механизмах разрешения такого конфликта.

[42] В литературе изложено и мнение, что, исходя из существующего в РФ толкования конституционного права на судебную защиту, применение «антиисковых обеспечительных мер» вряд ли возможно. См.: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297. *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 60–62.

и не распространяется на «внутреннее» третейское разбирательство в рамках ФЗ о третейских судах. Обратим внимание также на то, что согласно п. 1 ст. 1 Закона о МКА он только в ограниченном объеме применяется к международному арбитражу, если место его проведения находится за границей (к такому разбирательству применимы только ст. 8, 9, 35 и 36 Закона о МКА, что позволяет говорить о том, что вопрос о возможном применении в России «антиисковых обеспечительных мер» в отношении такого иностранного разбирательства Законом о МКА не урегулирован).

Что касается международного коммерческого арбитража на территории России, к которому Закон о МКА применим в полном объеме, обратим внимание на формулировку ст. 5 о недопустимости вмешательства суда только *«… по вопросам, регулируемым настоящим Законом»*. Отметим и то, что ст. 9 Закона о МКА, в полном соответствии с Типовым законом, предусматривает, что обращение стороны арбитражного (третейского) разбирательства в государственный суд за получением обеспечительных мер само по себе не является несовместимым с арбитражной оговоркой (хотя в рамках ст. 9 не конкретизируется перечень возможных обеспечительных мер).

Исходя из ст. 5 и 9 Закона о МКА, представляется, что применение «антиисковых обеспечительных мер», направленных на ограничение проведения международного коммерческого арбитража в России (в частности, судебный запрет на проведение арбитражного разбирательства), равно как и на обязание сторон к совершению определенных действий в рамках третейского разбирательства, скорее всего, действительно вступает в противоречие с Законом о МКА (как, впрочем, и с Нью-Йоркской конвенцией). Сложнее согласиться с позицией о том, что и «проарбитражные» «антиисковые обеспечительные меры» нарушают ст. 5 Закона

о МКА. С точки зрения автора, подобные «антиисковые обеспечительные меры», оказывающие непосредственное воздействие не на сам международный арбитраж, а лишь на препятствующие ему параллельные судебные разбирательства, вряд ли могут считаться судебным вмешательством по вопросам, урегулированным Законом МКА (так как вопрос о пресечении параллельных разбирательств Закон о МКА не регулирует, за единственным исключением — п. 1 ст. 8, требующего прекращения производства по делу в случае обращения с иском в суд при наличии арбитражного соглашения; к тому же, возможность обращения за судебной поддержкой предусмотрена ст. 9 Закона о МКА).

Д. Допустимость принятия «антиисковых обеспечительных мер», рассчитанных на применение за границей, с точки зрения норм международного права и корреспондирующих норм национального права

Международно-правовой принцип суверенного равенства государств, закрепленный в п. 1 ст. 2 Устава ООН, в принципе не позволяет российским судебным органам принимать какие-либо меры, нарушающие суверенитет иностранных государств.

Согласно ч. 1 ст. 4 Конституции РФ, суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию. За пределами действия суверенитета РФ (а значит, и юрисдикции российских судебных органов) находятся территории иностранных государств, т.е. российские судебные органы, в принципе, не могут напрямую принудить какое-либо иностранное лицо (в том числе иностранный суд или арбитражный институт), на которое не распространяется их территориальная юрисдикция, к совершению каких-либо действий или к отказу от совершения каких-либо действий. Этот же вывод следует из применения принципов международного права, определяющих границы суверенитета государств (а издание судебного акта, безусловно, является реализацией

суверенитета) и не допускающих нарушения суверенитета иностранного государства.

Территориальные границы действия актов российских арбитражных судов отражены и в ч. 1 ст. 16 АПК РФ, согласно которой вступившие в законную силу судебные акты арбитражного суда являются обязательными для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц и граждан и *подлежат исполнению на всей территории Российской Федерации*[43]. *A contrario,* исходя из данной нормы (и тем более исходя из принципов международного права) вряд ли можно говорить о какой-либо принудительной силе российского судебного акта об обеспечительных мерах за пределами РФ. Представляется, что российский судебный акт о применении «антиисковых обеспечительных мер», предусматривающий необходимость приостановления иностранного судебного (арбитражного) процесса, вряд ли может подлежать принудительному исполнению в иностранном государстве (если только иное не следует из национального законодательства соответствующего государства или из международного договора, что представляется маловероятным), так как будет нарушать принцип суверенного равенства государств (а, возможно, и иные принципы международного права)[44].

В то же время следует обратить внимание на формулировку в п. 1 ст. 16 АПК о всеобщей обязательности судебного акта. Данная формулировка в сочетании с ч. 2 той же статьи, а также ст. 315 УК РФ создают условия для привлечения к уголовной

[43] Аналогичная норма содержится в ст. 6 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации».

[44] В частности, может быть поднят вопрос о нарушении принципа международной вежливости (*comity*). Подробный анализ принципов суверенного равенства и международной вежливости и их применения к судебным актам государств не входит в предмет данного исследования.

ответственности любых лиц, не исполняющих судебный акт. Таким образом, механизм экстерриториального действия российских «антиисковых обеспечительных мер» по сути может быть аналогичным механизму действия аналогичных обеспечительных мер в странах общего права (а именно, вместо формального признания и приведения в исполнение судебного акта об обеспечительных мерах в иностранном государстве, действие обеспечительной меры достигается за счет угрозы применения к лицу, которому она адресована, ответственности за неисполнение решения суда.

Зададимся вопросом, не означает ли применение подобных обеспечительных мер в отношении ведения судебных или арбитражных процессов за границей (фактически предписывающих стороне произвести определенные действия в иностранном суде или арбитраже и тем самым предопределяющих ход проводимого за рубежом судебного или арбитражного процесса), косвенного расширения юрисдикции российских судов за пределы территории РФ и нарушения суверенитета иностранных государств. Представляется, что в данном вопросе, как минимум, существует почва для споров и обвинений российских судов во вмешательстве в вопросы ведения судебных и арбитражных процессов за границей, подобно тому, как английские суды подвергаются критике за выдачу *anti-suit injunctions* в отношении судебных и арбитражных процессов за границей[45] (равно как и для встречных аргументов о том, что введения обеспечительных мер в России в отношении стороны, по отношению к которой российские суды имеют юрисдикцию, правомерно и не равнозначно вынесению судебного акта, напрямую подменяющего собой решение иностранного суда).

[45] По данному вопросу см., в частности: *Рожкова М.* Обеспечительные меры иностранного суда // ЭЖ-Юрист. 2006. № 30 // СПС «Консультант Плюс».

VI. Соответствие «антиисковых обеспечительных мер» общим процессуальным нормам о применении обеспечительных мер

A. Применение антиисковых обеспечительных мер судами

Далее рассмотрим вопрос о процессуальной возможности «антиисковых обеспечительных мер» при рассмотрении дел в государственных арбитражных судах (с учетом того, что в целом данный вопрос более подробно урегулирован АПК РФ по сравнению с ГПК РФ и существует достаточно подробно разработанная правовая позиция ВАС РФ по различным вопросам применения арбитражными судами обеспечительных мер).

Согласно ч. 1 ст. 90 АПК РФ, *«арбитражный суд по заявлению лица, участвующего в деле, а в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, и иного лица может принять* ***срочные временные меры, направленные на обеспечение иска или имущественных интересов заявителя (обеспечительные меры)****»*. Обеспечительные меры допускаются на любой стадии процесса, *«если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю»* (ч. 2 ст. 90 АПК РФ).

В качестве признаков обеспечительных мер в российской доктрине принято выделять: **срочность** (необходимость безотлагательного разрешения спора); **временный характер** (ограниченность срока действия обеспечительных мер определенных периодом); **направленность на защиту**

нарушенных имущественных или неимущественных интересов заявителя; соразмерность заявленному имущественному требованию[46].

Предусмотренные главой 8 АПК РФ обеспечительные меры применяются по делам с участием российских лиц, а также по делам с участием иностранных лиц, отнесенным к компетенции арбитражных судов в Российской Федерации в соответствии с главой 32 АПК РФ (ст. 250 АПК РФ). В ч. 1 ст. 91 АПК РФ (применительно к корпоративным спорам — также ч. 3 ст. 225.6 АПК РФ) приведен перечень допустимых обеспечительных мер, который является открытым. В нем прямо не упоминаются «антиисковые обеспечительные меры».

(1) Критерий «связи с предметом спора»

Среди видов обеспечительных мер, прямо перечисленных в ст. 91 АПК РФ, выделим возможный запрет ответчику и иным лицам *«совершать определенные действия,* ***касающиеся предмета спора****»* (п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ). Применение данной нормы взыскателем может оказаться затруднено в связи с тем, что норма требует определенной связи между истребуемым запретом и предметом спора[47]. Критерий «связи с предметом спора» подразумевает, что истребуемые обеспечительные меры (судебный запрет) должны быть непосредственно связаны с предметом спора[48]. Отметим, что само по себе понятие «**непосред-**

[46] Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. *В.В. Яркова*. М.: Инфотропик Медиа, 2011 // СПС «Консультант Плюс» (комментарий к ст. 90 АПК РФ).

[47] В литературе высказывается и мнение об отсутствии невозможности существования связи «антиисковых обеспечительных мер» с предметом спора, поскольку предметом иска не может быть разбирательство в ином суде. См.: *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

[48] Пункт 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров». Хотя данное Постановление

ственной связи» с предметом спора является категорией оценочной, и вряд ли существуют какие-либо надежные критерии для определения того, насколько тесно испрашиваемые антиисковые обеспечительные меры должны быть связаны с предметом спора для того, чтобы считать установленной указанную «непосредственную связь».

В отсутствие четких критериев для определения необходимого уровня взаимосвязи истребуемых обеспечительных мер с предметом спора представляется, что обоснование права на введение подобных обеспечительных мер на практике может оказаться крайне затруднительным или даже невозможным. Предположим, например, что в международном коммерческом арбитраже на территории России рассматривается иск о возмещении убытков и параллельно одна из сторон спора инициирует разбирательство в государственном суде (например, дело о признании договора недействительным) с целью воспрепятствовать ведению третейского разбирательства или создать условия для последующего отказа в приведении в исполнение решения. В качестве альтернативного варианта рассмотрим случай, когда сторона по делу в международном коммерческом арбитраже передает тот же самый спор на рассмотрение в государственный суд. Предположим также, что государственный суд принимает дело к своему производству и дело рассматривается в государственном суде по существу (к примеру, в случае, когда государственный суд пришел к выводу, что арбитражная оговорка недействительна и не препятствует рассмотрению дела). Параллельное разбирательство

непосредственно касается вопросов принятия обеспечительных мер в связи с проведением в акционерном обществе общего собрания акционеров, представляется, что ряд приведенных в нем правовых позиций имеет общеправовое значение и распространяется также и на принятие обеспечительных мер в иных случаях. Критерий взаимосвязанности с предметом спора также упоминается в п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

в государственном суде в этих случаях будет взаимосвязано с «основным» разбирательством в международном коммерческом арбитраже, и возможна аргументация, что «антиисковые обеспечительные меры» в отношении разбирательства в государственном суде связаны со **спором**, рассматриваемым в международном коммерческом арбитраже. В то же время у испрашиваемых «антиисковых обеспечительных мер» в рассматриваемом примере нет какой-либо тесной связи с **предметом спора** по делу, рассматриваемому в международном арбитраже, т.е. с конкретными исковыми требованиями (в данном случае — о взыскании убытков). С учетом этого, представляется вероятным, что государственный суд в данном случае откажет в принятии «антиисковых обеспечительных мер» со ссылкой на отсутствие «непосредственной связи» испрашиваемых обеспечительных мер именно с предметом спора (хотя, как указывалось выше, с учетом оценочного характера этого критерия вопрос о наличии такой связи должен рассматриваться с учетом всех обстоятельств конкретного дела и вряд ли возможно заранее утверждать, что требование «непосредственной связи с предметом спора» во всех случаях влечет невозможность применения «антиисковых обеспечительных мер»).

Следует отметить, что хотя АПК РФ прямо не предусматривает, что *«иные обеспечительные меры»* должны быть обязательно связаны с предметом спора, представляется, что позиция ВАС РФ состоит в том, что наличие непосредственной связи с предметом спора является общим требованием ко всем видам обеспечительных мер[49], хотя данная правовая позиция и не основана непосредственно на тексте АПК РФ.

[49] Пункт 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров», п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» от 09.12.2002 г. № 11;

(2) Критерий соразмерности

Еще одним важнейшим критерием, которому должны соответствовать обеспечительные требования в российском гражданском процессе, является их соразмерность заявленному требованию[50]. В самом АПК РФ содержание критерия «соразмерности» не раскрывается. Позиция ВАС РФ по этому вопросу (в контексте оценки соразмерности предварительных обеспечительных мер, которые согласно АПК РФ могут быть введены только в целях защиты имущественных интересов) состоит в том, что оценка соразмерности производится арбитражным судом с учетом соотносимости права и интереса, о защите которых просит заявитель, стоимости имущества, на которое он просит наложить арест, либо имущественных последствий запрещения совершения определенных действий должнику, а также на основе иных критериев[51]. Прежде всего отметим гибкое использование для оценки соразмерности ряда возможных факторов, закрытый перечень которых отсутствует. Представляется, что применение данных оценочных факторов в деле, где истребуются «антиисковые обеспечительные меры», зависит от обстоятельств конкретного дела, и вряд ли применение критерия соразмерности может являться абсолютным препятствием для применения рассматриваемого вида обеспечительных мер. Кроме того, обратим внимание на то, что ВАС РФ рассматривает вопрос о соразмерности обеспечительных мер в контексте их соответствия заявленным имущественным требованиям. Между тем обеспечительные меры (в том числе, возможно, и «антиисковые обеспечительные меры») согласно АПК РФ могут вводиться и в обеспечение неимущественных

п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10. 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

50 Часть 2 ст. 91 АПК РФ. См. также п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров» и п. 10, 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

51 Пункт 7 Обзора практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер, утвержденного Информационным письмом ВАС РФ от 07.07.2004 г. № 78.

требований. Представляется, что исходя из правовой позиции ВАС РФ, *a contrario* к подобным требованиям критерий соразмерности непосредственно не применяется, но при этом в любом случае должен обеспечиваться баланс интересов сторон и разумность применения обеспечительных мер (см. ниже), и кроме того, интересы ответчика также защищаются путем применения института встречного обеспечения; размер встречного обеспечения по требованиям неимущественного характера определяется судом исходя из размера возможных убытков ответчика, причиненных обеспечительными мерами[52]. С учетом приведенных обстоятельств, по мнению автора, представляется спорной высказанная в литературе точка зрения[53] о том, что применение к обеспечительным мерам критерия соразмерности (наряду с требованием об относимости к предмету иска) приводит к тому, что с точки зрения российского процессуального законодательства применение «антиисковых обеспечительных мер» вряд ли возможно.

(3) Недопустимость обеспечительных мер, имеющих своей целью не защиту интересов заявителя, а лишение другого лица возможности и права осуществлять свою законную деятельность[54]

Представляется, что применение данного оценочного критерия зависит от фактических обстоятельств дела. По крайней мере,

52 Пункт 4 в сочетании с п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер». В том же Постановлении критерий соразмерности указывается в п. 10 в качестве одного из общих, универсальных критериев введения обеспечительных мер. Аналогичная позиция выражены в более ранних актах ВАС РФ, в частности, в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров» от 09.07.2003 г. № 11. Представляется, что в п. 13 Постановления № 55 ВАС РФ конкретизировал позицию в части того, что критерий соразмерности применяется только к имущественным требованиям.

53 *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

54 Пункт 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.07.2003 г. № 11 «О практике рассмотрения арбитражными судами заявлений о принятии обеспечительных мер, связанных с запретом проводить общие собрания акционеров».

наличие данного критерия вряд ли может быть абсолютным препятствием, во всех случаях, к принятию «антиисковых обеспечительных мер». Отметим, что «антиисковые обеспечительные меры», направленные на фактическое лишение другого лица принадлежащих ему прав (прежде всего права на судебную защиту компетентным судом, которому подсудно дело), могут быть невозможны и в силу несоответствия рассмотренным выше конституционным гарантиям.

(4) Прочие критерии

В соответствии с правовой позицией ВАС РФ при оценке доводов заявителя о необходимости введения обеспечительных мер судам следует, в частности, иметь в виду:

- разумность и обоснованность требования заявителя о введении обеспечительных мер;
- вероятность причинения заявителю значительного ущерба в случае непринятия обеспечительных мер;
- обеспечение баланса интересов заинтересованных сторон;
- предотвращение нарушения при принятии обеспечительных мер публичных интересов, интересов третьих лиц[55].

Представляется, что данные критерии, в силу их общего и оценочного характера, не могут служить абсолютным препятствием к применению «антиисковых обеспечительных мер». Вопрос о допустимости «антиисковых обеспечительных мер» с учетом данных критериев должен будет решаться в каждом случае

[55] Пункт 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер».

отдельно с учетом фактических обстоятельств дела при условии, что принятие судебных «антиисковых обеспечительных мер» по делу в принципе допустимо с точки зрения приведенных выше более общих критериев и правовых требований.

(5) Невозможность исполнения судебного акта и предотвращение значительного ущерба

Согласно ч. 2 ст. 90 АПК РФ обеспечительные меры допускаются на любой стадии арбитражного процесса, если непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, **в том числе, если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации**, а также в целях предотвращения причинения значительного ущерба заявителю.

Отметим, что в принципе, в зависимости от обстоятельств дела, возможны ситуации, позволяющие аргументировать, что в случае непринятия российских «антиисковых обеспечительных мер» станет невозможным исполнение российского решения за границей и/или заявителю будет причинен значительный ущерб. Таким образом, в принципе возможны ситуации, в которых введение российским судом «антиисковых обеспечительных мер» может быть обосновано со ссылкой на нормы АПК РФ и на позицию ВАС РФ о том, что одним из оснований для введения обеспечительных мер может являться необходимость сохранения имущественного *status quo*[56]. Что касается критерия последующего затруднения исполнения судебного акта в случае непринятия обеспечительных мер, то представляется затруднительным заранее прийти к какому-либо определенному выводу о том, будет ли этот оценочный критерий применим в конкретном деле. Так,

[56] Там же, п. 9.

если в российском суде рассматривается материальное требование к иностранному ответчику (и при этом, к примеру, российским судом сделан вывод о недействительности арбитражной оговорки, что позволяет российскому суду рассмотреть дело по существу), рассмотрение дела в иностранном суде и вынесение решения по существу дела может в дальнейшем создать препятствие для признания и принудительного исполнения российского судебного решения за рубежом. В других случаях, в зависимости от обстоятельств дела, для российской стороны, действительно, может оказаться затруднительным или невозможным обоснование того, почему непринятие российских «антиисковых обеспечительных мер» затруднит будущее исполнение российского судебного акта. В то же время следует учитывать, что альтернативным основанием для введения обеспечительных мер согласно ч. 2 ст. 90 АПК РФ является наличие риска причинения заявителю значительного ущерба в случае непринятия обеспечительных мер. Хотя данный критерий, как и прочие рассмотренные критерии, является оценочным и невозможно заранее, без учета всех обстоятельств, определить, будет ли он применим в конкретном деле, вполне можно представить ситуации, когда непринятие «антиисковых обеспечительных мер» влечет значительный имущественный ущерб, по крайней мере, косвенный (например, в связи с невозможностью последующего исполнения российского третейского решения за рубежом в связи с принятием иностранным судом решения по тому же вопросу, противоречащего российскому решению).

(6) Юрисдикция по делам с участием иностранных лиц

Согласно ст. 250 АПК РФ, по делам с участием иностранных лиц, отнесенным к компетенции арбитражных судов в Российской Федерации в соответствии с главой 32 АПК РФ, арбитражный суд в Российской Федерации может принять обеспечительные

меры по правилам главы 8 АПК РФ, т.е. по общим правилам, применяемым в рамках АПК РФ к обеспечительным мерам. Таким образом, в принципе, если спор потенциально относится к юрисдикции российских арбитражных судов (т.е. ими могло бы быть рассмотрено материально-правовое требование к иностранному ответчику), российским арбитражным судом также могут быть введены обеспечительные меры в отношении иностранного ответчика.

(7) Регулирование аналогичных вопросов в отношении введения обеспечительных мер в судах общей юрисдикции

В рамках ГПК РФ вопрос об «антиисковых обеспечительных мерах» прямо не решен.

Так, согласно ст. 139 ГПК РФ, *«по заявлению лиц, участвующих в деле, судья или суд может принять меры по обеспечению иска. Обеспечение иска допускается во всяком положении дела, если непринятие мер по обеспечению иска может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда»*. Отметим, что в рамках ГПК РФ не предусмотрено альтернативное основание для принятия обеспечительных мер, предусмотренное АПК РФ (вероятность причинения значительного ущерба заявителю). В то же время, как отмечалось выше, применительно к обеспечительным мерам в рамках АПК РФ, в принципе, могут существовать ситуации, когда непринятие «антиисковых обеспечительных мер» может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. В то же время далеко не во всех случаях можно будет доказать непосредственную связь между испрашиваемыми «антиисковыми обеспечительными мерами» и невозможностью будущего исполнения решения. Кроме того, обратим внимание на то, что в ст. 139 ГПК РФ, в отличие от аналогичной нормы АПК РФ, нет ссылок на невозможность исполнения судебного решения за границей, что потенциально ограничивает

возможность применения «антиисковых обеспечительных мер» в судах общей юрисдикции.

Как и в рамках АПК РФ, перечень прямо предусмотренных законом видов обеспечительных мер включает запрещение ответчику совершать определенные действия (п. 2 ч. 1 ст. 140 ГПК РФ — в данном случае, в отличие от аналогичной нормы АПК РФ, не используется квалифицирующий признак *«в отношении предмета спора»*) и запрещение третьим лицам совершать определенные действия в отношении предмета спора (п. 3 ч. 1 ст. 140 ГПК РФ). Как и в рамках АПК РФ, перечень допустимых обеспечительных мер является открытым и возможно принятие *«иных обеспечительных мер»* (ч. 1 ст. 140 ГПК РФ).

Как и в рамках АПК РФ, предусмотрена необходимость соразмерности обеспечительных мер (п. 3 ст. 140 ГПК РФ).

Каких-либо специальных норм о применении обеспечительных мер по делам с участием иностранных лиц ГПК РФ не содержит, но представляется, что это не препятствует применению к иностранным лицам обеспечительных мер при условии соблюдения общих требований ГПК РФ о подсудности дела с участием иностранных лиц российским судам (глава 44 ГПК РФ).

Б. Возможность введения антиисковых обеспечительных мер самим третейским судом

В соответствии со ст. 17 Закона о МКА, если стороны не договорились об ином, третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких **обеспечительных мер в отношении предмета спора**, которые он считает необходимым. Данная норма Закона о МКА соответствует ст. 17 Типового закона в первоначальной редакции. Представляется, что формулировка о возможности обеспечительных мер только

в отношении предмета спора вряд ли позволяет обосновать применение «антиисковых обеспечительных мер» по причинам, которые рассматривались выше применительно к критерию «непосредственной связи с предметом спора» в отношении судебных «антиисковых обеспечительных мер». Данное ограничение в рамках Типового закона было снято в рамках изменений, внесенных в него в 2006 г. Как указывалось выше, новые формулировки ст. 17 прямо рассчитаны на то, чтобы предоставить третейскому суду безусловное право принять «антиисковые обеспечительные меры» в отношении стороны спора. В то же время в российском законодательстве обновленная редакция Типового закона на данный момент не имплементирована.

Что касается «внутреннего» третейского разбирательства, соответствующая норма (п. 1 ст. 25 ФЗ о третейских судах) практически идентична ст. 17 Закона о МКА и также предусматривает возможность обеспечительных мер только *«в отношении»* предмета спора. Соответственно, представляется, что на данный момент принятие «антиисковых обеспечительных мер» в рамках «внутреннего» третейского разбирательства также вряд ли возможно.

VII. Позиция российской судебной практики

На данный момент в России существует крайне ограниченная судебная практика по вопросам принятия «антиисковых обеспечительных мер». В литературе обсуждаются фактически только два дела, в которых заявители обращались в российские арбитражные суды с заявлениями о принятии подобных обеспечительных мер. В первом из дел Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области по заявлению об обеспечительных мерах принял определение, которым третейскому суду было запрещено производство по третейскому разбирательству и совершение

процессуальных действий до рассмотрения дела в арбитражном суде[57]. Определение об обеспечительных мерах было отменено ФАС Северо-Западного округа, который пришел к выводу, что запрещение третейскому суду производства по третейскому разбирательству *«… ограничивает полномочия Третейского суда и нарушает установленные законом права участников третейского разбирательства, что не соответствует положениям статьи 90 АПК РФ. Действующим законодательством не предусмотрена возможность вмешательства арбитражного суда в деятельность третейских судов и запрещения им осуществлять производство по третейскому разбирательству и процессуальные действия».* Комментаторами данный вывод суда признается правильным и учитывающим дерогационный эффект арбитражной оговорки[58]. Представляется, что в ситуации, когда заявитель испрашивает «антиисковые обеспечительные меры» с целью обхода действительной арбитражной оговорки и необоснованного перенесения рассмотрения вопроса о компетенции из третейского суда в государственный, указанные выводы суда заслуживают полной поддержки. Вместе с тем, очевидно, что этим не исчерпывается все многообразие ситуаций, когда могут понадобиться «антиисковые обеспечительные меры». Соответственно, вряд ли приведенная правовая позиция суда (являющаяся, в любом случае, позицией по конкретному делу, не обязательной для применения судами по другим делам) является во всех случаях препятствием к применению «антиисковых обеспечительных мер».

Вторым известным примером является обращение ОАО «НЛМК» в арбитражный суд с заявлением о признании сделки недействительной с одновременным заявлением о применении «антиисковых обеспечительных мер» в виде запрета ответчику (Н.В. Максимову)

[57] Определение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 02.10.2002 г. по делу № А56–30789/02.

[58] *Ходыкин Р.М.* Указ. соч. С. 274–297.

получать денежные средства по указанному договору, причитающиеся ответчику в соответствии с решением МКАС при ТПП РФ, отмененным определением Арбитражного суда г. Москвы (впоследствии оставленным в силе после последовательных попыток обжалования в судах всех уровней). В данном деле суд отказал в применении «антиисковых обеспечительных мер» по той причине, что суд не усмотрел в данном деле связи между испрошенными мерами и предметом спора и посчитал недоказанным, что непринятие обеспечительных мер в данном деле может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта[59]. При этом суд не сделал вывода о том, что «антиисковые обеспечительные меры» не допустимы вообще или не могут применяться в подобного рода делах. Оставляя без комментария мотивировку определения об отказе в применении антиисковых обеспечительных мер, отметим, что решение вопроса об обеспечительных мерах в данном деле в любом случае не может считаться универсальным и отражающим раз и навсегда установленную позицию российских судов при решении вопроса об «антиисковых обеспечительных мерах» в новых делах со схожими обстоятельствами, не говоря уже о делах с иным набором обстоятельств.

Отметим еще одно дело, в котором (в контексте рассмотрения российским судом дела о банкротстве) испрашивались обеспечительные меры в виде запрета иностранной организации вести дела в иностранных судах против российского общества, в отношении которого велось дело о банкротстве. В применении обеспечительных мер было отказано на том основании, что АПК РФ не предусматривает ограничения стороны в праве на судебную защиту своих интересов в иностранном государстве[60].

[59] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 15.08.2012 г. по делу № А40–26424/2011–83–201.

[60] Постановление ФАС Дальневосточного округа от 20.06.2000 г. по делу № Ф03-А51/00-1/993.

В целом, несмотря на наличие единичных случаев, в которых суды решали вопрос о принятии «антиисковых обеспечительных мер» тем или иным образом, представляется, что пока что преждевременно было бы говорить о формировании какой-либо единообразной и устойчивой практики по данному вопросу. Тем не менее показательно, что в двух из трех рассмотренных дел основанием к отказу в применении (либо к отмене) «антиисковых обеспечительных мер» было обращение суда к конституционным нормам о праве на судебную защиту, а не к техническим процессуальным нормам, регулирующим собственно вопросы применения обеспечительных мер, что, вероятно, свидетельствует о том, что наиболее серьезные проблемы, которые необходимо преодолеть для принятия антиисковых мер, лежат в конституционно-правовой плоскости.

VIII. Основные выводы

(1) Вопрос о возможном применении «антиисковых обеспечительных мер» как специфического вида обеспечительных мер, принимаемых судами и третейскими судами, прямо не урегулирован действующим российским законодательством. Вопрос о допустимости подобного рода обеспечительных мер остается открытым, и его решение зависит от соответствия института «антиисковых обеспечительных мер» фундаментальным правовым нормам (нормам международного права, прежде всего Нью-Йоркской конвенции), конституционным гарантиям, а также нормам национального права по вопросу о недопустимости произвольного судебного вмешательства в дела международного коммерческого арбитража.

(2) С точки зрения требований Нью-Йоркской конвенции, вероятно, недопустимо применение «антиисковых обеспечительных

мер», направленных на ограничение или пресечение третейского разбирательства при наличии действительной третейской оговорки. Подобного рода обеспечительные меры также, вероятно, противоречат требованиям Закона о МКА. В то же время «антиисковые обеспечительные меры», направленные на поддержку третейского разбирательства, представляются допустимыми.

(3) «Антиисковые обеспечительные меры» не должны приводить к нарушению конституционных гарантий, в том числе к лишению какого-либо лица права на судебную защиту его прав компетентным судом, равно как и права на разрешение спора в третейском порядке в соответствии с согласованной третейской процедурой разрешения споров. Указанные конституционные гарантии, вероятно, не нарушаются в случаях, когда лицо, в отношении которого истребуются «антиисковые обеспечительные меры», допускает явные злоупотребления правилами о подведомственности или подсудности споров. Возможны и иные ситуации, когда «антиисковые обеспечительные меры» допустимы с конституционной точки зрения.

(4) Механизм экстерриториального действия российских «антиисковых обеспечительных мер» фактически (за исключением тех маловероятных случаев, когда такие российские меры исполняются в иностранном государстве в силу международного договора или соглашения, на основе принципа взаимности или по иным основаниям) может быть основан только на «непрямом» воздействии (т.е. не путем прямого воздействия на иностранный суд или предмет спора, а путем воздействия на стороны, находящиеся в юрисдикции российского суда, угрозой уголовного преследования за неисполнение судебного акта). Соответствие подобного правового механизма территориальным пределам действия суверенитета РФ (а значит, и пределам действия юрисдикции российских судов) может быть поставлено под сомнение

на основании аргументации, что подобные обеспечительные меры все равно представляют собой косвенное вмешательство в юрисдикцию иностранного суда и нарушение суверенитета иностранного государства.

(5) Для применения российскими государственными судами «антиисковых обеспечительных мер» как прямо не поименованного в законодательстве вида обеспечительных мер требуется соблюдение ряда процессуальных предпосылок и требований, конкретизированных ВАС РФ. Вопрос о том, соответствуют ли «антиисковые обеспечительные меры» всей совокупности предъявляемых к обеспечительным мерам процессуальных требований, должен решаться в каждом случае индивидуально, но на основании анализа всех обстоятельств дела. Представляется, что одним из наиболее проблематичных является требование о наличии непосредственной связи с предметом спора. Это же требование, как представляется, затрудняет принятие «антиисковых обеспечительных мер» третейскими судами в рамках действующего законодательства. Данная проблема может быть устранена в случае внесения изменений в нормы АПК РФ и ГПК РФ, а также законодательство о третейских судах (в том числе в случае имплементации ст. 17 Типового закона в редакции 2006 г.).

(6) Несмотря на приведенные выше ограничения и возможные правовые сложности, представляется, что на данный момент не существует каких-либо универсальных оснований, в соответствии с которыми применение «антиисковых обеспечительных мер» было бы запрещено уже в принципе, без учета конкретных обстоятельств дела.

Раздел 3

ВОПРОСЫ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

А. А. Панов,
юрист международной арбитражной практики
юридической фирмы Norton Rose Fulbright (Москва),
магистр права Оксфордского университета

ПРИНЦИП «*JURA NOVIT CURIA*» В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Введение

Уникальность международного арбитража как способа разрешения споров заключается в значительной гибкости процедуры, возможности адаптировать ее для своих нужд, а также связанности арбитров соглашением сторон. Однако эти же особенности порождают большое количество сложностей при взаимодействии юристов и клиентов из различных правовых культур в рамках одного процесса.Подобные столкновения правовых культур порождают необходимость (или по крайней мере стремление) многих организаций подготовить разного рода рекомендательные своды правил, которые с различным успехом помогают снимать накопившиеся вопросы и противоречия.

Одним из таких инструментов стали Рекомендации Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже (далее — «Рекомендации»)[1].

[1] Перевод на русский язык опубликован в «Вестнике международного коммерческого арбитража». 2012. № 1. С. 192–197.

В то время как порядок определения применимого права в достаточной мере урегулирован как национальным законодательством о международном коммерческом арбитраже, так и выбираемыми сторонами арбитражными регламентами, порядок установления содержания определенного таким образом права оставляется, как правило, на откуп арбитрам. Кроме того, доктринальная разработка подходов к этому вопросу также оставляет желать лучшего. Возникающие в связи с этим проблемы очевидны. Дело в том, что подходы, к которым привыкли стороны и их представители, зачастую отличаются от подходов к установлению содержания применимого права, которыми намереваются пользоваться арбитры. Так, например, стороны из континентальных юрисдикций могут ожидать большей самостоятельности от арбитров, чем могут предложить арбитры из англосаксонских стран.

В связи с такими различиями в подходах ожидания сторон зачастую отличаются от того, что они получают в рамках арбитражного разбирательства на самом деле. В последние несколько лет в литературе можно увидеть своего рода бум обсуждений принципа *jura novit curia* и его места в международном арбитраже. Принцип *jura novit curia* предполагает, что судья знает право и поэтому может применить его к данным фактическим обстоятельствам при разрешении спора. То есть судья не связан ни представленными сторонами доказательствами содержания соответствующего применимого права, ни правовыми аргументами сторон.

С практической точки зрения многие арбитражные споры разрешаются без обращения к применимому праву, на основании положений договора между сторонами[2]. Однако, очевидно, что

[2] *Claus von Wobeser.* The effective use of legal sources: how much is too much and what is the role for jura novit curia? // *A.J. van den Berg* (ed). Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, Kluwer Law International 2011. P. 217.

это возможно не всегда. Поэтому на практике возникает вопрос, каким именно образом арбитры устанавливают содержание применимого права. Кроме того, необходимо понимать, связаны ли арбитры правовыми позициями сторон или могут поднимать определенные вопросы и делать выводы самостоятельно (*sua sponte*), не ориентируясь на доводы сторон в процессе. Ответ на указанные вопросы может быть дан только с учетом обязанности арбитров обеспечить сторонам возможность представить свои объяснения, а также с учетом недопустимости выхода за пределы переданного арбитрам на рассмотрение спора.

В отечественной литературе данным вопросам не было уделено должного внимания. Исключением являются несколько работ, посвященных установлению содержания применимого права[3]. Вместе с тем проблема связанности арбитров правовыми доводами сторон почти не рассматривается отечественными авторами. В иностранной литературе вопросу полномочий состава арбитража по установлению содержания применимого права уделяется в последнее время большое внимание[4].

[3] См.: *Розенберг М.Г.* Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. М.: Статут, 1998; *Хоцанов Д.А.* Установление содержания применимого права международным коммерческим арбитражем // Закон. 2008. № 10; *Гармоза А.П.* Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1; *Грибанов А.В.* Установление содержания иностранного права при разрешении споров в государственных судах и в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1.

[4] См., например: *Jeff Waincymer.* Procedure and Evidence in International Arbitration, Kluwer Law International, 2012; *Gisela Knuts.* Jura Novit Curia and the Right to Be Heard — An Analysis of Recent Case Law, Arbitration International, (2012, Issue 4); *Jeff Waincymer.* International Arbitration and the Duty to Know the Law, Journal of International Arbitration, 2011 Volume 28 Issue 3 pp. 201–242; *Lew, Julian.* Jura Novit Curia and Due Process (January 1, 2011). Liber Amicorum for Serge Lazareff, Forthcoming; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 72/2010. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1733531; *Antonias Dimolitsa.* The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law, ASA Bulletin, 2009 Volume 27 Issue 3; *Matti S. Kurkela.* «Jura Novit Curia» and the Burden of Education in International Arbitration — A Nordic Perspective, ASA Bulletin, 2003 Volume 21 Issue 3.

Поскольку развитие международного оборота приводит к все более активному применению самых разнообразных правопорядков к отношениям с участием российских лиц, исследование сложившихся в мире подходов к установлению содержания применимого права в международном арбитраже важно не только с теоретической, но и с практической точки зрения. Вместе с тем представляется, что в рамках одной статьи практически невозможно предложить ответы на все возникающие в связи с данной проблемой вопросы. Поэтому целью настоящей работы является обозначить основные проблемы и предложить решение для некоторых из них.

Невозможность распространения на международный коммерческий арбитраж подходов к установлению содержания иностранного права, используемых государственными судами

Проблема установления содержания применимого права не является уникальной для области международного коммерческого арбитража. Разумеется, эта проблема имманентно присуща любому способу разрешения споров. Так, государственному судье также приходится устанавливать содержание права, применимого к переданному на его рассмотрение делу. Принцип *jura novit curia* предполагает, что судья знает право и поэтому может применить его к данным фактическим обстоятельствам при разрешении спора. Представляется, что все без исключения правовые системы исходят из того, что судья знает свое национальное право или, во всяком случае, может

самостоятельно установить его содержание и применить его к возникшему спору *ex officio*, вне зависимости от предлагаемых стороной аргументов[5].

Однако ситуация меняется, когда речь идет о необходимости установления и применения иностранного права. Например, в Германии судья может самостоятельно устанавливать содержание права, обычаев и подзаконного регулирования другой страны, а помощь сторон в этом требуется только постольку, поскольку судья не знает соответствующего права. Например, статья 293 ZPO прямо указывает, что судья не ограничен доказательствами, предложенными сторонами, и может потребовать предоставить дополнительные источники знаний о применимом праве для его самостоятельного исследования.

В соответствии со ст. 1191 ГК РФ российский суд также устанавливает содержание норм иностранного права *ex officio*, но может возложить на стороны, осуществляющие предпринимательскую деятельность, бремя доказывания содержания норм иностранного права.

С другой стороны, во Франции судья по общему правилу применяет иностранное право только в том случае, если стороны представили соответствующие аргументы и доказали содержание иностранного права. В противном случае судья применит свое национальное право, за исключением случаев, предусмотренных международными конвенциями, или ситуаций, когда речь идет о правах, которыми стороны не могут распоряжаться по своему усмотрению (*droits indisponibles*)[6].

[5] *Matti S. Kurkela*. «Jura Novit Curia» and the Burden of Education in International Arbitration — A Nordic Perspective, ASA Bulletin, 2003 Volume 21 Issue 3, p. 493.

[6] *Lew J.* Op. cit., paragraph 17.

Английское право исходит из того, что судья не знает иностранного права и ему требуется помощь сторон в установлении его содержания. Поэтому иностранное право в английском суде должно быть доказано сторонами, а судья связан материалом, предоставленным сторонами, и не может выходить за их пределы[7].

С точки зрения рассматриваемого принципа в контексте национального судопроизводства ключевое значение имеет разделение права на право форума (национальное право) и иностранное по отношению к данному форуму право. Однако у международного арбитражного трибунала нет форума[8]. Ни место арбитража, ни применимый регламент, ни назначенные арбитры не дают арбитражному трибуналу «национальности»[9].

Поэтому в контексте международного коммерческого арбитража нельзя говорить о том, что для состава арбитража какое-либо право является «своим», а какое-то — «иностранным»[10]. Правильнее говорить о применимом праве[11]. С этим не согласен

[7] *Lew J.* Op. cit., paragraph 21.

[8] См., например: *Emmanuel Gaillard and John Savage (eds).* Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, 1999), p. 692. Ср. также: Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration // Final Conference Report of the International Law Association, International Commercial Arbitration Committee, Rio de Janeiro (2008), p. 12 (http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19).

[9] *Lew J.* Op. cit., paragraph 31. В связи с этим А.В. Асосков обоснованно указывает на отсутствие процессуальной обязанности состава арбитража применять подходы, закрепленные в российском законодательстве о международном частном праве, в частности, ст. 1191 ГК РФ (см.: *Асосков А.В.* Рецензия на монографию Д.А. Хоцанова «Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве» // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 278).

[10] См.: *J.D. Lew, L. Mistelis, S. Kröll.* Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, 1999), p. 443.

[11] *Хоцанов Д.А.* Установление содержания применимого права международным коммерческим арбитражем // Закон. 2008. № 10. С. 66; *Гармоза А.П.* Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права в отношении установления

А. В. Грибанов, который применительно к МКАС при ТПП РФ предлагает говорить об иностранном праве только в том случае, когда арбитрам приходится применять нероссийское право[12]. К сожалению, автор никак не обосновывает эту позицию. Но концептуально с ней нельзя согласиться именно по причинам, описанным выше: даже применение регламента МКАС при ТПП РФ не «привязывает» состав арбитража к России настолько, чтобы сделать для него российское национальное право «своим». Тем более что в самом регламенте МКАС при ТПП РФ также нет ничего, что указывало бы на обоснованность высказываемого А. В. Грибановым мнения.

Соответственно, применимость принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже находится под вопросом, поскольку нет оснований презюмировать, что арбитр знает применимое к спору материальное право. Это позволяет некоторым авторам утверждать, что названный принцип вообще не применяется в международном арбитраже[13]. В пользу этого подхода говорит также тот факт, что стороны могут выбрать арбитром любого, кого посчитают подходящим. Зачастую знание арбитром применимого к спору права не является решающим фактором при его назначении[14].

Более того, стороны вправе назначить арбитров, не являющихся юристами, хотя в международном коммерческом арбитраже

содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 184.

12 См.: *Грибанов А. В.* Установление содержания иностранного права при разрешении споров в государственных судах и в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 9, сноска 1.

13 *Yves Derains*. Observations — Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) 13 novembre 1997 — Lemeur v. SARL Les Cités invisibles, Revue de l'Arbitrage, (Comité Français de l'Arbitrage 1998 Volume 1998 Issue 4), p. 711.

14 *G. Kaufmann-Kohler*, p. 637.

это происходит относительно редко (в отличие от специализированных арбитражей, например, морских). Разумеется, презюмировать, что арбитр знает применимое право, в таком случае некорректно. Скорее речь должна идти о том, что арбитр знает принятые в соответствующей индустрии обычаи.

Роль сторон и арбитров в установлении содержания иностранного права

Согласно Рекомендациям арбитрам следует получать информацию по поводу содержания применимого права прежде всего от сторон[15]. Очевидно, что именно стороны обладают необходимыми ресурсами и возможностями для представления необходимой информации. Как правило, стороны представляют заключения экспертов, либо привлекают к участию в деле в качестве представителей юристов из соответствующих юрисдикций, а также представляют выдержки из законов, судебных решений или доктринальных работ в материалы арбитражного дела.

Тем не менее существуют ситуации, когда состав арбитража может и должен занимать более активную позицию в процессе. Например, если ответчик не принимает участия в разбирательстве, состав арбитража должен занимать более активную позицию, чтобы проверить обоснованность доводов истца и тем самым избежать вынесения несправедливого решения[16]. Разумеется, существует черта, которую арбитрам переходить не следует. Отсутствие ответчика в процессе не означает, что состав арбитража должен брать на себя функции его представителя и пытаться оспорить все заявленные истцом доводы. Однако составу

15 Рекомендация 5.

16 *Antonias Dimolitsa*. The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law, ASA Bulletin, (Kluwer Law International 2009 Volume 27 Issue 3), p. 428.

арбитража необходимо отнестись внимательнее к проверке обоснованности предложенной истцом позиции, в том числе, по вопросу о содержании норм применимого права.

Арбитры должны также проявлять инициативу в том случае, когда имеются потенциально применимые к спору сверхимперативные нормы. В этом случае состав арбитража должен приложить усилия к тому, чтобы установить содержание таких сверхимперативных норм и решить вопрос об их применимости к спору. Это связано с необходимостью обеспечить исполнимость арбитражного решения, вынесенного по спору[17].

Другой вопрос о пределах использования представленных сторонами доказательств содержания применимого права заключается в следующем. Некоторые авторы склоняются к позиции, что стороны могут согласиться, что арбитры должны применять право в том виде, в котором оно доказано сторонами, даже если это не соответствует его действительному содержанию[18]. Иными словами, стороны могут не заботиться об аутентичности обоснованного ими содержания применимого права. Вместо этого они могут обосновывать содержание применимого права, не совпадающее с принятым в соответствующей юрисдикции толкованием, или заявлять о необходимости применения норм, которые не могут быть применимы к соответствующим отношениям.

На практике стороны, разумеется, редко явным образом выражают свою волю на применение составом арбитража «неправильного» права. В большинстве случаев речь скорее идет о том, что одна из сторон предлагает составу арбитража неправильное

[17] Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 20; Рекомендация 13. См. также: Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV,* 1 June 1999 (http://goo.gl/1Ib26).

[18] *Jeff Waincymer.* Op. cit., p. 1080.

толкование применимых норм, а другая сторона в силу тех или иных причин не оспаривает предложенное другой стороной толкование. Должен ли арбитр в такой ситуации вмешиваться и указывать на неточность предложенной интерпретации содержания применимого права?

С одной стороны, возможность для сторон договориться о применении «неправильного» права звучит довольно странно. С другой стороны, многие арбитражные регламенты и арбитражное законодательство предоставляют сторонам возможность выбрать применимые нормы права (*rules of law*), что включает в себя возможность выбрать и ненациональное право. Поэтому согласие сторон на применение «неправильного» права можно рассматривать как соглашение о выборе иного применимого права — норм права, которые во многих аспектах воспроизводят национальное регулирование той или иной страны, за исключением нескольких положений, которые стороны согласились применять иначе, чем они применяются судами соответствующей страны. Иными словами, стороны создают себе синтетическое правовое регулирование, используя элементы национального регулирования и элементы, согласованные самими сторонами.

Ограничением для автономии воли в такой ситуации могут быть только императивные нормы права, которые обязательны для применения арбитрами. Как представляется, количество таких норм крайне незначительно, а поэтому ограничение автономии воли сторон также будет скорее номинальным. Тем не менее арбитрам не следует допускать использование арбитражной процедуры для достижения противозаконных целей.

Разумеется, нет никаких оснований полностью ограничивать право арбитров предпринимать самостоятельные усилия по установлению содержания применимого материального

права, используя доступные им источники и литературу[19]. Однако на практике у состава арбитража обычно нет доступа к надежным источникам применимого права, если только арбитры не являются юристами, квалифицированными в соответствующей юрисдикции[20]. Поэтому стороны должны быть проинформированы о предпринятых арбитрами шагах[21].

Это требование объясняется прежде всего необходимостью предоставить сторонам возможность прокомментировать предпринятые арбитрами усилия и использованные арбитрами источники. Так, арбитры могут не иметь доступ к актуальным источникам правовых знаний. С этой точки зрения показательным является Решение МКАС при ТПП РФ от 15 мая 2001 года № 54/2000[22]:

«*Обратившись к предписаниям английского права, состав арбитража установил следующее. Договор, из которого возник спор, в качестве встречного удовлетворения предусматривал взаимные обязанности сторон, то есть содержал являющееся универсальным элементом любого договора не за печатью встречное удовлетворение, состоящее в совершении в обмен на что-либо какого-либо обязательства (**п. 218 Свода английского гражданского права; Anson's Law of Contract. Edited by A. G. Guest. Oxford, 1979, p. 86–87**).*

Согласно разделу III Свода английского гражданского права «Общая часть. Обязательственное право» договор создает обязательство, причем по договору, содержащему взаимные обязательства,

[19] См.: *Хоцанов Д.*А. Указ. соч.; *Грибанов А.В.* Указ. соч. С. 22. На практике арбитры зачастую выбирают в пользу сочетания использования представленных сторонами доказательств и самостоятельного исследования того или иного правового вопроса (см.: Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 16–17).

[20] *G. Kaufmann-Kohler.* Op. cit. P. 636.

[21] См.: Рекомендация 9.

[22] СПС «КонсультантПлюс».

*каждая сторона является одновременно должником и кредитором. Стороны в договоре должны каждая исполнить свое обязательство по договору, если они не освобождены от исполнения по закону (**п. 243 Свода английского гражданского права, под редакцией Э. Дженкса. М.: Юридическое издательство НКЮ, 1941, с. 90**). При этом, как отмечается в Anson's Law of Contract, если потерпевшая сторона на момент возникновения нарушения договора уже что-либо передала другой стороне, она вправе предъявить иск в отношении переданного ею (p. 547)»* (выделено мною — *А.П.*).

Как представляется, установление содержания применимого права на основании источников двадцати- и шестидесятилетней давности зачастую может приводить к ошибкам, которых можно избежать, если предоставить сторонам возможность прокомментировать предпринятые составом арбитража усилия по самостоятельному установлению содержания применимого права.

Г. Кауфманн-Колер отмечала, что за свою карьеру ей приходилось разрешать дела с огромным разнообразием применимых правовых систем, об абсолютном большинстве которых у нее не было никакого представления[23]. Разумеется, в таком случае можно говорить, что арбитр выясняет для себя особенности регулирования тех или иных отношений, но при этом не становится специалистом в соответствующем праве.

Поскольку сам арбитр и стороны спора могут по-разному оценивать необходимость и достаточность имеющихся у арбитра знаний о применимой правовой системе, арбитр должен поставить стороны в известность о намерении использовать свои собственные знания[24]. Как минимум, это позволит сторонами

[23] См.: *G. Kaufmann-Kohler.* The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions // Arb. Int'l., 2005, 21 (4), p. 631.

[24] См.: Рекомендация 7.

договориться об использовании того или иного способа доказывания или постараться переубедить арбитра в правильности его точки зрения на стоящие перед составом арбитража вопросы.

Возможность полагаться на собственные знания правовой системы также зависит от того, является ли арбитр единоличным, председательствующим или избран стороной. Представляется, что для единоличного и председательствующего арбитра использование собственных знаний для критической оценки доводов сторон всегда более оправдано, чем для избранного стороной арбитра. Последний, безусловно, не должен являться представителем стороны в составе арбитража. Тем не менее если избранный стороной арбитр является единственным специалистом в применимом праве во всем составе арбитража, то другая сторона может посчитать использование им своих знаний нарушением принципа состязательности, особенно в ситуации, когда арбитр начинает выдвигать основанные на его знаниях контрдоводы, которые противоположная сторона по тем или иным причинам не заявила.

Последствия невозможности установления содержания применимого права

Наконец, последний вопрос, который возникает при обсуждении установления содержания применимого права, связан с наличием в международном частном праве положений о праве, подлежащем применению при невозможности установить содержание права, применимого в соответствии с соглашением сторон или в соответствии с коллизионными нормами.

Так, согласно п. 3 ст. 1191 ГК РФ в случае невозможности установления содержания норм применимого иностранного права, суд

разрешает спор на основании норм российского права. В английском международном частном праве презюмируется, что содержание иностранного права идентично английскому праву, если иное не доказано сторонами разбирательства. Соответственно, в случае, когда английский судья не имеет возможности установить содержание иностранного права (т.е. когда стороны его не доказали), он также применяет знакомые ему отечественные правовые нормы и принципы.

Однако, насколько нам известно, применительно к арбитражному разбирательству аналогичного положения не содержится ни в ведущих арбитражных регламентах[25], ни в арбитражном законодательстве. Поскольку арбитражное разбирательство не привязано к какой-либо юрисдикции, нет оснований для распространения на составы арбитража обязанности применять в таком случае национальное право по месту рассмотрения спора[26].

Можно ли от арбитра требовать применения права места арбитражного разбирательства в случаях, когда содержание применимого права установить не удалось? Представляется, что нет, поскольку право места арбитражного разбирательства может быть настолько же малоизвестным для арбитра, что и право, выбранное сторонами изначально. Кроме того, место арбитража зачастую выбирается из соображений нейтральности и удобства. Поэтому материальное право места арбитража зачастую оказывается совершенно не связанным с лежащим в основании спора правоотношением.

Невозможность установить содержание применимого к спору права возникает, как правило, в случае, когда стороны

[25] За исключением, возможно, ст. 2.1 (c) Регламента ЛМТС (см.: Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 15).

[26] *Асосков А.В.* Указ соч. С. 278.

арбитражного разбирательства не готовы оказывать составу арбитража помощь в этом. В том случае, если стороны не настаивают на применении к спору выбранного ими права, представляется, что арбитры могут обратиться к положениям арбитражного регламента для целей выбора иного применимого к правоотношениям права. Соответственно, можно согласиться с предложением Г. Кауфманн-Колер, что в случае невозможности установления содержания применимого права арбитры должны применить то право, которое посчитают подходящим для разрешения спора[27].

Эта ситуация, однако, отличается от случая, когда стороны настаивают на разрешении спора в соответствии с выбранным ими правом, но отказываются представлять составу арбитража доказательства его содержания. Например, стороны могут считать, что арбитры обязаны самостоятельно установить содержание применимого права.

Возможность разрешать спор в национальном суде на основании права места нахождения суда предусматривается национальным законодательством как раз потому, что свое право суд знает наверняка, поэтому сможет рассмотреть спор без необходимости обращаться к сторонам за помощью. Разумно ожидать, что арбитры выберут право, которое они знают и содержание которого они могут установить самостоятельно, без помощи сторон. Однако предпочтительнее, если предложенное Г. Кауфманн-Колер правило будет согласованно со сторонами на предварительной стадии арбитражного разбирательства[28].

[27] *G. Kaufmann-Kohler.* Op. cit., p. 636. Эта идея нашла отражение в Рекомендации 15.

[28] Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 16.

Право состава арбитража поднимать новые правовые вопросы *sua sponte*

Еще одним проявлением принципа *jura novit curia* является право арбитров самостоятельно поднимать новые правовые вопросы, которые не обсуждались сторонами. Помимо необходимости обеспечить соблюдение прав сторон представить свои объяснения, состав арбитража также не должен выходить за пределы переданных на его рассмотрения вопросов (*ne ultra petita partium*)[29].

После того как содержание применимого права установлено и стороны представили свои аргументы в отношении спора, у состава арбитража могут возникнуть дополнительные вопросы к сторонам. Нередко бывает, что стороны или одна из сторон обходит неудобное для нее положение заключенного договора или применимого права молчанием. Может ли арбитр самостоятельно предложить стороне прокомментировать этот вопрос в ситуации, когда другая сторона не обратила внимание на соответствующие положения договора или применимого права?

Как правило, арбитражное законодательство не содержит ответа на этот вопрос. Исключение составляет, пожалуй, только ст. 34 (1) (2) (g) Английского арбитражного акта 1996 г., которая устанавливает следующее:

> *«(1) Состав арбитража должен разрешить все процессуальные вопросы и вопросы доказывания с учетом права сторон прийти к соглашению по любому из этих вопросов.*

[29] В то же время А. Димолитса, например, считает, что принцип *ne ultra petita partium*, как правило, не нарушается при применении составом арбитража того или иного принципа по своему усмотрению, если это не выходит за пределы переданных на его рассмотрение вопросов (см.: A. Dimolitsa. Op. cit., p. 438). Ср.: Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 18.

(2) *Процессуальные вопросы и вопросы доказывания включают …*

g. *Должен ли состав арбитража самостоятельно проявлять инициативу в установлении фактов и права».*

Законодатели других стран, по всей видимости, оставили разрешение этого вопроса на усмотрение арбитров и сторон в рамках определения применимой процедуры[30].

Представляется, что ответ может отличаться в зависимости от источника потенциальных новых вопросов, поднимаемых арбитрами. Так, если арбитры считают необходимым поднять еще не обсуждавшийся сторонами вопрос по тому или иному положению заключенного между сторонами договору, они вправе и даже обязаны сделать это. Так, некоторые арбитражные регламенты прямо устанавливают, что арбитры в любом случае обязаны руководствоваться при разрешении спора договором между сторонами и применимыми обычаями делового оборота[31]. А. Димолитса отмечает, что даже в отсутствие прямого указания на такую обязанность в соответствующем арбитражном регламенте арбитры, применяющие положения заключенного сторонами договора, остаются в рамках своего мандата, поскольку соблюдают автономию воли сторон, применяя договоренность сторон, достигнутую специально применительно к соответствующему правоотношению[32].

Руководствуясь этой логикой, можно также говорить о праве арбитров самостоятельно поднимать вопросы, возникающие

[30] Статья 22.1 (c) Арбитражного регламента ЛМТС предоставляет арбитрам право оценить и применить право *sua sponte*, при условии отсутствия соглашения сторон об ином.

[31] См., например: ст. 17 (2) Арбитражного регламента МТП, ст. 33 (2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, ст. 26.1 Регламента МКАС при ТПП РФ.

[32] *Dimolitsa A.* Op cit., p. 430.

в связи с применением обычаев делового оборота. В то же время на практике такие ситуации должны возникать довольно редко. Договор между сторонами арбитр может и должен изучить при разрешении соответствующего дела, поэтому знание договора арбитром презюмируется. В то же время обычаи в соответствующей области оборота арбитры могут зачастую просто не знать. Кроме того, в условиях, когда отсутствует некий общепризнанный сборник обычаев делового оборота для соответствующей индустрии, большинство арбитров могут остеречься применять *sua sponte* какое-либо правило, которое они сами считают обычаем, поскольку вероятность ошибки в этом вопросе довольно значительна.

Однако право арбитров самостоятельно приступать к исследованию правовых вопросов, которые не были подняты сторонами, представляется менее очевидным.

Разумеется, арбитры вправе самостоятельно оценивать доказательства и применять право к установленным в процессе фактическим обстоятельствам. Зачастую очень сложно провести грань между обсуждением правовых вопросов, не поднятых сторонами, и применением права к данным фактам. Если признать, что арбитры вправе самостоятельно исследовать вопросы применимого права[33], а также полагаться на свои собственные знания[34], информируя об этом стороны[35], следует признать, что арбитры могут самостоятельно рассматривать те или иные правовые вопросы самостоятельно.

После того как установлено применимое к спору материальное право, стороны должны позаботиться о том, чтобы изложить

[33] См.: *Хоцанов Д.А.* Указ. соч.; *Грибанов А.В.* Указ. соч. С. 22.

[34] Рекомендация 7.

[35] Рекомендация 9.

свои доводы в соответствии с ним, и потому состав арбитража не может быть ограничен их правовыми доводами[36]. Если сторона по тем или иным причинам упускает из виду не выгодное для себя положение применимого права, то такая сторона должна самостоятельно нести риск связанных с таким упущением неблагоприятных последствий.

Другая точка зрения предполагает, однако, что по общему правилу состав арбитража не должен приступать к исследованию правовых вопросов, если они не были подняты сторонами[37]. Исключение из этого правила составляют случаи применения сверхимперативных норм[38].

Необходимо иметь в виду, что основной целью арбитражного разбирательства является вынесение исполнимого арбитражного решения. Поскольку ошибки арбитров в отношении применимого права или нарушение применимого права не являются основаниями для отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения[39], арбитрам следует в большей степени заботиться о соблюдении других фундаментальных

[36] *S. Kröll, L. Mistelis, et al. (eds).* International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Kluwer Law International, 2011, p. 19. См. также: *A. Dimolitsa.* Op. cit., p. 431; *T. Isele.* The principle of jura novit curia in international commercial arbitration // International Arbitration Law Review, 2010, 13 (1), p. 26.

[37] Рекомендация 6.

[38] Рекомендация 13.

[39] Единственным известным нам исключением из этого правила является ст. 69 Английского закона об арбитраже 1996 г., которая позволяет отменить арбитражное решение, если состав арбитража допустил ошибку, применяя нормы английского материального права. Но стороны могут исключить применение этого основания отмены арбитражного решения, что и происходит во многих случаях на практике. Ситуация несколько отличается применительно к инвестиционному арбитражу. Так, апелляционный комитет ICSID отменяет решения состава арбитража в связи с неправильным применением норм права. При этом отмечается, что состав арбитража не только вправе, но и обязан руководствоваться принципом jura novit curia, и поэтому не связан заявленными стороной аргументами (см.: *David M. Bigge*. Jura novit curia in investment treaty arbitration: May? Must? // http://goo.gl/mY45e).

принципов арбитражного процесса. Так, арбитры, поднимающие новые правовые вопросы *sua sponte*, потенциально могут нарушить право сторон представить свои объяснения по существу спора[40]. Можно утверждать, что безупречно правильное применение права не является первостепенной задачей арбитров. Тем более что зачастую невозможно добиться применения национального законодательства таким же образом, как оно применяется в соответствующем государстве.

Поэтому арбитры должны в любом случае стараться предоставить сторонам возможность прокомментировать ранее не обсуждавшиеся правовые вопросы, если считают их важными для исхода дела[41]. Однако здесь нельзя говорить о наличии какого-либо единого подхода к этому со стороны государственных судов различных стран. Суды расходятся в понимании того, насколько всеобъемлющей является обязанность получить от сторон комментарии по поводу новых правовых вопросов, поднятых арбитром по своей инициативе[42].

Так, в Англии суды критически воспринимают обоснование принятого решения аргументами, которые не обсуждались сторонами[43]. Такой же позиции придерживается Верховный суд Квебека[44]. Французские суды менее последовательны в этом вопросе. Придерживаясь в целом аналогичной позиции[45], они все же

[40] Ст. V (1) (b) и (c) Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.).

[41] См.: Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration, p. 19.

[42] См. подробнее: *Панов А.А.* Доктрина «неожиданного решения» в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража, 2012. № 2, в особенности, с. 80–84.

[43] *Vee Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd* [2004] APP.L.R. 12/14; *OAO Northern Shipping Company v Remolcadores De Marin SL* [2007] EWHC 1821 (Comm).

[44] *Louis Dreyfus S.A.S. v Holding Tustulum B.V.* 2008 QCCS 5903.

[45] *Gisela Knuts.* Op. cit., p. 678.

признают некоторую свободу суда в переквалификации представленного на их рассмотрение договора (что потенциально приводит к возникновению нового правового вопроса). Так, в решении парижского апелляционного суда от 25 ноября 1997 года по делу *Société VRV v. Pharmachim*[46] суд указал:

«*Принимая решение на основании всех фактов и правовых доводов, представленных сторонами, что договор, квалифицированный его составителями в качестве договора купли-продажи, на самом деле являлся договором подряда, арбитры, восстановив точную квалификацию правового инструмента (что входит в их обязанности) для целей применения правовых норм, вытекающих из соответствующей квалификации, не нарушили принцип состязательности или права VRV, не пригласив его объясниться в отношении вопроса, все аспекты которого уже были обсуждены*»[47].

При этом суд отменил арбитражное решение как принятое с нарушением принципа состязательности, поскольку состав арбитража изменил правовое основание иска с договорного на деликтное. Это решение критикуют за непоследовательность и сложность проведения границы между двумя ситуациями на практике[48].

Швейцарское право исходит из того, что право представить свои объяснения не распространяется на правовое обоснование решения[49]. Поэтому в швейцарском праве принцип *jura novit curia* в международном арбитраже применяется в том же виде, что и в национальных судах. Соответственно, арбитры вправе принимать решение, основываясь на аргументах, не заявленных

[46] Revue d'arbitrage. 1998, p. 684.
[47] Ibid, p. 687.
[48] *A. Dimolitsa*. Op. cit., p. 434.
[49] *T. Isele*. Op. cit., p. 18.

сторонами процесса, при условии, что решение не станет совершенно неожиданным для сторон[50].

Несмотря на скептицизм швейцарских судов, стороны все же не оставляют попытки отменять арбитражные решения в связи с «неожиданным» для них применением соответствующего правового положения.

Например, в недавно рассмотренном швейцарским судом деле австрийская компания Strabag AG пыталась оспорить решение состава арбитража МТП по делу против мексиканского производителя цемента Cemex и его голландской дочерней компании[51].

В качестве одного из оснований для отмены арбитражного решения компания Strabag заявляла следующее. Соглашение содержало оговорку о необходимости приложения всех усилий *(«best endeavours»)* со стороны Strabag в целях обеспечения получения одобрения антимонопольного органа на продажу активов. Компания Cemex утверждала, что оговорка о необходимости приложения «всех усилий» означает ничем не ограниченную обязанность сторон сотрудничать друг с другом в целях получения соответствующего одобрения. Компания Strabag заявляла, что эта оговорка только запрещает недобросовестно препятствовать осуществлению договора. Состав арбитража не согласился ни с одним из предложенных толкований и предложил собственное понимание: хотя речь шла о позитивной обязанности сторон сотрудничать друг с другом, однако эта обязанность не была настолько безграничной, как предлагала компания Cemex.

[50] *Gisela Knuts*. Op. cit., p. 675; *A. Dimolitsa*. Op. cit., p. 435.
[51] Решение Верховного суда Швейцарии от 20 февраля 2013 года по делу 4A_407/2012; на немецком языке доступно на официальном сайте суда: http://goo.gl/XBAk0.

На этом основании в рамках судебного процесса компания Strabag указывала, что имело место «неожиданное применение права», поскольку состав арбитража не основывался в своем решении на толковании, которое компания Strabag могла бы предвидеть. Суд не согласился с этим, посчитав, что, выбрав позицию между двумя крайними толкованиями, выдвинутыми сторонами, состав арбитража остался в пределах заявленного сторонами толкования.

Финские и шведские суды признают применимость принципа *jura novit curia* в международном арбитраже[52]. Так, например, в 2008 году Верховный суд Финляндии слушал дело *Werfen Austria v. Polar Electro*, и вопрос применимости *jura novit curia* был одним из центральных в процессе. Дело касалось соглашения о дистрибуции, заключенного между австрийской и швейцарской компаниями. В соответствии с условиями соглашения дистрибутор был не вправе требовать компенсации вреда деловой репутации (*goodwill*), если соглашение расторгалось с предварительным уведомлением. Однако после расторжения соглашения дистрибутор все же потребовал такую компенсацию, указывая, что по австрийскому и финскому праву договорное условие, исключающее возможность такой компенсации, будет являться недействительным. Состав арбитража посчитал, что договорное условие было неразумным и поэтому истец может считаться заявившим второй альтернативный аргумент о неразумности такого условия и потребовать его изменения в судебном порядке. Затем состав арбитража изменил договорное условие в соответствии со ст. 36 финского Закона о договорах, хотя ни одна из сторон не ссылалась на это положение.

Проигравшая сторона оспорила решение, ссылаясь на то, что состав арбитража не предоставил ей достаточной возможности

[52] См. подробнее: *Matti S. Kurkela*. Op. cit., p. 487.

представить свои объяснения. Однако Верховный суд Финляндии посчитал, что состав арбитража не принимал решение на основании каких-либо аргументов, не обсуждавшихся сторонами. Кроме того, суд отметил, что состав арбитража в любом случае не связан правовыми аргументами сторон[53].

Еще один принцип, который может быть затронут при проявлении арбитрами инициативы в отношении обсуждения не заявлявшихся сторонами аргументов, — это принцип равного отношения к сторонам (и потенциально беспристрастности арбитров). Разумеется, никому не нравится видеть, когда состав арбитража самостоятельно пытается исправить огрехи и недоработки другой стороны. В этом случае одна из сторон получает явное процессуальное преимущество перед другой. Арбитры ни при каких обстоятельствах не должны становиться адвокатами одной из сторон, даже в случае неучастия ответчика в процессе. Тем более этого не следует делать в ситуациях, когда одна из сторон представлена менее квалифицированными или опытными адвокатами, чем другая. А. Демолитса отмечает, что во избежание возникновения подозрений в небеспристрастности арбитров, новые правовые вопросы должны подниматься только в том случае, если они действительно необходимы для вынесения обоснованного и справедливого по существу арбитражного решения[54].

Представляется, что состав арбитража должен обеспечить сторонам возможность представить свои объяснения. Для этого разумно предложить сторонам дополнительно пояснить те или иные правовые вопросы, которые не нашли отражения в их

[53] *Gisela Knuts*. Op. cit., p. 677; *S. Kröll, L. Mistelis, et al. (eds)*. International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Kluwer Law International, 2011, p. 19.

[54] *A. Dimolitsa*. Op. cit., p. 438.

процессуальных документах. Как правильно отмечает К. Алберти, «*здравый смысл предполагает, что сторона не должна впервые узнавать о негативном для себя моменте впервые из арбитражного решения против нее*»[55].

Общий принцип заключается в том, что в тех случаях, когда состав арбитража считает, что важные для дела правовые аргументы не были заявлены сторонами, состав арбитража должен предложить сторонам представить свои объяснения по этому вопросу[56].

Например, относительно распространенной является ситуация, когда сторона требует применения процентов за пользование чужими денежными средствами, но не представляет своей позиции по поводу применимой ставки, а также по поводу времени, с которого проценты должны начисляться. С одной стороны, состав арбитража не должен отказывать в присуждении к уплате процентов в пользу выигравшей стороны, поскольку это будет означать необоснованный отказ разрешить все переданные на рассмотрение вопросы. С другой стороны, составу арбитража не следует самостоятельно определять и применять процентную ставку, не обсудив это со сторонами. В противном случае могут быть нарушены права обеих сторон: если бы стороны знали, в каком порядке и какого размера процентную ставку собирается применять состав арбитража, выигравшая сторона могла бы попытаться обосновать применение более высокого размера процентной ставки, а проигравшая — более низкого.

В такой ситуации самым удачным решением для состава арбитража будет предложить сторонам самим представить свои объяснения по данному вопросу.

[55] *S. Kröll, L. Mistelis, et al. (eds).* International Arbitration and International Commercial Law: Synergy..., p. 28.

[56] Ibid., p. 30.

В той ситуации, когда состав арбитража уже после завершения устных слушаний и последнего раунда обмена процессуальными документами приходит к выводу, что какой-либо важный для разрешения спора по существу правовой вопрос требует дополнительных пояснений, составу арбитража не следует принимать самостоятельное решение по этому вопросу, не обеспечив сторонам возможности представить свои объяснения. С точки зрения процессуальной экономии такое решение будет более правильным, поскольку позволит обеспечить исполнимость арбитражного решения. При этом у состава арбитража всегда есть возможность ограничить как объем представляемых сторонами дополнительных пояснений, так и вопросы, по которым они требуются. В том случае, если такая возможность не будет предоставлена сторонам, арбитражное решение может быть отменено или в его приведении в исполнение может быть отказано.

Заключение

Ключевым принципом международного коммерческого арбитража является принцип автономии воли сторон. В рамках международного арбитражного разбирательства встречаются арбитры и представители из разных стран и разных правовых культур. При этом, выбирая арбитров и представителей, стороны зачастую руководствуются именно их опытом в области международного разрешения споров, а не их знанием потенциально применимого к спору права. Поэтому представляется, что принцип *jura novit curia* не должен иметь широкого применения в практике международного арбитража.

Это не означает, что арбитры должны занимать в процессе исключительно пассивную позицию. Напротив, арбитры должны играть ключевую роль в определении наиболее эффективных

способов установления содержания применимого материального права. Кроме того, арбитры, разумеется, могут использовать доступные им способы получения информации о содержании материального права. Равным образом, арбитры могут и должны самостоятельно анализировать полученную ими информацию и делать на ее основании выводы. Арбитры также могут самостоятельно поднимать новые или дополнительные правовые вопросы, которые не затрагивались сторонами в их процессуальных документах. Наконец, если одна из сторон не принимает участия в разбирательстве, арбитры должны занимать более активную позицию, чтобы исключить возможность искажения одной из сторон положений применимого к спору права и в конечном итоге обеспечить вынесение правильного и справедливого решения.

Вместе с тем арбитры обязаны взаимодействовать со сторонами при определении порядка установления и доказывания содержания применимого права, информировать стороны о предпринятом ими самостоятельном изучении применимых норм, а также предлагать сторонам прокомментировать важные для дела правовые нормы, которые не обсуждались до этого. Это необходимо в целях обеспечения сторонам возможности представить свои объяснения. Это также поможет арбитрам избежать ошибок в установлении содержания соответствующих норм и в их применении. Именно на этих принципах построены Рекомендации ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже.

И. С. Чупрунов
юрист международной юридической фирмы Linklaters CIS

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ: ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО И ВЛИЯНИЕ СО СТОРОНЫ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ

Посвящается моему отцу

Введение

Любые вопросы, связанные с арбитрабельностью, всегда вызывали и до сих пор вызывают немалые споры среди ученых и практиков не только в России, но и за рубежом[1]. Связано это с тем, что проблемы арбитрабельности являются, пожалуй, одними из наиболее непростых в науке международного коммерческого арбитража (так же, например, как вопросы, связанные с применением сверхимперативных норм или категорий публичного порядка, являются одними из самых сложных в науке международного частного права вообще).

Подобные трудности можно во многом объяснить тем, что вплоть до сегодняшнего дня во многом отсутствует единое понимание того, что собой представляет категория «арбитрабельность»

[1] В России эти споры касаются даже правильности написания данного термина: арбитрабИльность или арбитрабЕльность? Автор настоящей статьи придерживается той точки зрения, что, как и иные слова, скалькированные из иностранных языков (такие как «комфортабельность», «транспортабельность» или «рентабельность»), слово «арбитрабельность» должно писаться с суффиксом «абель». В то же время нет ничего юридически страшного и в использовании распространенного альтернативного написания данного термина.

с точки зрения материального права[2]. По данному вопросу, как будет показано ниже, существуют совсем разные точки зрения, что не может не сказываться на состоянии проработки коллизионно-правовых проблем, имеющих отношение к арбитрабельности.

В рамках настоящей статьи мы попытаемся еще раз проанализировать правовую сущность арбитрабельности и ее влияние на разрешение вопросов, касающихся применимого права[3].

В первую очередь будет рассмотрена собственно проблематика определения того, какие именно правовые стандарты (национальные? транснациональные?) должны регулировать вопросы арбитрабельности в государственном суде и в арбитраже. Иными словами, сначала мы проанализируем, как на возможность передачи споров в арбитраж воздействуют нормы об арбитрабельности, действующие в том или ином форуме.

После этого мы разберемся с тем, могут ли на арбитрабельность спора оказывать какое-либо влияние сверхимперативные нормы. Нашей целью будет дать ответ на вопрос, должен ли государственный суд при оценке арбитрабельности спора придавать какое-либо значение собственным или иностранным сверхимперативным нормам и не должен ли он отказаться передавать спор в арбитраж, если это может привести к игнорированию таких норм составом арбитража.

[2] В данном случае термин «материальное право» используется в значении противопоставления «коллизионному праву» (а не «процессуальному праву»).

[3] В известной мере данная статья развивает уже высказывавшиеся автором идеи, изложенные в следующей публикации автора: *Чупрунов И.С.* Проблематика определения права, применимого к вопросам арбитрабельности // Вестник гражданского права. 2011. № 5. С. 92–127.

1. Определение права, применимого к арбитрабельности, государственным судом

Как будет продемонстрировано в дальнейшем, арбитрабельность по своему происхождению представляет собой главным образом «этатистский» правовой концепт. По этой причине государственный суд и состав арбитров будут использовать совершенно различные методы нахождения права, регулирующего допустимость передачи спора на рассмотрение арбитража. В первую очередь рассмотрим особенности определения права, применимого к арбитрабельности в государственном суде.

Тем не менее в доктрине и правоприменительной практике существует три основных подхода к определению права, регулирующего вопросы арбитрабельности: (а) коллизионно-правовой, (б) транснациональный и (в) материально-правовой. Представляется необходимым рассмотреть их по очереди, оценив при этом как теоретические и практические достоинства, так и недостатки каждого из подходов.

A. Коллизионно-правовой подход

Проблема нахождения права, применимого к арбитрабельности, нередко рассматривается в науке и правоприменительной практике в качестве классической коллизионной проблемы. Как следствие, процесс нахождения применимого права в данном случае сводится к определению компетентного правопорядка за счет использования обыкновенных коллизионных норм, а также (потенциально) метода автономии воли.

a) Lex compromissi

По мнению ряда авторов, признающих арбитрабельность спора всего лишь условием действительности арбитражной оговорки,

вопросы арбитрабельности должны регулироваться тем же статутом, которому подчиняются все иные вопросы действительности арбитражной оговорки (*lex compromissi*)[4].

В качестве примера применения подобного подхода на практике можно сослаться на решения бельгийских судов, которые в ряде случаев (в основном на стадии до вынесения арбитражного решения) предпочитали рассматривать арбитрабельность в качестве элемента действительности арбитражной оговорки и подчиняли ее действию норм *legis compromissi*[5,6].

[4] См.: *Fouchard Ph.* L'arbitrage commercial international. 1965. Para. 185–186; *Klein P.* The Arbitration Agreement — Arbitrability of Company Law Disputes // Austrian Arbitration Yearbook / Ch. Klausegger, P. Kelin et al. (Eds.). 2007; *Moss G.C.* International Commercial Arbitration. Party Autonomy and Mandatory Rules. 1999. P. 286–287; *Bernardini P.* The Problem of Arbitrability in General // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice / E. Gaillard, D. Di Pietro (Eds.). 2008. P. 510–511, 516 (автор прямо указывает, что в исполнении арбитражного решения может быть отказано, если спор является неарбитрабельным по праву арбитражной оговорки в силу ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции); *Hobér K.* International Commercial Arbitration in Sweden. 2011. P. 302, 311 (автор придерживается аналогичной точки зрения).

[5] См., в частности, наиболее известное решение: Cour d'Appel de Bruxelles, 4 October 1985 (YBCA. 1989. Vol. XIV. P. 618–620); см. также ссылки на иные бельгийские судебные решения: *Verbist H.* Arbitrability of Exclusive Distributorship Agreements in Belgium: *Lex Fori* (and *Lex Contractus*)? // Journal of International Arbitration. 2005. Vol. 22. No. 5. P. 428; См. также в поддержку применения данной привязки: Corte di Cassazione (Sez. Un.) No. 2429 (27 April 1979) (YBCA. 1981. Vol. VI. P. 229).

См. также: *OAO Arkhangelskoe Geologodobychnoe Predpriyatie (Russia) v. Archangel Diamond Corp. (USA)* (Svea Court of Appeal. Case T 2277–04. 15 November 2005) (unpublished) (суд посчитал, что вопросы арбитрабельности должны определяться по праву оговорки (шведскому праву) и отказался придавать какое-либо значение российскому праву в данном отношении). См. описание: *Jarvin S.* Swedish Court Decisions on Arbitration, 1999 to 2008 // Journal of International Arbitration. 2009. Vol. 26. No. 6. P. 878–879.

[6] Интересно, что испанский законодатель также недавно пошел по пути смешения вопросов действительности и арбитрабельности, закрепив единую коллизионную норму для определения права, применимого к данным вопросам. См. в данной связи: ст. 9 (6) Закона Испании об арбитраже.

Если согласиться с тем, что арбитрабельность подчиняется в целом тому же праву, что и иные вопросы, связанные с действительностью арбитражного соглашения, то придется также признать, что на сферу арбитрабельности распространяется действие принципа автономии воли[7]. Раз арбитрабельность регулируется статутом арбитражного соглашения, а стороны вправе выбрать такой статут, следовательно, они могут определить и право, применимое к арбитрабельности[8]. В поддержку данной точки зрения некоторые авторы прямо ссылаются на ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции, утверждая, что закрепленная в ней возможность сторон выбрать право, применимое к действительности арбитражного соглашения, распространяется в том числе и на сферу арбитрабельности.

В основе приведенных воззрений лежит достаточно распространенное мнение, в соответствии с которым арбитрабельность спора представляет собой один из элементов действительности арбитражного соглашения[9]. Соответственно, если спор являет-

[7] См.: *Kirry A.* Arbitrability: Current Trends in Europe // Arbitration International. 1996. Vol. 12. No. 4. P. 379–380.

[8] См.: *Craig W.L., Park W.W., Paulsson J.* International Chamber of Commerce Arbitration. 3rd ed. 2000. P. 61–62; *Goldman B.* Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé // RCADI. 1963-II. T. 109. P. 468; *Stingl H.* Forum Selection in the Conflict of Laws. 2001. P. 123–124; *Малкахи К.* Арбитрабельность споров и связанные с ней риски // Корпоративный юрист. 2010. № 3. Приложение. С. 30; *Гальперин М.Л.* Компетенция международного коммерческого арбитража при несостоятельности одной из сторон спора. К вопросу о национальной и транснациональной правовой политике // Закон. 2010. № 7. С. 109; *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention / A.J. van den Berg (Ed.). 1999. P. 162 (правда, автор делает некоторые оговорки в отношении допустимости применения стандартов арбитрабельности *legis loci arbitri*).

[9] См., например: *Kaufmann-Kohler G., Stucki B.* International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners. 2004. P. 21; *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability. P. 146; *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. М., 2001. С. 125; *Хвалей В.* Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. № 5. С. 48; *Юрьев Е.Е.* Условия действительности арбитражного соглашения // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 6 (СПС «КонсультантПлюс»); *Скворцов О.Ю.* Третейское (арбитражное) соглашение // Договорное право: соглашение о подсудности,

ся неарбитрабельным, то и арбитражное соглашение становится недействительным[10]. В данном смысле весьма характерными представляются выводы, к которым пришел Президиум ВАС РФ в Постановлении по делу № 3515/00: указав на неарбитрабельность споров в отношении приватизации имущества, суд признал соответствующее арбитражное соглашение ничтожным на основании ст. 168 ГК РФ[11].

С приведенной точкой зрения вряд ли можно согласиться. Категория «арбитрабельность» играет несколько иную роль, нежели категория «действительности» арбитражного соглашения (как сделки).

В современной науке арбитража широко признанной является квалификация арбитражного соглашения в качестве материально-правового договора, имеющего определенный процессуально-правовой эффект[12,13]. Из этого следует, что, как и любой иной договор (двусторонняя сделка), арбитражное соглашение может быть признано недействительным по общим основаниям, предусмотренным применимым материальным правом. Например, действительность арбитражного соглашения может быть

международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение / Под общ. ред. М.А. Рожковой. М., 2008. С. 245; *Гальперин М.Л.* Указ. соч. С. 108.

10 См., например: *Sanders P. Quo Vadis*. Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice. 1999. P. 331; *Stingl H.* Op. cit. P. 53.

11 См.: Постановление Президиума ВАС РФ № 3515/00 от 10 апреля 2001 года.

12 См. краткий обзор позиций по данному вопросу в: *Чупрунов И.С.* Допустимость взыскания убытков из нарушения арбитражного или пророгационного соглашений // Вестник гражданского права. 2011. № 6. С. 65–67.

13 Впрочем, следует отметить, что эффект арбитражного соглашения не исчерпывается возникновением определенных процессуально-правовых последствий. Арбитражное соглашение также имеет и материально-правовой эффект: оно порождает обязательства сторон по отношению друг к другу. См. об этом подробнее в: *Чупрунов И.С.* Допустимость взыскания убытков из нарушения арбитражного или пророгационного соглашений. С. 71–101.

оспорена по той причине, что оно было заключено под влиянием угрозы или обмана со стороны одного из контрагентов[14]. Следствием признания арбитражного соглашения недействительным будет то, что оно не будет иметь никакого юридического эффекта (процессуально- или материально-правового), а стороны будут вольны передавать возникающие между ними споры на рассмотрение любого компетентного государственного суда. В данном случае применение норм о действительности сделок направлено на обеспечение частноправовых интересов, т.е. интересов той стороны соответствующего арбитражного соглашения, которая пострадала, например, от угрозы или обмана.

В то же время категория «арбитрабельности» функционирует иным образом. С помощью данной категории законодатель очерчивает ту сферу, в пределах которой он считает допустимым разрешение споров без применения особой процессуальной формы и обеспечения особых процессуальных гарантий, доступных исключительно в рамках государственного судопроизводства. Объявляя некоторую группу споров неарбитрабельными, законодатель тем самым указывает на существование особого публичного (регулятивного) интереса в том, чтобы соответствующие споры рассматривались только в государственном суде. Причины для существования подобного интереса могут быть достаточно разнообразны. Во-первых, государство может объявить некоторую группу споров неарбитрабельными, поскольку оно полагает, что только в национальных судах может быть

14 Естественно, компетенцией рассматривать споры в отношении действительности арбитражного соглашения будет обладать исключительно арбитраж, что следует из принципа компетенции-компетенции, за исключением случаев очевидного отсутствия арбитражного соглашения, его ничтожности или неисполнимости (см. об этом: *Асосков А.В., Чупрунов И.С.* Судебное вмешательство в разрешение вопроса о компетенции арбитража на начальных стадиях арбитражного разбирательства: вопросы, поставленные Конкурсом им. Виса // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 4. С. 24–43).

обеспечена надлежащая защита интересов экономически более слабых участников оборота[15]. По этой причине, например, в некоторых правопорядках объявлены неарбитрабельными споры из договоров с участием потребителя[16] или из договоров страхования. Во-вторых, некоторые категории споров могут быть признаны неарбитрабельными ввиду того, что они являются чрезвычайно комплексными и затрагивают сферу публичного права (например, споры из антимонопольных отношений). В то же время круг подобных споров в настоящее время становится все уже и уже, поскольку публично-правовая составляющая более не рассматривается в качестве непреодолимого препятствия для передачи спора на рассмотрение состава арбитража. Наконец, в-третьих, некоторые споры могут затрагивать интересы широкого круга вовлеченных в них лиц (например, споры из банкротства), что также может затруднять признание таких споров арбитрабельными[17,18].

[15] См. также весьма схожие рассуждения применительно к обоснованию ограничений арбитрабельности, связанных с закреплением исключительной подсудности спора государственным судам: *Arfazadeh H.* Arbitrability under the New York Convention: the *Lex Fori* Revisited // Arbitration International. 2001. Vol. 17. No. 1. P. 77–78; *Delvolvé J. — L., Pointon G.H., Rouche J.* French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. 2nd ed. 2009. P. 47–55; Arbitration in Germany: The Model Law in Practice / K. — H. Böckstiegel, S.M. Kröll, P. Nacimiento (Eds.). 2007. P. 115–116; *Pamboukis Ch.* On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 7–4–7–5.

[16] См., например: *Delvolvé J. — L., Pointon G.H., Rouche J.* Op. cit. P. 48–50; *Sanders P.* Op. cit. P. 160.

[17] См.: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention / H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port (Eds.). 2010. P. 348.

[18] Стоит, правда, признать, что одной лишь «вовлеченности» в спор широкого круга лиц недостаточно для признания спора неарбитрабельным. Поэтому, например, нет причин для объявления неарбитрабельными корпоративных споров: арбитражная оговорка может быть, например, включена в устав корпорации, что позволяет передавать на рассмотрение арбитража любые корпоративные споры, включая, например, споры в отношении действительности корпоративных решений. См. об этом, например: *Schwartz F.T., Konrad C.W.* The Vienna Rules. A Commentary on International Arbitration in Austria. 2009. P. 31–32; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (Eds.). 1999. Para. 578; *Born G.* International Commercial Arbitration. 2009. P. 1224.

В то же время вряд ли могут быть переданы на рассмотрение арбитража любые «банкротные» споры, поскольку на практике вряд ли возможным является заключение общего арбитражного соглашения между должником и всеми кредиторами ввиду объективных сложностей, связанных с составлением исчерпывающего перечня конкурсных кредиторов.

В любом случае ключевая функция арбитрабельности состоит в том, чтобы обеспечить некоторые *регулятивные интересы*, т.е. публичные интересы (в широком смысле слова), а не частные интересы (на защиту которых нацелены нормы, касающиеся недействительности сделок)[19]. В данном отношении можно было бы провести определенную аналогию между положениями, ограничивающими арбитрабельность спора, и, например, нормами, устанавливающими ничтожность антисоциальных сделок: и те и другие направлены на достижение некоторых публичных (регулятивных) целей (в широком смысле слова). Однако между данными типами норм также существует важное различие: категория арбитрабельности касается не материально-правовой действительности арбитражной оговорки, а лишь является одним из условий возникновения ее процессуально-правовых следствий[20].

По этой причине важно подчеркнуть, что корректнее говорить об арбитрабельности как о характеристике не самого арбитражного соглашения, а соответствующих споров, охваченных таким соглашением. Признание лишь части споров неарбитрабельными никоим образом не сказывается на арбитрабельности иных споров: в их отношении арбитражное соглашение продолжает

[19] См., например: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Para. 532 (авторы справедливо утверждают, что цель концепта арбитрабельности состоит в защите общественных интересов, в то время как категория действительности направлена на защиту частных интересов стороны арбитражного соглашения).

[20] См.: *Brekoulakis S.L.* On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 2–63; *Pamboukis Ch.* Op. cit. Para. 7–2.

сохранять процессуальный эффект. В то же время в большинстве правопорядков недействительность части сделки оказывает прямое влияние на действительность сделки в целом (и сделка сохраняет свой эффект лишь при соблюдении целого ряда условий)[21].

С терминологической точки зрения также, по-видимому, следует проводить различие между последствиями (а) недействительности арбитражной оговорки и (б) неарбитрабельности спора. Если в первом случае можно говорить о недействительности в обычном смысле слова, то во втором случае, возможно, следовало бы вести речь об отсутствии процессуально-правового эффекта у соответствующей арбитражной оговорки в пределах определенной юрисдикции (в то время как в других странах такой эффект может признаваться).

Подобное разграничение вопросов арбитрабельности и действительности арбитражной оговорки находит все большую поддержку в западной научной литературе[22]. Аналогичной позиции по данному вопросу придерживаются и некоторые отечественные авторы[23]. Например, Б.Р. Карабельников вполне справедливо

[21] См., например: *Новицкая А.А.* Недействительность части сделки: сравнительно-правовой анализ российского и немецкого правового регулирования // Вестник гражданского права. 2001. Т. 11. № 1. С. 4–51.

[22] См.: *van den Berg A.J.* The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. 1981. P. 288–289; *Arfazadeh H.* Op. cit. P. 80; *Pamboukis Ch.* Op. cit. Para. 7–17; *Girsberger D., Ruch P.J.* Pathological Arbitration Clauses. Another Lawyers' Nightmare Comes True // International Arbitration and International Commercial Law. Liber Amicorum Eric Bergsten / S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas (Eds.). 2011. P. 130–131; *Berger K.P.* Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law — Consensus or Confusion? // International Arbitration 2006: Back to Basics? / A.J. van den Berg (Ed.). 2007. P. 304; Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. P. 221.

[23] См., например: *Карабельников Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 122–123; *Карабельников Б.Р., Маковский А.Л.* Арбитрабельность споров: российский подход // Festschrift für Mark Moiseevic Boguslavskij / A. Trunk, R. Knieper, A.G. Svetlanov (Eds.). Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2004. S. 285–292).

В советской науке также, по-видимому, проводилось четкое различие между (а) допустимостью (или, по выражению С.Н. Лебедева, «вопросом о признании» арбитражного соглашения) и (б) действительностью арбитражной оговорки (*Лебедев С.Н.* Международный торговый арбитраж // *Лебедев С.Н.* Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. М., 2009. С. 56–57; *Минаков А.И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М., 1985. С. 100–104).

указывает на необходимость разграничения категорий арбитрабельности и действительности, поскольку вопрос об арбитрабельности предмета спора — «это не вопрос формы и содержания арбитражного соглашения, а вопрос существа спора»[24].

Разница между вопросами (а) арбитрабельности и (б) действительности арбитражного соглашения становится особенно очевидной именно в разрезе решения проблем, связанных с определением применимого права[25]. Вопросы действительности подчиняются статуту арбитражного соглашения (*lex compromissi*), который стороны вольны изменить по собственному усмотрению (так как он регулирует сферу, касающуюся их сугубо частных интересов)[26]. В то же время воля сторон касательно вопросов арбитрабельности просто не будет иметь никакого значения, поскольку государственный суд в данном отношении должен руководствоваться в первую очередь теми регулятивными интересами, которые ставит во главу угла местный законодатель,

[24] См.: *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М., 2008. С. 126.

[25] См.: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions: The (diminishing) relevance of lex fori and lex loci arbitri // Conflict of Laws in International Arbitration / F. Ferrari, St. Kröll (Eds.). Sellier, 2011. P. 129.

[26] Поскольку у государства не должно быть никакого собственного интереса в применении своего национального права к вопросам действительности, постольку у него нет оснований для того, чтобы игнорировать выбор применимого права, осуществленный сторонами.

ограничивая сферу арбитрабельных споров[27]. С данной точки зрения (и это важно подчеркнуть) нормы об арбитрабельности претендуют на применение вне зависимости от того, какое право регулирует решение частноправовых вопросов, относящихся к арбитражному соглашению[28].

В этом смысле сложно не увидеть сходство между сверхимперативными нормами и нормами об арбитрабельности: и те и другие обеспечивают достижение конкретного правового результата (диктуемого регулятивными интересами правопорядка) независимо от права, применимого к соответствующим отношениям. Различие между данными категориями норм состоит в том, что в первом случае речь идет об обеспечении достижения некого материально-правового результата, а во втором — уже некоторого «юрисдикционного результата».

При этом неарбитрабельность спора всегда «относительна». Поскольку ее цель состоит в обеспечении регулятивных интересов конкретного правопорядка, постольку и признание в государственном суде некоего спора неарбитрабельным в известной степени будет иметь значение лишь в рамках данного правопорядка (а также потенциально тех иных государств, которые во главу угла ставят аналогичные регулятивные интересы, препятствующие передаче соответствующего спора на разрешение составом арбитража)[29].

[27] См.: *Poudret J. — F., Besson S.* Comparative Law of International Arbitration. 2007. Para. 332. См. также: *van den Berg A.J.* The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretationю P. 369 («Неарбитрабельность предмета спора отражает особый национальный интерес в судебном, а не арбитражном разрешении спора»).

[28] См.: *Coipel-Cordonnier N.* Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé. 1999. P. 258–260; *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. С. 123.

[29] См. в данной связи: *Berger K.P.* Op. cit. P. 305 (автор справедливо указывает на «относительность» вывода суда о неарбитрабельности спора: такое решение имеет значение лишь для конкретного правопорядка).

Таким образом, статут арбитражного соглашения (как выбранный самими сторонами, так и установленный государственным судом с помощью применения коллизионных норм) не может регулировать вопросы арбитрабельности.

б) Lex loci arbitri

В науке арбитража и правоприменительной практике, к сожалению, до сих пор немалый вес имеет точка зрения, согласно которой арбитрабельность спора должна определяться именно на основе норм *legis loci arbitri*, т.е. норм права, действующих по месту проведения арбитража[30].

Однако подобная логика вряд ли заслуживает поддержки. Связь между арбитражным разбирательством и местом арбитража является не столь значительной. Нормы *legis loci arbitri* (сами по себе) не могут претендовать на какую-либо исключительность в регулировании вопросов арбитрабельности спора: одно то, что рассмотрение спора происходит на территории определенного государства, не дает соответствующему правопорядку никаких «эксклюзивных полномочий» на разрешение вопросов арбитрабельности. Кроме того, крайне сомнительной представляется и идея о том, что, выбирая место для проведения арбитражного разбирательства, стороны тем самым намеренно подчиняют порядок разрешения спора нормам *legis loci arbitri*, в том

[30] См., например: *Poudret J. — F., Besson S.* Op. cit. Para. 336 (авторы настаивают на том, что вопросы арбитрабельности на этапе до вынесения арбитражного решения должны всегда подчиняться нормам *legis loci arbitri*, и делают исключение лишь для случаев, когда место арбитража невозможно установить с полной определенностью, поскольку, например, арбитражный институт, которому стороны делегировали возможность выбора места арбитража, такой возможностью еще не воспользовался).

См. также: *Herrmann G.* Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration // Arbitration Insights / J.D.M. Lew, L.A. Mistelis (Eds.). 2007. P. 235; *Berger K.P.* Op. cit. P. 315–316.

числе с точки зрения регулирования вопросов арбитрабельности[31]. В этом плане подчинение вопросов арбитрабельности тем стандартам, которые действуют в месте проведения арбитража, выглядит малообоснованным[32].

Форум, где проводится арбитраж, зачастую выбирается сторонами, исходя из соображений нейтральности, практического удобства, развитости местного права и т.д. Однако крайне часто коммерческие отношения, вытекающие из договора, содержащего арбитражную оговорку, не имеют решительным образом никакой связи с арбитражным форумом. В отсутствие такой связи, вряд ли можно серьезно полагать, что именно регулятивные интересы того правопорядка, где проводится арбитраж, должны всегда ставиться во главу угла с точки зрения регулирования вопросов арбитрабельности. Напротив, представляется вполне очевидным, что регулятивные интересы правопорядка по месту арбитража зачастую оказываются никак не затронуты передачей спора в арбитраж, вследствие чего нормы права по месту арбитража не должны претендовать на применение при оценке арбитрабельности спора.

Таким образом, следует констатировать, что подчинение вопросов арбитрабельности стандартам *legis loci arbitri* представляется не более чем случайным решением, которое не имеет под собой никаких серьезных оснований.

в) Lex fori

Lex fori представляет собой наиболее традиционную из всех привязок, которые используются в рамках классического

[31] Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Para. 433. В отечественной литературе данная идея поддерживается, например, в следующей работе: *Минаков А.И.* Указ. соч. С. 88.

[32] См. в поддержку, например: *Paulsson J.* Arbitrability, Still through a Glass Darkly // Arbitraje Comercial Y Arbitraje de Inversión, 2009. T. 2. P. 534; *Chukwumerije O.* Choice of Law in International Commercial Arbitration. 1994. P. 57.

(мультилатерального) коллизионно-правового подхода[33] к определению права, регулирующего вопросы арбитрабельности.

Во-первых, применение рассматриваемой коллизионно-правовой привязки полностью согласуется с требованиями нормативно-правовых источников. В частности, ст. V (2) (a) Нью-Йоркской конвенции, а также ст. VI (2) Женевской конвенции прямо говорят о необходимости применения права суда ко всем вопросам арбитрабельности. Данные нормы, на первый взгляд, достаточно ясно и четко требуют, чтобы именно привязка *lex fori* использовалась судами при решении проблем, связанных с арбитрабельностью.

Во-вторых, популярность привязки *lex fori* можно объяснить тем, что чрезвычайно распространенной является точка зрения, согласно которой арбитрабельность представляет собой один из элементов категории «публичный порядок», которая всегда регулируется именно нормами *legis fori*.

В доктрине весьма распространена точка зрения, согласно которой арбитрабельность представляет собой один из элементов категории «публичный порядок»[34]. В частности, Ф. Фушар (*F. Fouchard*) полагал, что закрепление в Нью-Йоркской конвенции одновременно

[33] Классический мультилатеральный подход, существующий в рамках международного частного права, предполагает, что право, регулирующее отношения, должно определяться с помощью двусторонних коллизионных норм. При таком подходе государственный суд не отдает никакого автоматического приоритета применению собственных материально-правовых норм.

[34] См., например: *Di Pietro D.* General Remarks on Arbitrability under the New York Convention // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 5–38; *van den Berg A.J.* The New York Convention of 1958: An Overview // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice / E. Gaillard, D. Di Pietro (Eds.). 2008. P. 64; *Paulsson J.* Towards Minimum Standards of Enforcement: Feasibility of a Model Law // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention / A.J. van den Berg (Ed.). 1999. P. 581–582; *Stingl H.* Op. cit. P. 119–121; *Кораблева Е.А.* Соотношение действительности арбитражного соглашения

двух оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения: публичного порядка и арбитрабельности, — противоречит здравому смыслу, поскольку исполнение решения, вынесенного арбитрами по неарбитрабельному спору, всегда будет нарушать публичный порядок *legis loci executionis*[35].

Если с данной точкой зрения на суть арбитрабельности и можно согласиться, то лишь с существенными оговорками.

В основе концепта арбитрабельности, безусловно, лежат регулятивные интересы или политики, которых придерживается конкретный правопорядок, т.е. публично-правовые соображения в самом широком смысле слова. Однако вполне очевидно, что далеко не всякие нормы, в которых могут быть воплощены регулятивные интересы правопорядка, подлежат отнесению к сфере *публичного порядка в негативном смысле* (ст. V (2) (b) Нью-Йоркской конвенции). В соответствии с наиболее распространенной позицией категория публичного порядка охватывает лишь наиболее фундаментальные правовые ценности, которых придерживается конкретный правопорядок[36]. Весьма сомнительной выглядит идея о том, что, например, невозможность передачи в арбитраж спора с участием потребителя может

и арбитрабильности предмета спора // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 79.

35 По этой причине он выступал за исключение из Нью-Йоркской конвенции статьи V (2) (a) (см.: *Fouchard Ph.* La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine // Revue de l'arbitrage. 1997. P. 347). Аналогичную точку зрения см. в: *van den Berg A.J.* Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Explanatory Note // 50 Years on the New York Convention / A.J. van den Berg (Ed.). 2009. P. 656.

36 См., например: *Böckstiegel K. — H.* Public Policy and Arbitrability // Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration / P. Sanders (Ed.). 1987. P. 179–181; *Курзински-Сингер Е., Давыденко Д.Л.* Материально-правовой *Ordre Public* в российской судебной практике по делам о признании и приведении в исполнение или отмене решений международного коммерческого арбитража // Закон. 2009. № 9. С. 198–202.

рассматриваться в качестве подобной фундаментальной ценности. Далеко не все положения об арбитрабельности могут быть признаны частью публичного порядка.

Безусловно, нормы, имеющие отношение к публичному порядку, оказывают серьезное влияние на определение границ арбитрабельности. Неслучайно весьма распространенной является точка зрения, согласно которой одним из критериев неарбитрабельности спора является его публично-правовой характер. Тем не менее в ряде случаев границы арбитрабельности оказываются никак не связанными с нормами публичного порядка в негативном смысле в его традиционном понимании. Так, С. Брекулакис (*S. Brekoulakis*) называет основной характеристикой неарбитрабельных споров не их связь с публичным порядком, а, скорее, невозможность их рассмотрения арбитражем ввиду сущностных особенностей арбитражного механизма разрешения споров[37].

Кроме того, стоит подчеркнуть, что если «оговорка о публичном порядке» (в негативном смысле) имеет своей целью контроль *над содержанием* арбитражного решения, то категория «арбитрабельность» — контроль *над самим фактом передачи спора* в арбитраж[38]. С этой точки зрения данные категории выполняют совершенно различные юридические функции (и вступают в действие на разных этапах арбитражного разбирательства)[39].

37 См.: *Brekoulakis S.L.* On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern. Para. 2–3.

См. также: *Samuel A.* Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law. 1989. P. 125.

38 См.: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 16–27.

39 См. в поддержку четкого разграничения понятий арбитрабельности и публичного порядка, например: *Böckstiegel K. — H.* Op. cit. P. 183–184.

Из изложенного выше можно сделать следующие выводы в отношении материально-правового понимания сути арбитрабельности.

Арбитрабельность представляет собой публично-правовой, условно говоря, «этатистский» концепт, поскольку данная категория направлена на достижение некоторых регулятивных, или публично-правовых в широком смысле слова, целей. В то же время следует четко разграничивать арбитрабельность и оговорку о публичном порядке (в смысле ст. V (2) (b) Нью-Йоркской конвенции), поскольку зачастую те регулятивные интересы, которые призвана обеспечить категория «арбитрабельности», «не дотягивают» по своей фундаментальности до тех ключевых нормативно- и политико-правовых интересов, которые призвана охранять оговорка о публичном порядке.

В целом следует отметить, что использование привязки *lex fori* для целей нахождения права, применимого к вопросам арбитрабельности, на сегодняшний день находит существенную поддержку в теории[40], а также в практике государственных судов[41].

[40] См., например: *Nygh P.* Autonomy in International Contracts. 1999. P. 40; *Arfazadeh H.* Op. cit. P. 81–82; *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M.* Comparative International Commercial Arbitration. 2003. Para. 9–16–9–18; *van den Berg A.J.* Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: Explanatory Note. P. 656; *Mistelis L.A.* Is Arbitrability a National or an International Law Issue? // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 1–32–1–33; *Di Pietro D.* Op. cit. Para. 5–25; *Brekoulakis S.* Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *Lex Fori* // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 6–4; *Ерпылева Н.Ю.* Международный коммерческий арбитраж: институционно-нормативный механизм правового регулирования // Законодательство и экономика. 2011. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»); Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. P. 221–222; *Radicati di Brozolo L.G.* Arbitrage commercial international et lois de police // RCADI. 2005. T. 315. P. 301.

[41] См., например: Corte di Appello, Genoa, 7 May 1994 (YBCA. 1996. Vol. XXI. P. 599–600) (суд обосновал возможность применения итальянских норм об арбитрабельности

Тем не менее идея подчинить все вопросы арбитрабельности нормам *legis loci arbitri*, как представляется, все же не лишена некоторых недостатков. Вернее, данные недостатки характерны не столько для рассматриваемой коллизионной привязки, сколько в целом для традиционного коллизионно-правового подхода к нахождению права, применимого к вопросам арбитрабельности. Дело в том, что в ряде случаев спор, рассматривающийся в арбитраже, может не иметь ровным счетом никакой связи с государством, в судах которого возникает необходимость установления арбитрабельности спора.

Допустим, что Компания X из государства A заключает агентский договор с Компанией Y из государства B, в соответствии с которым последняя в качестве агента представляет интересы Компании X на территории государства C. При этом все споры из договора стороны согласились передавать на рассмотрение арбитража с местом проведения в государстве D. После возникновения спора, связанного с расторжением агентского договора, компания X выясняет, что подобные споры считаются неарбитрабельными в государстве E[42]. Осознавая это, она об-

на стадии до вынесения арбитражного решения тем, что данный вопрос напрямую касается юрисдикции итальянских судов, а потому должен решаться в соответствии с итальянским правом (подобная аргументация, конечно, не может не вызывать некоторые сомнения, хотя решение по сути является верным)); см. также, например, решение швейцарского Федерального Верховного суда, в котором тот отказался применить иностранные нормы в отношении неарбитрабельности антимонопольных споров (BGE 132 III, 389), а также следующие судебные решения: Cour D'Appel, Liege, 12 May 1977 (YBCA. 1979. Vol. IV. P. 256–257); Tribunal de Commerce de Bruxelles, 13 September 1979 (YBCA. 1983. Vol. VIII. P. 360–361); Tribunale, Bologna, 18 July 1987 (YBCA. 1992. Vol. XVII. P. 535); Corte di Appello Bologna, 21 December 1991 (YBCA. 1993. Vol. XVIII. P. 422); Tribunal de Commerce de Bruxelles, 20 September 1999 (YBCA. 2000. Vol. 25. P. 675); Supreme Court of Singapore, High Court, 10 May 2006 (YBCA. 2007. Vol. XXXII. P. 504).

[42] Подобные ограничения арбитрабельности содержатся, например, в законодательстве Бельгии, где споры в отношении расторжения исключительных дистрибьюторских договоров, подлежащих исполнению на территории Бельгии, отнесены к исключительной компетенции местных судов (см., например: Recognition

ращается в суд государства E (где находятся активы Компании Y) с требованием о признании агентского договора недействительным (что позволило бы ей избежать необходимости возмещать агенту понесенные убытки). Должен ли в подобной ситуации суд несмотря на отсутствие существенной связи между спором и государством C (стороны не обладают местной национальностью, договор не подлежит исполнению в государстве E, а местный филиал Компании Y не осуществляет никакой деятельности) все равно руководствоваться местными стандартами арбитрабельности и признать недопустимым передачу спора в арбитраж?

Если мы придерживаемся классического (мультилатерального) коллизионно-правового подхода к определению права, применимого к вопросам арбитрабельности, нам будет крайне тяжело обосновать отсутствие необходимости в подобной ситуации применять именно местные стандарты арбитрабельности. С точки зрения традиционного мультилатерализма использование коллизионной нормы должно производиться без всякого учета содержания применимого материального права. По этой причине, если безоговорочно согласиться с необходимостью применения к вопросам арбитрабельности положений *legis fori*, мы будем вынуждены механистически руководствоваться указанными положениями даже тогда, когда связь спора с форумом является эфемерной. Кроме того, слепое следование принципу подчинения вопросов арбитрабельности праву суда влечет невозможность применения иностранных норм права, что также может показаться далеко не идеальным результатом в некоторых категориях случаев.

and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. P. 361–362; *Van Hopplynus Instruments S.A. v. Coherent Inc.* Belgium, Cour de cassation, 16 November 2006 (Revue Belge de Droit Commercial. 2007. P. 889).

Таким образом, следует констатировать, что, с одной стороны, применение привязки *lex fori* при проверке арбитрабельности спора в полной мере согласуется с идеей о том, что суд в данной сфере должен в первую очередь ориентироваться на положения собственного права. С другой стороны, механистическое использование данной привязки (в духе классического мультилатерального подхода) чревато (а) применением к вопросам арбитрабельности норм государства суда даже в тех случаях, когда они не связаны со спором (не претендуют на то, чтобы быть примененными), и (б) полным игнорированием иностранных стандартов арбитрабельности.

Б. Транснациональный подход

В науке иногда выделяется так называемый транснациональный подход к нахождению применимых стандартов арбитрабельности.

Суть данного подхода состоит в том, что вопросы арбитрабельности предлагается разрешать не на основании положений какого-либо из национальных правопорядков (вне зависимости от его связи с соответствующим спорным правоотношением), а с помощью неких общих транснациональных норм, относящихся к сфере арбитрабельности[43]. Категория арбитрабельности тем самым во многом выводится за пределы действия национального права и объявляется институтом, регулируемым за счет некоторых общих международных принципов, что, в свою очередь, позволяет избежать самой постановки коллизионной проблемы[44]. Как полагают некоторые авторы, ст. II Нью-Йоркской конвенции,

[43] См., например: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. P. 368; *Mistelis L.A.* Op. cit. Para. 1–35, 1–38.

[44] См.: *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M.* Op. cit. Para. 9–12; *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability. P. 165–166; *Meadows Indemnity v. Baccala & Shoop Insurance Services*, EDNY, 29 March 1991 (YBCA. 1992. Vol. XVII P. 691–692) (суд указал на то, что вопросы арбитрабельности спора должны разрешаться на основе неких международных стандартов).

оперирующая понятием арбитрабельности, в принципе должна интерпретироваться в духе единых международных стандартов, что исключает возможность применения более жестких норм национального права[45].

Рассматриваемый подход к определению права, регулирующего вопросы арбитрабельности, как представляется, обладает определенными недостатками. В частности, весьма сомнительными выглядят лежащие в его основе идеи (а) о существовании неких общих для всех стран стандартов арбитрабельности[46] и (б) о возможности исключения (или серьезного ограничения) национально-правового регулирования в данной сфере.

Абсолютное большинство исследователей полагает, что вопросы арбитрабельности должны регулироваться все-таки в первую очередь на основе национальных норм права. Арбитрабельность представляет собой сугубо национальный феномен, и каждое государство вправе самостоятельно устанавливать категории тех споров, которые не могут передаваться на рассмотрение арбитров[47]. По мнению многих авторов, сама концепция арбитрабельности возникла как инструмент, позволяющий конкретному правопорядку ограничить допустимость передачи спора на рассмотрение арбитража и, как следствие, сузить сферу действия

[45] См., например: *Born G.* Op. cit. P. 530–532.

[46] См.: *Kröll S.* Arbitration and Insolvency Proceedings — Selected Problems // Pervasive Problems in International Arbitration / L.A. Mistelis, J.D.M. Lew (Eds.). 2005. P. 363; Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York. P. 72 (авторы указывают на утопичность идеи о выработке единообразных стандартов арбитрабельности на основе положений Нью-Йоркской конвенции).

[47] См., например: *Kröll S.* Arbitration and Insolvency — Selected Conflict of Law Problems. P. 216–217; *Youssef K.* The Death of Arbitrability // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (Eds.). 2009. Para. 3–4; *Bantekas I.* The Private Dimension of the International Customary Nature of Commercial Arbitration // Journal of International Arbitration. 2008. Vol. 25. No. 4. P. 450.

обязанности по исполнению арбитражных решений (в том числе вынесенных за рубежом)[48].

Таким образом, можно констатировать, что на настоящем этапе развития арбитража с точки зрения государственного суда национальные регулятивные ограничения арбитрабельности, безусловно, имеют приоритет перед некими общими транснациональными стандартами арбитрабельности (хотя, как отмечается в научной литературе, по крайней мере, в странах западного мира имеется четкая тенденция к уменьшению числа неарбитрабельных споров).

B. Материально-правовой подход

В современной науке международного коммерческого арбитража, по-видимому, настал момент критического переосмысления релевантности классического мультилатерального коллизионно-правового подхода для целей нахождения права, применимого к вопросам арбитрабельности[49].

Так, на сегодняшний день весьма распространенной является критика механистического использования привязки *lex fori* в сфере арбитрабельности. Например, американский ученый Г. Борн (*G. Born*) предлагает ограничить применение норм *legis fori* об арбитрабельности только теми случаями, когда между спорным правоотношением и форумом имеется определенная связь[50]. В качестве примера он приводит ситуацию, когда суд рассматривает спор, возникающий (а) из договора, подлежащего исполнению в ином государстве (вне правопорядка суда) в соответствии

[48] См.: *Blackaby N., Partasides C. et al.* Redfern and Hunter on International Arbitration. 2009. Para. 3.44; *Di Pietro D.* General Remarks on Arbitrability under the New York Convention. Para. 5–4; *Di Pietro D.* Applicable Laws under the New York Convention // Conflict of Laws in International Arbitration / F. Ferrari, S. Kröll (Eds.). 2011. P. 64.

[49] См., например: *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 129.

[50] См.: *Born G.* Op. cit. P. 523–526.

с местным правом, и (б) между сторонами, ни одна из которых не имеет какой-либо связи с государством форума. Г. Борн полагает, что в подобной ситуации у суда не должно быть никаких оснований применять свое право для оценки вопросов арбитрабельности. Единственным форумом, способным диктовать собственные стандарты арбитрабельности в данном случае, по его мнению, является правопорядок, в котором происходит исполнение договора и чьему праву он подчинен[51]. Таким образом, указанный автор ратует за то, что хотя арбитрабельность спора должна подчиняться нормам *legis fori* в полном соответствии с нормами Нью-Йоркской конвенции, такие нормы подлежат применению далеко не во всякой ситуации, а лишь при наличии определенной связи между спором и правопорядком[52].

Несколько иные рассуждения на данный счет можно обнаружить в работах других коллизионистов, занимающихся исследованием вопросов арбитрабельности. В частности, С. Брекулакис полагает, что нормы об арбитрабельности представляют собой инструмент исключительно для устранения «конфликтов юрисдикций», а потому государственный суд может ссылаться на свои нормы об арбитрабельности только тогда, когда спор затрагивает его собственную исключительную подсудность (а, следовательно, спорные правоотношения имеют связь с форумом)[53]. Иными словами,

[51] Схожие рассуждения можно встретить и в работах Я. Полссона, который утверждает, что у суда по месту исполнения арбитражного решения нет никаких резонов применять свои нормы об арбитрабельности, если решение не противоречит местному публичному порядку (*Paulsson J.* Arbitrability, Still through a Glass Darkly. P. 529). Правда, указанный автор, как уже отмечалось выше, придает слишком большое значение действию принципа автономии воли сторон применительно к вопросам арбитрабельности.

[52] См. схожие идеи в: *Chukwumerije O.* Op. cit. P. 58–59 (автор настаивает на том, что суд должен применять свое право к вопросам арбитрабельности только при наличии существенной связи между спором и форумом).

[53] См.: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 122–126; *Brekoulakis S.* Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *Lex Fori*. Para. 6–12, 6–15–6–25. См. в поддержку: *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 125–127.

нормы об арбитрабельности направлены исключительно на разграничение компетенции судов форума и арбитража (вне зависимости от его места проведения), что по общему правилу исключает необходимость и возможность применения судом иностранных норм об арбитрабельности[54]. Позицию о том, что арбитрабельность — это в первую очередь вопрос юрисдикции, можно встретить и в иных иностранных и отечественных научных работах[55].

В частности, Н. Куапель-Кордоннье (*N. Coipel-Cordonnier*) весьма строго и последовательно разграничивает методы решения вопросов применимого права в отношении (а) материально-правовых аспектов и (б) процессуально-правовых аспектов. В первом случае речь идет об использовании традиционных механизмов коллизионного права, в то время как во втором — инструментария, работающего в сфере конфликтов юрисдикций (в первую очередь применения норм *legis fori*)[56].

Подобные модификации традиционного коллизионно-правового подхода к анализу вопросов арбитрабельности, по-видимому, направлены в первую очередь на ограничение тех ситуаций, когда суд в отсутствие каких-либо серьезных оснований применяет к спору собственные стандарты арбитрабельности.

Как представляется, данная проблема должна решаться несколько иным образом: каждый раз при применении норм

[54] См.: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 126–127.

[55] См., например: *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M.* Op. cit. Para. 9–18; *Arfazadeh H.* Op. cit. P. 76–79; *Nygh P.* Op. cit. P. 40; *Pamboukis Ch.* Op. cit. Para. 7–12–7–16; *Ануров В.Н.* Третейское соглашение. М., 2011. С. 254. См. также: *Минаков А.И.* Указ. соч. С. 116–117 (автор высказывается в пользу процессуально-правовой квалификации вопроса о допустимости арбитражного соглашения и его подчинения праву государства суда).

[56] См.: *Coipel-Cordonnier N.* Op. cit. P. 25, 267. См. также: *Arfazadeh H.* Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondalisation. 2005. P. 84–86.

об арбитрабельности суд должен тщательно устанавливать действительную сферу применения таких норм. Иными словами, судье надлежит разобраться, какие именно регулятивные интересы охраняются путем признания спора неарбитрабельным. Например, суд, столкнувшийся с вопросом о применении нормы *legis fori* о неарбитрабельности споров из агентского договора, должен будет всегда определять, распространяет ли она действие на (а) любые агентские договоры, (б) договоры с агентами, осуществляющими деятельность в государстве суда, или (в) агентские договоры, подчиненные местному праву. Таким образом, проблема лежит не в области модификации коллизионно-правового метода в аспекте его применения к арбитрабельности, а в верном толковании самих норм об арбитрабельности. Иными словами, основной вопрос состоит в первую очередь в правильном определении (а) того, какова сфера действия норм об арбитрабельности, и (б) того, насколько местный законодатель намеревался исключить соответствующий спор из числа арбитрабельных[57].

Подобная логика рассуждений подталкивает нас к идее о том, что, возможно, традиционный коллизионно-правовой метод в принципе не должен применяться в сфере арбитрабельности. Может быть, данная сфера настолько тесно связана с областью регулятивных интересов государства, что здесь не возникает необходимости в использовании коллизионных норм? Действительно, если принять во внимание цель и назначение положений, касающихся арбитрабельности, наиболее логичной будет их квалификация в качестве норм, имеющих непосредственное применение, т.е., иными словами, в качестве норм, регулирующих вопросы допустимости передачи спора в арбитраж вне зависимости от права, применимого к существу спора или процедуре

[57] См. аналогичные рассуждения, например: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 124; *Grigera Naón H.A.* Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration // RCADI. 2001. T. 289. P. 63.

его разрешения[58]. Нормы об арбитрабельности определяют допустимость исключения спора из компетенции государственных судов соответствующего правопорядка, т.е. возможность порождения арбитражным соглашением процессуального эффекта[59]. Ровно тем же образом, как и нормы об исключительной подсудности, нормы об арбитрабельности служат установлению императивных границ соотношения юрисдикции государственных судов и арбитража. Подобные границы могут определяться только нормами соответствующего правопорядка, что предопределяет отсутствие необходимости в использовании коллизионных норм. Государственный суд всегда занят прежде всего истолкованием собственных положений об арбитрабельности для целей определения их пространственно-персональной сферы действия.

Это означает, что, поскольку нормы об арбитрабельности касаются распределения компетенции между арбитражем и государственными судами и выражают важные для правопорядка регулятивные интересы, они подлежат применению без необходимости определения применимого права — в данной сфере исключается постановка коллизионного вопроса[60]. Корректнее

[58] См. о сходстве сверхимперативных норм и норм об арбитрабельности, например: *Mayer P.* L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence // RCADI. 1989-V. T. 217. P. 438; *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M.* Op. cit. P. 29–30; *Coipel-Cordonnier N.* Op. cit. P. 261–262; *Berger K.P.* Op. cit. P. 305; *Pamboukis Ch.* Op. cit. Para. 7–25–7–26 (автор указывает на невозможность применения мультилатеральной коллизионно-правовой логики в сфере арбитрабельности); *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. С. 127; *Крохалев С.В.* Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб., 2006. С. 150.

[59] См.: *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 122.

[60] Следует отметить, что мыслимым является также обоснование применения норм об арбитрабельности через использование односторонних коллизионных норм, отсылающих к праву форума. Именно такие попытки нередко предпринимаются в западной науке (в особенности, в Германии) для обоснования совместимости сверхимперативных норм и традиционного мультилатерального метода

говорить даже не о проблеме определения права, регулирующего арбитрабельность (отыскать такое право не составляет особого труда — это в первую очередь право государства суда), а об установлении границ применения соответствующих стандартов арбитрабельности *legis fori*.

Следует отметить, что большинство современных арбитражных законодательств в принципе не содержит каких-либо коллизионных норм, которые касались бы сферы арбитрабельности. Напротив, чаще всего в них закрепляются материальные нормы, устанавливающие лишь общие критерии арбитрабельности спора: например, имущественный характер спора или допустимость его разрешения посредством мирового соглашения[61]. Все это косвенным образом подтверждает тезис об отсутствии необходимости в постановке коллизионного вопроса (в его традиционном

(см. об этом: *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 142–146). Следует согласиться с А.В. Асосковым в том, что подобное конструирование дополнительных односторонних коллизионных норм является не более чем искусственным и ненужным теоретическим усложнением (см.: Там же. С. 148–149).

61 См., например, ст. 177 швейцарского Закона о международном частном праве, ст. 1030 ГПУ ФРГ, ст. 582 ГПУ Австрии.

См. об этом: *Girsberger D., Voser N.* International Arbitration in Switzerland. 2008. P. 65; *Geisinger E.* Implementing the New York Convention in Switzerland // Journal of International Arbitration. 2008. Vol. 25. No. 6. P. 701; *Berger K.P.* Op. cit. P. 304–305.

Использование данного критерия, правда, ведет к постановке дополнительного вопроса: на основе какого права должны определяться, например, (а) имущественный или неимущественный характер спора или (б) допустимость распоряжения соответствующими правами? По-видимому, ответ на данный вопрос должен отыскиваться на основе *legis causae*, норм статута соответствующего правоотношения, который подлежит определению в соответствии с коллизионным правом *legis fori*. См. в поддержку данной идеи: *Poudret J. — F., Besson S.* Op. cit. Para. 332; *Madsen F.* Commercial Arbitration in Sweden. 3rd ed. 2007. P. 69, а также, по-видимому: *Lalive P.* Problèmes relatives a l'arbitrage international commercial // RCADI. 1967-I. T. 120. P. 602–603 (вероятно, именно таким образом следует толковать утверждение автора о том, что арбитрабельность спора подлежит установлению в соответствии с положениями *legis causae*).

мультилатеральном понимании) применительно к проблематике арбитрабельности[62].

Однако вряд ли можно согласиться с точкой зрения, согласно которой проблема арбитрабельности для национального суда — это всегда проблема «конфликта юрисдикций»[63]. Конфликт юрисдикций в строгом смысле слова может возникнуть лишь в отношениях между равнозначными юрисдикционными органами, т.е. судами разных правопорядков. Компетенция арбитров не равнозначна юрисдикции государственного суда: одна всегда исключает другую (в зависимости от наличия арбитражного соглашения)[64]. Как следствие, далеко не все традиционные способы борьбы с конфликтами юрисдикций (принцип *lis pendens*, например) могут быть использованы государственным судом при решении проблемы арбитрабельности[65].

В то же время квалификация норм об арбитрабельности в качестве норм непосредственного действия принципиально не исключает возможности применения государственным судом положений иностранного права[66]. В тех случаях, когда спор лишен

62 См., например: *Blessing M.* Arbitrability of Intellectual Property Disputes // Arbitration International. 1996. Vol. 12. No. 2. P. 193–194; *Kirry A.* Op. cit. P. 379.

63 Такая точка зрения отстаивается, в частности, в следующих работах: *Fouchard Ph.* L'arbitrage commercial international. Para. 94; *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 118; *Coipel-Cordonnier N.* Op. cit. P. 25, 267.

64 См. в поддержку данной точки зрения: *Bollée S.* Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales. 2004. P. 63; *Mayer P.* Les méthodes de la reconnaissance en droit internationale privé // Le droit international privé. Esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. 2005. P. 558–560 (автор указывает на то, что исполнение арбитражных решений происходит на основе совершенно иных принципов, нежели исполнение иностранных судебных решений).

65 В поддержку того, что принцип *lis pendens* не может применяться в отношениях между государственными судами и арбитражем, см.: *Асосков А.В., Чупрунов И.С.* Указ. соч. С. 24–43; *Чупрунов И.С.* Иски об оспаривании арбитражного соглашения // Иски и судебные решения / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2009. С. 159–160.

66 См. в поддержку применения иностранных стандартов арбитрабельности при наличии исключительных обстоятельств: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of

существенной связи с правопорядком суда, в силу чего местные нормы об арбитрабельности не претендуют на применение, суд имеет право следовать чужим положениям об арбитрабельности. В частности, если государственный суд сочтет, что спор чрезвычайно тесным образом связан с иным государством, чьи нормы об арбитрабельности в данном случае претендуют на применение, он может, руководствуясь последними, признать спор арбитрабельным или неарбитрабельным[67].

Например, суд, анализируя вопрос о принятии обеспечительных мер в поддержку иностранного арбитража, в случае если спор не имеет отношения к государству суда, может отказать в принятии указанных мер, если иностранный правопорядок (с которым спор, напротив, тесно связан) признает его неарбитрабельным. Однако для применения иностранных норм об арбитрабельности должны наличествовать вполне исключительные обстоятельства, схожие с теми, которые выступают основаниями для применения иностранных сверхимперативных норм. В частности, необходимо, чтобы подобные нормы претендовали на применение, а соответствующий правопорядок был бы наиболее тесным образом связан со спором[68]. Кроме того, применение иностранных норм об арбитрабельности должно сочетаться с регулятивными политиками *legis fori*[69].

Jurisdictions. P. 127; *Arfazadeh H.* Arbitrability under the New York Convention: the *Lex Fori* Revisited. P. 83–84. См. также ссылки на работы авторов, разделяющих подобную позицию (в частности, Ф. Вишера (*F. Vischer*)), в следующем решении: Partial Award. ICC Case No. 8420 of 1996 (YBCA. 2000. Vol. XXV. P. 332) (арбитры, правда, поддержали позицию, в соответствии с которой вопросы арбитрабельности должны решаться исключительно на основе *lex loci arbitri*).

Иную точку зрения см. в: *van den Berg A.J.* The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. P. 153.

[67] При этом на стадии до вынесения арбитражного решения государственный суд, признав спор неарбитрабельным, может принять дело к собственному рассмотрению (если, конечно, спор не относится к исключительной компетенции иностранного суда и применимое процессуальное право не требует прекращения производства по этому основанию).

[68] См. аналогичные критерии в отношении применения иностранных сверхимперативных норм в ст. 1192 ГК РФ. О порядке применения сверхимперативных норм

Схожей логикой может руководствоваться и государственный суд на этапе отмены арбитражного решения. Если в рамках конкретного дела положения *legis loci arbitri* не претендуют на то, чтобы регулировать вопросы арбитрабельности, государственный суд может обратиться к положениям иностранного права (*legis loci executionis*), при условии, конечно, что спор имеет тесную связь с соответствующим иностранным правопорядком (арбитражное решение будет подлежать исполнению именно в данном правопорядке), а применение иностранных стандартов арбитрабельности будет совместимо с регулятивными интересами *legis loci arbitri*.

При этом крайне важно подчеркнуть, что на стадии приведения арбитражного решения в исполнение государственный суд всегда должен руководствоваться только собственными стандартами

(включая сверхимперативные нормы третьих государств) см. в российской литературе, в частности: *Жильцов А.Н.* Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы). Дис. … канд. юрид. наук. М., 1998; *Асосков А.В.* Сверхимперативные нормы: различные теории, объясняющие механизм их применения // Московский журнал международного права. 2010. № 1–2.

[69] Так, суды большинства западных правопорядков вряд ли стали бы принимать во внимание иностранные нормы о неарбитрабельности, например, споров из обыкновенного договора купли-продажи, заключенного профессиональными коммерсантами. Аналогичным образом ограничения арбитрабельности споров в отношении недвижимости, которые существовали в судебной практике до вынесения Конституционным судом РФ Постановления от 26 мая 2011 г. № 10-П, вероятно, могли бы быть признаны иностранными государственными судами в качестве малосовместимых с регулятивными политиками западных про-арбитражно настроенных правопорядков (что характерно, подобные ограничения арбитрабельности споров, связанных с недвижимостью, существуют, по-видимому, только в таких государствах, как Бруней, Венесуэла, Турция и Сирия (см.: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. P. 362–363), а также в Хорватии (см.: *Uzelac A.* (In) arbitrability and Exclusive Jurisdiction // International Arbitration and International Commercial Law. Liber Amicorum Eric Bergsten / S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas (Eds.). 2011. P. 462–466)).

арбитрабельности[70]. Данная идея вытекает из того, какую ограниченную роль концепция арбитрабельности играет на данной стадии разбирательства в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. Если *lex fori* в подобных ситуациях не содержит каких-либо положений, которые бы ограничивали возможность передачи спора на рассмотрение арбитража, у государственного суда нет ни обязанности, ни права применять какие-либо иные стандарты арбитрабельности. Если же спор неарбитрабелен согласно праву суда, которое претендует на применение в данном случае, для соответствующего суда этого должно быть достаточно, для того чтобы отказать в приведении в исполнение арбитражного решения или отменить его.

Таким образом, для целей определения права, применимого к вопросам арбитрабельности, намного более адекватной выглядит унилатеральная логика[71]: поскольку в основе норм об арбитрабельности лежат публично-правовые (регулятивные) соображения, постольку суд не может слепо отказаться от применения подобных норм в пользу стандартов арбитрабельности, принятых в иностранном правопорядке[72]. Напротив, должно произойти взвешивание регулятивных интересов государства суда

[70] См.: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 126–127.

Иную точку зрения см. в: *Gibson C. S.* Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law // Building the Civilization of Arbitration / T.E. Carbonneau, A.M. Sinopole (Eds.). 2010. P. 58.

[71] Унилатеральный подход, существующий в рамках международного частного права, состоит в том, что (а) государственный суд должен в первую очередь применять право форума и (б) лишь в случаях, когда право форума не регулирует какой-либо вопрос (в частности, в силу ограниченности его территориальной или персональной сферы применения), может идти речь о применении иностранного права.

[72] См.: *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 130.

Ср.: *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. С. 146 (автор указывает на близость института сверхимперативных норм идеям теории правительственного интереса Б. Карри (*B. Currie*)).

и аналогичных интересов иностранного правопорядка[73]. Лишь в том случае, если интересы *legis fori* никак не затрагиваются ни рассмотрением спора арбитражем, ни применением иностранных норм об арбитрабельности (которые могут запрещать передачу спора в арбитраж), судья может обратиться к чужим стандартам арбитрабельности. Поскольку в сфере арбитрабельности тесно задействованы вопросы публично-правовой (регулятивной) политики, использование иностранных норм об арбитрабельности государственным судом допускается лишь в качестве исключения из общего правила о применении *legis fori* (и далеко не на всех этапах разбирательства).

2. Определение права, применимого к арбитрабельности, составом арбитража

Проблема нахождения права, применимого к вопросам арбитрабельности, приобретает совершенно особый характер в том случае, когда с ней сталкивается не государственный суд, а состав арбитража.

Дело в том, что арбитраж, в отличие от государственного суда, не имеет форума, чьи регулятивные интересы он должен был бы *ex officio* проводить в жизнь[74]. Как следствие, состав арбитража

[73] Именно поэтому вряд ли допустимо подчинять вопросы арбитрабельности праву, имеющему наиболее тесную связь со спором, как предлагают некоторые авторы (см.: *Chukwumerije O.* Op. cit. P. 58–60).

[74] См.: *Sachs K., Niedermaier T.* Overriding Mandatory Provisions before Arbitral Tribunals – Some Observations // Grenzen überwinden – Prinzipen bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann / H. Kronke, K. Thorn (Eds.). 2011. P. 1056; *Kröll S.* Arbitration and Insolvency – Selected Conflict of Law Problems. P. 220; *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 124–125; *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability. P. 158–159; *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 488.

не является *a priori* связанным нормами об арбитрабельности, действующими в каком-либо конкретном правопорядке[75]. Поскольку арбитраж не является в полной мере «национальным» правовым явлением (он не может быть локализован ни в одном правопорядке), а его компетенция не является однопорядковой по отношению к компетенции государственных судов, с точки зрения арбитража проблема арбитрабельности — это абсолютно точно *не проблема конфликта юрисдикций*. Для арбитража любые национально-правовые ограничения арбитрабельности представляются в некотором роде «иностранными»[76]: они выступают в качестве *внешних пределов* той автономии воли, которой пользуются стороны при наделении арбитров компетенцией[77].

В таком случае должны ли арбитры в принципе руководствоваться какими-либо национальными стандартами арбитрабельности?

В теории пользуется определенной поддержкой мнение, согласно которому единственным ограничителем арбитрабельности споров с точки зрения арбитров должна выступать категория транснационального публичного порядка[78]. С этой идеей, по-видимому, следует во многом согласиться: с сугубо теоретической точки зрения для арбитра единственным ограничителем его компетенции (вытекающей из соглашения сторон) могут

[75] См., например: *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M.* Op. cit. Para. 6–33.

[76] См.: *Hanotiau B.* L'arbitrabilité // RCADI. 2002. T. 296. P. 72. См. схожую идею применительно к проблематике применения арбитрами сверхимперативных норм: *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 568.

[77] См.: *Coipel-Cordonnier N.* Op. cit. P. 22–24 (автор отмечает, что для арбитража функцию *legis fori* выполняет воля сторон, а потому вопрос компетенции для самих арбитров всегда имеет договорный характер).

[78] См. в данной связи: *Blessing M.* Introduction to Arbitration — Swiss and International Perspectives // International Arbitration in Switzerland / S.V. Berti et al. (Eds.). 2000. P. 249; *Kaplan C.* Brief Reflections on the Application of Norms by International Arbitrators // Liber Amicorum Bernardo Cremades / M.Á. Fernández-Ballesteros, D. Arias (Eds.). 2010. P. 676.

выступать лишь универсальные стандарты арбитрабельности, сложившиеся в теории и практике международного коммерческого арбитража[79]. В качестве таких стандартов на сегодняшний день вполне может рассматриваться имущественный характер соответствующего спора, а также то, могут ли стороны урегулировать его по собственному соглашению (именно такие материально-правовые критерии арбитрабельности на сегодняшний день закреплены в законодательстве ведущих про-арбитражных форумов Европы[80])[81].

В пользу подобного подхода говорит и Резолюция Института международного права 1990 г., которая ориентирует арбитров на применение «принципов международного публичного порядка, в отношении которых в международном сообществе существует широкий консенсус» (ст. 2)[82].

Однако следует отметить, что роль международных стандартов арбитрабельности не может абсолютизироваться: арбитры

[79] См. об этом, например: *Thorn K., Grenz W.* The Effect of Overriding Mandatory Rules on the Arbitration Agreement // Conflict of Laws in International Arbitration / F. Ferrari, S. Kröll (Eds.). 2011. P. 200–201. Схожую точку зрения см.: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 130.

[80] См., в частности, ст. 177 закона Швейцарии о международном частном праве, ст. 1030 ГПУ ФРГ, ст. 582 ГПУ Австрии.

[81] Кроме того, подобные стандарты будут иметь большое значение для целей оценки арбитрами обоснованности конкретных национальных норм об арбитрабельности, которые претендуют на применение (о чем будет сказано ниже). Если такие национальные нормы представляются чересчур жесткими или необычными, то арбитры вправе в принципе полностью их проигнорировать и основывать свое решение о компетенции лишь на указанных минимальных стандартах арбитрабельности. См. в поддержку данной идеи: *Hanotiau B.* L'arbitrabilité. P. 67.

[82] Article 2. Resolution «Arbitration between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises // Annuaire de l'Institut de Droit International. 1990. Данное положение нередко толкуется в качестве отсылки к «транснациональному публичному порядку» (см.: *Derains Y.* State Courts and Arbitrators // Arbitration in the Next Decade. Special Supplement 1999 of the ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1999. P. 31); *Mayer P.* Effect of International Public Policy in International Arbitration // Pervasive Problems in International Arbitration / L.A. Mistelis, J.D.M. Lew (Eds.). 2005. P. 62–63.

не могут полностью игнорировать национальные стандарты арбитрабельности, особенно принимая во внимание то прикладное понимание арбитража как способа разрешения споров, которое преобладает в современном научном мире. По мнению большого числа авторов, арбитры занимаются урегулированием разногласий, существующих между сторонами, не просто для того, чтобы вынести абстрактное решение, нисколько не заботясь о его исполнимости[83]. Наоборот, арбитры должны приложить определенные (часто максимальные) усилия, необходимые для обеспечения исполнимости их решения[84]. С точки зрения проблематики арбитрабельности это означает, что составу арбитража следует обращать внимание в том числе на те ограничения арбитрабельности, которые существуют в национальных правопорядках[85].

Какими критериями надлежит руководствоваться арбитрам при установлении применимых национальных стандартов арбитрабельности?

[83] Иную точку зрения см. в: *Blessing M.* Introduction to Arbitration. P. 249 (автор указывает, что задача арбитров состоит в том, чтобы вынести прежде всего правильное решение, а потому его исполнимость должна мало их заботить).

[84] См., например: *Mayer P.* L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. P. 366; Redfern and Hunter on International Arbitration. Para. 9.10–9.12, 11.11; *Brekoulakis S.L.* On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern. Para. 2–36; *Sachs K., Niedermaier T.* Op. cit. P. 1058; *Craig W.L.* The Arbitrator's Mission and the Application of Law in International Commercial Arbitration // American Review of International Arbitration. 2010. Vol. 21. P. 282; *von Mehren A.T., Jiménez de Aréchaga E.* Arbitration between States and Foreign Enterprises. Preliminary Report // Annuaire de l'Institut de Droit International. 1989. P. 39; *Baade H.* Operation of Foreign Public Law // International Encyclopedia of Comparative Law. T. III. Chapter 12. 1990. Chapter 12. P. 37.

[85] См.: *Bermann G.A.* The Origins and Operation of Mandatory Rules // Mandatory Rules in International Arbitration / G.A. Bermann, L.A. Mistelis (Eds.). 2011. P. 11; *Karrer P.* Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? // Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner / G. Aksen, K. — H. Böckstiegel et al. (Eds.). 2005. P. 429 (по мнению автора, арбитры должны ориентироваться прежде всего на стандарты арбитрабельности *legis loci arbitri*, не отметая при этом в сторону и стандарты *legis loci executionis*).

В науке и практике арбитража существует несколько мнений по данному вопросу.

Во-первых, некоторые авторы выступают за то, чтобы арбитры применяли к вопросам арбитрабельности положения *legis compromissi*[86]. Такой подход, конечно, должен быть отвергнут, поскольку, как было показано выше, вопросы арбитрабельности не следует смешивать с вопросами действительности арбитражного соглашения.

Во-вторых, весьма распространенной является точка зрения, в соответствии с которой для арбитража характер, близкий к императивному, имеют стандарты арбитрабельности, действующие по месту проведения арбитража[87]. В обоснование данного мнения обыкновенно приводятся две категории аргументов.

С одной стороны, многие авторы рассматривают положения об арбитрабельности, закрепленные в рамках *legis loci arbitri*, в качестве таких норм материального права, которые должны применяться арбитрами вне зависимости от степени связи между отношениями сторон и местом проведения арбитража[88]. Так, известные швейцарские ученые Ж.-Ф. Пудрэ и С. Бессон полагают,

[86] См.: *Hanotiau B.* L'arbitrabilité. P. 64; *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability. P. 154–155; *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 124.

[87] См., например: *Berger K.P.* International Economic Arbitration. 1993. P. 189; *Briner R.* Commentary to Article 177 // International Arbitration in Switzerland / S.V. Berti et al. (Eds.). 2000. P. 322–323; *Ходыкин Р.М.* Несостоятельность и международный коммерческий арбитраж // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 1. С. 16–17 (автор указывает, что, по его мнению, арбитры чаще всего исходят из необходимости применения норм *legis loci arbitri* при оценке влияния процесса банкротства, инициированного в отношении одной из сторон, на арбитрабельность спора).

[88] См.: *Hobér K.* Arbitration Reform in Sweden // Arbitration International. 2001. Vol. 17. No. 4. P. 357–358; *Briner R.* Special Considerations which May Affect the Procedure (Interim Measures, Amiable Composition, Adaptation of Contracts, Agreed Settlements) // Planning Efficient Arbitration Proceedings — The Law Applicable in International Arbitration / *A.J. van den Berg* (Ed.). 1996. P. 369.

что автономия воли сторон арбитражного соглашения существует ровно в тех рамках, которые допускаются правом по месту арбитража, а потому именно данное право должно определять такой «параметр» спора, как его арбитрабельность[89].

Составы арбитража при разрешении конкретных споров также нередко отдают предпочтение именно положениям об арбитрабельности, закрепленным в рамках *legis loci arbitri*[90]. Особенно часто это происходит в тех случаях, когда право по месту арбитража устанавливает весьма либеральные и общим образом сформулированные критерии арбитрабельности (например, имущественный характер спора)[91].

[89] См.: *Poudret J. — F., Besson S.* Op. cit. Para. 332. См. в поддержку данной точки зрения: *Kaufmann-Kohler G., Stucki B.* Op. cit. P. 22; *Arfazadeh H.* Arbitrability under the New York Convention: the *Lex Fori* Revisited. P. 75 (автор указывает на то, что арбитрам достаточно обеспечить реализацию стандартов арбитрабельности в *lex loci arbitri* и не следует обращать внимание на потенциально более жесткие требования, действующие в иных юрисдикциях, включая *lex fori executionis*). См. также: *Mistelis L.A.* Op. cit. Para. 1–34.

[90] В практике иностранных арбитражей см., например: ICC Case No. 6162 (YBCA. 1992. Vol. XVII. P. 154–160) (арбитры при определении вопросов арбитрабельности полностью руководствовались нормами *legis loci arbitri*); ICC Case No. 8420 (YBCA. 2000. Vol. XXV. P. 330–331); Interlocutory Arbitral Award. SCC Case 20/2006 (2006) (SCC Arbitral Awards 2004–2009. P. 382–383); Award in ICC Case No. 11869 (YBCA. 2011. P. 52). См. также: *Mistelis L.A., Di Pietro D.* Commentary to the New York Convention // Concise International Arbitration / L.A. Mistelis (Ed.). 2010. P. 6.

В практике российских арбитражей также можно встретить примеры анализа вопросов арбитрабельности в соответствии с положениями *legis loci arbitri*. См. в данной связи, например: решение ВТАК по делу «Тракторэкспорт» (арбитры квалифицировали арбитрабельность в качестве гражданско-процессуального вопроса, подлежащего разрешению на основе *legis loci arbitri* — см. описание в: *Миняков А.И.* Указ. соч. С. 113–117); п. 4.14.1 Промежуточного решения МАК при ТПП РФ по вопросу предварительного характера от 19 июля 2010 г. (дело № 4/2010) // Международный коммерческий арбитраж: опыт отечественного регулирования. 80 лет МАК при ТПП СССР/ТПП РФ. 1930–2010 гг.: Сб. избр. док. и аналит. материалов. М.: Инфотропик Медиа, 2011. С. 416–454.

[91] См.: Final award. ICC Case No. 14046 // YBCA. 2010. P. 251 (арбитры при установлении арбитрабельности спора руководствовались правом Швейцарии). См. также: *Hanotiau B.* L'arbitrabilité. P. 68–69.

С другой стороны, в качестве обоснования тезиса о необходимости применения норм *legis loci arbitri* к вопросам арбитрабельности некоторые авторы ссылаются на соображения прагматического характера (в духе современного территориализма). Поскольку суды по месту арбитража в рамках процедуры отмены арбитражного решения будут руководствоваться всегда своими стандартами арбитрабельности, постольку во избежание отмены арбитражного решения (которая повлекла бы его *prima facie* неисполнимость в иных юрисдикциях) арбитры также должны определять арбитрабельность по праву места арбитража[92].

Схожая позиция находит поддержку в судебной практике. В частности швейцарский Федеральный Верховный суд в одном из своих решений прямо указал на то, что арбитры при определении арбитрабельности спора должны руководствоваться исключительно положениями *legis loci arbitri* (игнорируя при этом какие-либо нормы *legis loci executionis*)[93].

Приведенные идеи вызывают целый ряд возражений. Как неоднократно отмечалось выше, связь арбитража с *lege loci arbitri* является весьма слабой: данный правопорядок не может считаться единственным источником легитимации арбитражного разбирательства. Как следствие, арбитры не обязаны придавать какой-либо особый вес стандартам арбитрабельности *legis loci arbitri* лишь в силу того, что в данном правопорядке имеет

[92] См., например: *Hanotiau B.* The Law Applicable to Arbitrability. P. 160; *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 204–207; *Bernardini P.* Op. cit. P. 512; *Rau A.S.* The Arbitrator and «Mandatory Rules of Law» // Mandatory Rules in International Arbitration / G.A. Bermann, L.A. Mistelis (Eds.). 2011. P. 109; *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 128.

См. также: *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. С. 569 (применительно к проблематике применения арбитрами сверхимперативных норм).

[93] 23 June 1992. DFT 118 II 353YBCA. 1995. Vol. XX. P. 770.

место арбитражное разбирательство (а сам спор с ним никак не связан)[94].

Кроме того, опасения арбитров относительно отмены их будущего решения также должны иметь лишь ограниченное значение для целей нахождения права, регулирующего арбитрабельность спора. Отмена арбитражного решения по месту его вынесения в принципе может и не приобрести абсолютного эффекта для всех прочих правопорядков. История знает целый ряд примеров исполнения таких арбитражных решений, которые были отменены судами по месту арбитража[95]. Отмена же решения именно по мотивам неарбитрабельности спора, особенно в силу экзотических норм *legis loci arbitri*, с еще большей долей вероятности может быть проигнорирована судом по месту исполнения арбитражного решения (если *lex loci executionis* придерживается иных стандартов в отношении оценки арбитрабельности указанного спора, нежели *lex loci arbitri*)[96]. Таким образом, стандарты арбитрабельности, существующие в рамках *legis loci arbitri*, не должны иметь какого-либо особого статуса с точки зрения

[94] См.: *Hanotiau B.* L'arbitrabilité. P. 68; *Chukwumerije O.* Op. cit. P. 55–56.

[95] См., например, следующие судебные решения: Gerechtshof Amsterdam, Case No. 200.005.269/01, 28 April 2009 (*Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft*) (JOR. 2009. P. 208); *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices* (Cour de cassation (Chambre civile 1), 29 June 2007) (Revue de l'arbitrage. 2007. P. 507); Der Oberste Gerichtshof. 26 January 2005 (3 Ob 221/04b, JBI. 2005, 661); *The Arab Republic of Egypt v. Chromalloy Aeroservices Inc*. (Cour d'appel de Paris, 14 January 1997) (Revue de l'arbitrage. 1997. P. 395); *Hilmarton v. OTV* (Cour de cassation (Chambre civile 1), 23 March 1994) (Revue de l'arbitrage. 1994. P. 327); *Polish Ocean Line v. Jolasry* (Cour de cassation (Chambre civile 1), 10 March 1993) (Revue de l'arbitrage. 1993. P. 255); *Pabalk Ticaret v. Norsolor* (Cour de cassation (Chambre civile 1), 9 October 1984) (Revue de l'arbitrage. 1985. P. 471).

[96] См., например: *Berger K.P.* Re-examining the Arbitration Agreement. P. 305. Та же идея выражена и в ст. IX Женевской конвенции, которая не позволяет государственным судам отказывать в исполнении арбитражных решений, отмененных ввиду неарбитрабельности спора в силу норм *legis loci arbitri*.

арбитров и точно не могут применяться ими слепо без оглядки на связь спора с соответствующим правопорядком[97].

В то же время следует отметить, что в случаях, когда спорное правоотношение связано с местом арбитражного разбирательства, а местные стандарты арбитрабельности претендуют на применение, арбитрам, по-видимому, все же следует принимать их во внимание. В подобной ситуации, если арбитры проигнорируют указанные стандарты, значительно повысятся риски того, что в случае отмены их будущего решения судами по месту арбитража суды других правопорядков также откажутся приводить соответствующее решение в исполнение.

Однако по общему правилу ограничения арбитрабельности, действующие по месту арбитража, могут рассматриваться арбитрами в качестве всего лишь одних среди прочих равных национальных стандартов, претендующих на применение в конкретном споре[98] (и в основном лишь в той мере, в которой арбитражное решение может подлежать исполнению в государстве проведения арбитража).

В-третьих, весьма распространена точка зрения, согласно которой арбитры при оценке арбитрабельности должны ориентироваться прежде всего на стандарты, действующие по месту исполнения будущего арбитражного решения (т.е. нормами *legis loci executionis*).

Обоснование данного подхода чаще всего состоит в весьма прикладном понимании арбитража как механизма для разрешения

[97] См. убедительную критику применения арбитрами стандартов арбитрабельности *legis loci arbitri*: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 127–128.

[98] См.: *Brekoulakis S.* Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *Lex Fori*. Para. 6–19.

споров. Поскольку цель арбитров состоит в вынесении исполнимого арбитражного решения, постольку они должны предпринять все усилия, необходимые и достаточные для обеспечения его исполнимости. Одним из таких усилий является принятие во внимание тех положений *legis loci executionis*, которые касаются арбитрабельности и нарушение которых может в дальнейшем повлечь отказ в исполнении арбитражного решения. Как следствие, по мнению большинства исследователей, арбитры при определении арбитрабельности спора должны учитывать стандарты, действующие в рамках *legis loci executionis*[99].

Такая позиция находит полную поддержку в рамках так называемой «универсалистской концепции» арбитража[100]. Поскольку арбитражное решение получает «легитимацию» именно в рамках правопорядка по месту его исполнения, арбитры не могут

[99] См., например: *Mistelis L.A.* Op. cit. Para. 1–18, 1–37; *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 129; *Böckstiegel K. — H.* Op. cit. P. 185–186; см. также *Kaufmann-Kohler G., Stucki B.* Op cit. P. 22–23 (авторы подчеркивают, что для применения «иностранных» норм об арбитрабельности арбитраж должен удостовериться, что данные нормы (а) наделяют исключительной компетенцией иностранный суд и (б) относятся к сфере международного публичного порядка).

В отечественной литературе схожая точка зрения поддерживается, в частности, в следующей работе: *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. С. 126–127.

[100] В соответствии с данным взглядом на природу арбитража «легитимация» арбитража (придание юридической силы арбитражному решению) происходит в силу того, что ряд национальных правопорядков признает для себя обязательным признание и принудительное исполнение соответствующего арбитражного решения. См. об универсалистской концепции арбитража в следующих работах: *Gaillard E.* Legal Theory of International Arbitration. 2010. P. 28; *Paulsson J.* Arbitration in Three Dimensions // International & Comparative Law Quarterly. 2011. Vol. 60. No. 2. P. 297–299; *Paulsson J.* Delocalisation of International Commercial Arbitration // International and Comparative Law Quarterly. 1983. Vol. 32. P. 54; *Gaillard E.* Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience // Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention / A.J. van den Berg (Ed.). 1999. P. 526.

игнорировать местные стандарты арбитрабельности[101]. Наоборот, состав арбитража должен принимать подобные стандарты во внимание, поскольку в противном случае вынесенное им решение может так и остаться «парящим в воздухе» (*floating*) и не способным к локализации в рамках какого-либо национального правопорядка.

Стоит отметить, что в целом для определения арбитрами норм, касающихся арбитрабельности спора, подходит примерно такая же логика, которая действует в отношении применения в арбитраже сверхимперативных норм[102]. Арбитры не обязаны их применять *per se*, однако им следует учитывать соответствующие требования в силу необходимости обеспечить исполнимость будущего арбитражного решения[103]. Отличие в данном случае будет состоять лишь в том, что игнорирование арбитрами норм об арбитрабельности *legis loci executionis* будет автоматически влечь неисполнимость арбитражного решения в соответствующем правопорядке, в то время как неприменение сверхимперативных норм будет служить основанием для отказа в исполнении такого решения, если только оно в результате противоречит публичному порядку.

В первую очередь арбитры должны понять, охватываются ли спорные правоотношения положениями об арбитрабельности *legis loci executionis*. Затем им следует разобраться, насколько данные нормы претендуют на применение в международном контексте. Наконец, после этого составу арбитража необходимо оценить, насколько обоснованным является применение соответствующих стандартов арбитрабельности, в том числе

[101] См. в данном отношении: *Nygh P.* Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration // Forum internationale. 1997. No. 24. P. 6; *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 125.

[102] См.: *Blessing M.* Introduction to Arbitration. P. 247.

[103] См.: *Pamboukis Ch.* Op. cit. Para. 7–36.

с точки зрения ожиданий сторон. Крайне важно отметить, что обязанность арбитров принять во внимание нормы какого-либо государства об арбитрабельности не означает, что они обязаны обеспечить механистическое применение таких норм. Как было указано выше, арбитры не связаны ничьим публичным правом и не обязаны обеспечивать реализацию регулятивных политик какого-либо государства, будь то правопорядок по месту вынесения арбитражного решения или по месту его исполнения. Поэтому в некоторых случаях (например, тогда, когда, по их мнению, ограничение арбитрабельности со стороны *lex loci executionis* выглядит совершенно не обоснованным и крайне не обычным) арбитры вправе, взвесив все «за» и «против», проигнорировать указанные стандарты арбитрабельности и вынести арбитражное решение, даже если риск его последующей неисполнимости сравнительно высок[104].

Против применения арбитрами стандартов арбитрабельности *legis loci executionis* обычно выдвигается две категории возражений.

Достаточно распространена точка зрения, согласно которой арбитров не должна слишком волновать исполнимость арбитражного решения, поскольку все соответствующие риски лежат на сторонах спора (в первую очередь, конечно, на истце)[105]. Как следствие, с точки зрения арбитров стандарты арбитрабельности

[104] См. в поддержку: *Gaillard E.* Legal Theory of International Arbitration. P. 118–124; *Lando O.* The Law Applicable to the Merits of the Dispute // Essays on International Commercial Arbitration / P. Šarčević (Ed.). 1989. P. 158; *Arfazadeh H.* Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondalisation. P. 90. См. также применительно к отказу арбитров применять релевантные коллизионные нормы: *Sachs K., Niedermaier T.* Op. cit. P. 1060.

[105] См., например, уже упоминавшееся решение швейцарского Федерального Верховного суда (23 June 1992. DFT 118 II 353; YBCA. 1995. Vol. XX. P. 770). См. также: *Blessing M.* Introduction to Arbitration. P. 250.

legis loci executionis не должны играть особой роли[106]. Данный подход не представляется верным. Конечно, если истец намеренно просит арбитров не обращать внимания на потенциально релевантные, но весьма необычные стандарты арбитрабельности *legis loci executionis*, арбитры вправе их проигнорировать[107]. Однако в противном случае арбитры не могут закрывать на глаза на нормы об арбитрабельности, закрепленные в праве страны, где, вероятнее всего, будет исполняться арбитражное решение. В конце концов, стороны обращаются в арбитраж за защитой своих прав — такая защита не будет обеспечена, если арбитры откажутся предпринимать малейшие усилия по обеспечению исполнимости арбитражного решения.

Кроме того, некоторые авторы указывают на непрактичность применения арбитрами стандартов арбитрабельности, действующих по месту исполнения будущего арбитражного решения. Во-первых, невозможно заранее предсказать, будет ли арбитражное решение вынесено в пользу истца или ответчика, в силу чего нельзя достоверно установить и соответствующий *lex loci executionis*. Во-вторых, активы ответчика могут быть расположены

[106] См., например: *Poudret J. — F., Besson S.* Op. cit. Para. 333; Redfern and Hunter on International Arbitration. Para. 9.13 (авторы указывают, что хотя в целом арбитры должны приложить все усилия для того, чтобы обеспечить исполнимость арбитражного решения, это не означает, что они также должны изучать нормы права по месту исполнения); *Jarvin S.* The Sources and Limits of the Arbitrator's Powers // Contemporary Problems in International Arbitration / J.D.M. Lew (Ed.). 1986. P. 66; *Briner R.* Special Considerations which May Affect the Procedure. P. 373.

[107] См. в поддержку данной точки зрения: Interim Award. ICC Case No. 4695 (1984) (Collection of ICC Arbitral Awards 1986–1990 / S. Jarvin, Y. Derains, J. — J. Arnaldez (Eds.). 1994. P. 42); *Craig W.L.* Op. cit. P. 282–283; *Radicati di Brozolo L.G., Malintoppi L.* Unlawful Interference with International Arbitration by National Courts of the Seat in the Aftermath of Saipem v. Bangladesh // Liber Amicorum Bernardo Cremades / M.Á. Fernández-Ballesteros, D. Arias (Eds.). 2010. P. 999; *Kröll S.* Arbitration and Insolvency Proceedings — Selected Problems. P. 364.

См. также: Final Award. SCC Expedited arbitration O53/2005 (2006) (SCC Arbitral Awards 2004–2009. P. 447–448).

в целом ряде различных государств — насколько логично заставлять арбитра проверять арбитрабельность спора в соответствии с правом каждого из таких государств?[108]

Не стоит считать, что арбитры должны кумулятивно руководствоваться нормами всех, хоть сколько-нибудь релевантных правопорядков (что могло бы привести к ограничению сферы арбитрабельных споров)[109]. Напротив, если из нескольких государств, где может подлежать исполнению арбитражное решение, хотя бы одно объявляет спор арбитрабельным, арбитрам должно быть этого достаточно для признания себя компетентными на разрешение данного спора[110]. Стоит особо подчеркнуть, что обязанность обеспечить исполнимость арбитражного решения путем применения *legis loci executionis* возникает лишь тогда, когда арбитры могут с высокой степенью уверенности определить конкретный правопорядок, где такое исполнение будет иметь место[111].

Если соответствующий правопорядок в принципе не может быть установлен, то это всего лишь означает, что арбитры не будут связаны стандартами арбитрабельности *legis loci executionis*. Из этого следует, что соответствующий критерий определения арбитрабельности не разрешает все возможные практические проблемы, но отнюдь не то, что он не работает в принципе.

В качестве альтернативы арбитры могут обратить внимание на те стандарты арбитрабельности, которые направлены на обеспечение

[108] См., например: *Girsberger D., Voser N.* Op. cit. P. 83.

[109] От этого прямо предостерегает Э. Гайар, который полагает, что стремление обеспечить исполнение арбитражного решения представляет собой основной недостаток универсалистской концепции арбитража (см.: *Gaillard E.* Legal Theory of International Arbitration. P. 33–35).

[110] См.: *Mayer P.* L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. P. 367.

[111] См., например: *Grigera Naón H.A.* Op. cit. P. 27.

защиты одной из сторон спорного правоотношения (являющейся экономически более слабой в сравнении с контрагентом)[112,113]. Иными словами, в отсутствие четко определимого *legis loci executionis* или при наличии разумных сомнений в обоснованности местных норм, состав арбитража вправе ориентироваться и на иные национальные стандарты арбитрабельности[114].

Таким образом, арбитры при установлении арбитрабельности спора обладают достаточно большой свободой в определении применимого права. Хотя им следует в первую очередь обращать внимание на нормы, действующие в наиболее вероятном месте исполнения арбитражного решения, они также вольны и проигнорировать данные нормы, отдав приоритет (а) праву, имеющему бóльшую связь со спорным правоотношением, или даже (б) минимальным стандартам арбитрабельности. С этой точки зрения решение проблемы арбитрабельности арбитражем — это практически всегда решение *ad hoc*, основанное на оценке всех обстоятельств дела[115].

3. Влияние сверхимперативных норм на арбитрабельность

Если проблематика определения права, применимого к вопросам арбитрабельности, находится в центре внимания ученых

[112] См., например: *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 138.

[113] Некоторые авторы полагают, что с точки зрения арбитров проблема определения права, которому подчиняется арбитрабельность, всегда должна решаться за счет применения критерия наиболее тесной связи (см., например: *Chukwumerije O.* Op. cit. P. 58–60). Вряд ли с такой позицией можно согласиться: с позиции арбитража ни одни национальные стандарты не могут рассматриваться в качестве более подходящих или лучше приспособленных для регулирования вопросов арбитрабельности (см.: *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 134).

[114] См.: *Brekoulakis S.* Arbitrability and Conflict of Jurisdictions. P. 129.

[115] См. в поддержку данной идеи: *Grigera Naón H.A.* Op. cit. P. 27; *Pamboukis Ch.* Op. cit. P. 125.

уже в течение весьма и весьма долгого времени, то вопрос о том, какое влияние могут оказывать на арбитражное соглашение сверхимперативные нормы форума, стал предметом оживленных научных дискуссий относительно недавно.

Суть данной проблемы можно кратко изложить следующим образом. Должен ли государственный суд отказать в направлении сторон в арбитраж, если существует вероятность того, что арбитры при разрешении спора проигнорируют сверхимперативные нормы *legis fori*? И если да, то какими критериями должен руководствоваться суд в подобной ситуации?

В первую очередь следует отметить, что в доктрине на сегодняшний день широко признанным является мнение, согласно которому споры, затрагивающие действие сверхимперативных норм, не являются неарбитрабельными *per se*[116]. Арбитры так же, как и судьи, вполне способны разрешать споры с применением в том числе норм непосредственного действия (включая те, которые не входят в состав *legis contractus*)[117]. Как следствие, по общему правилу сверхимперативные нормы «парализуют» действие только соглашения сторон о применимом праве, но не оказывают никакого влияния на допустимость арбитражного соглашения. Таким образом, классическая сверхимперативная норма направлена на достижение определенного материально-правового результата (важного для правопорядка), а потому обычно

[116] См., например: *Radicati di Brozolo L. G.* Op. cit. P. 304; *Arrue-Montenegro C. A.* L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions. 2011. P. 158; *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 196; *Kleinheisterkamp J.* The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements // World Arbitration and Mediation Review. 2009. Vol. 3. No. 2. P. 103.

[117] См., например: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (Eds.). 2009. P. 345; *Born G.* Op. cit. P. 2179–2182.

Однако см.: *Smit H.* Mandatory Law in Arbitration // Mandatory Rules in International Arbitration / G. A. Bermann, L. A. Mistelis (Eds.). 2011. P. 226–227.

не может никак воздействовать на процессуально-правовые эффекты арбитражной оговорки[118].

Однако в недавней судебной практике некоторых западных правопорядков весьма остро встала проблема, связанная с возможностью «обхода» сторонами сверхимперативных норм форума за счет включения в договор (а) положения о применимом иностранном праве и (б) оговорки о передаче всех споров на рассмотрение иностранного арбитража[119]. В случае, когда оба таких условия контракта работают в «тандеме», существует вероятность, что стороны смогут «уйти» от применения сверхимперативных норм *legis fori*, т.е. избежать того материально-правового результата, на достижение которого были нацелены сверхимперативные нормы. Может ли суд в силу особой важности материально-правового регулирования в данной сфере отказаться признавать процессуально-правовой эффект арбитражной оговорки?

Продемонстрировать сложность данной проблемы будет удобнее всего на примере конкретного дела, рассмотренного Апелляционным судом (*Oberlandesgericht*) Мюнхена в 2006 году[120]. Данный

[118] Как было продемонстрировано в предыдущем разделе, функцию по достижению определенного процессуально-правового результата (имеющего важность для правопорядка) в сфере арбитража выполняют нормы об арбитрабельности (представляющие собой такой же унилатеральный инструмент регулирования, как и сверхимперативные нормы применительно к сфере материального права). См. также: *Hanotiau B., Caprasse O.* Public Policy in International Commercial Arbitration // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice / E. Gaillard, D. Di Pietro (Eds.). 2008. P. 792.

[119] Стоит подчеркнуть, что речь идет исключительно о таких отношениях, в которых имеется объективный иностранный элемент, позволяющий сторонам выбрать иностранное право и иностранный арбитраж. О проблематике выбора иностранного права для применения арбитражем к сугубо внутренним отношениям см.: *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 506.

[120] OLG München, 17 May 2006 (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2007, 322). См. описание в: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 9–10, а также *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 193–194.

спор возник из договора, заключенного между американским принципалом и немецким коммерческим агентом. Полагая, что расторжение договора принципалом нарушает его права, агент обратился в местные суды с требованием о возмещении понесенных в данной связи убытков. Данное требование было основано на нормах немецкого законодательства, касающихся защиты, предоставляемой агенту на случай расторжения договора (в частности, возмещения убытков, вызванных расторжением договора по инициативе принципала), и представляющих собой имплементацию положений Директивы ЕС в отношении независимых коммерческих агентов от 18 декабря 1986 года № 86/653/ЕЕС[121].

Поскольку соответствующий агентский договор включал в себя (а) условие о применении калифорнийского права и (б) оговорку о передаче споров на разрешение арбитража в Калифорнии, суд первой инстанции в соответствии с возражением ответчика отказался признать себя компетентным на разрешение спора и направил стороны в арбитраж. Однако Апелляционный суд Мюнхена обратил внимание на то, что указанные нормы Директивы были истолкованы Европейским судом в решении по делу *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*. в качестве сверхимперативных[122]. Как следствие, мюнхенский суд пришел к выводу, что спор не может быть направлен в арбитраж, поскольку существует реальный (очевидный) риск (*nahe liegende Gefahr*)[123] неприменения арбитрами соответствующих сверхимперативных норм.

[121] *Rühl G.* Extending *Ingmar* to Jurisdiction and Arbitration Clauses: The End of Party Autonomy in Contracts with Commercial Agents? // European Review of Private Law. 2007. No. 6. P. 893–894.

[122] Case C-381/98 *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc*. [2001] ECR I-9305.

Данное решение было воспринято доктриной достаточно неоднозначно с точки зрения обоснованности предоставления агентам такой дополнительной защиты и связанных с этим правовых последствий. См., например: *Rühl G.* Op. cit. P. 902.

[123] В немецкой литературе существуют споры в отношении точного значения и перевода данного критерия в контексте судебного решения. См.: *Rühl G.* Op. cit. P. 894.

Стоит отметить, что задолго до указанного спора примерно та же идея была отмечена в решении Верховного суда США по делу *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*[124]. Хотя суд в итоге пришел к выводу об арбитрабельности спора, затрагивающего положения американского законодательства о конкуренции, он также указал *obiter dictum* на то, что решение могло бы быть другим, если бы включение в договор арбитражной оговорки в совокупности с условием о применимом праве, по сути, влекло бы отказ одной из сторон от ее статуторных прав (т.е. в данном контексте от защиты со стороны сверхимперативных норм *legis fori*)[125].

По-видимому, схожие рассуждения о влияния сверхимперативных норм на действие арбитражной оговорки можно встретить и в судебной практике иных правопорядков[126]. В частности, большой резонанс приобрело решение Одиннадцатого федерального апелляционного суда (*Eleventh Circuit Court*) по делу *Puliyurumpil*

[124] *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

[125] Верховный суд США указал буквально следующее: «[Е] сли бы оговорки о выборе суда и применимом праве в совокупности вели бы к отказу от статуторных средств правовой защиты одной из сторон, мы бы мало сомневались в том, чтобы признать такое соглашение сторон противоречащим публичному порядку» (*Ibid*. 637). См. критику в: *Park W.W.* Private Adjudicators and the Public Interest // *Park W.W.* Arbitration of International Business Disputes. 2006. P. 132–133; *Donovan D.F., Greenawalt A.K.A. Mitsubishi* after Twenty Years: Mandatory Rules before Courts and International Arbitrators // Pervasive Problems in International Arbitration / L.A. Mistelis, J.D.M. Lew (Eds.). 2005. P. 24–25.

[126] Я. Кляйнхайстеркамп в данной связи также ссылается на практику бельгийских судов: в ряде случаев они отказывались передавать в арбитраж споры из дистрибьюторских договоров с бельгийскими дистрибьюторами (*Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 94–99).

Однако, как указывалось выше, в данном случае, по-видимому, правильнее говорить о том, что подобная практика связана с ограничением арбитрабельности соответствующих споров в бельгийском законодательстве. См., например: *Van Hopplynus Instruments S.A. v. Coherent Inc*. Belgium, Cour de Cassation, 16 November 2006 (Revue Belge de Droit Commercial. 2007. P. 889. В поддержку данной точки зрения см.: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation. P. 334–335.

Mathew Thomas v. Carnival Corp[127]. В данном деле истец предъявил требования к своему бывшему работодателю (морской транспортной компании) о возмещении вреда здоровью на основании специального американского статуторного права. Суд принял во внимание возражения ответчика о наличии в договоре оговорки о передаче споров на рассмотрение арбитража в Филиппинах, однако он также обратил внимание и на то, что договор содержал условие о применении панамского права. В результате суд пришел к выводу, что в совокупности данные условия ведут к обходу статуторных норм, а потому передача спора в арбитраж противоречит американскому публичному порядку[128].

Таким образом, можно констатировать наличие определенной тенденции по применению судами сверхимперативных норм для целей ограничения арбитрабельности соответствующих споров (и, как следствие, автономии воли в сфере арбитража)[129]. Суды в ряде случаев предпочитали «парализовать» процессуально-правовой

[127] 573 F.3d. 1113 (11th Cir. 2009). См. в продолжение также: *Sivkumar Sivanandi v. NCL (Bahamas) Ltd*. Southern District of Florida, 15 April 2010, Case No. 10–20296-CIV-UNGARO // YBCA. 2010. P. 533–535; *John D. Watt v. NCL (Bahamas) Ltd*. Southern District of Florida, Miami Division, 15 June 2010, Case No. 10–20293-CIV–MORENO // YBCA. 2010. P. 549–550.

[128] Стоит отметить, что данное решение немало критикуется в литературе (см., например: *Stein E. Thomas v. Carnival Corporation*: Has the Eleventh Circuit Set International Arbitration off Course? // Journal of International Arbitration. 2010. Vol. 27. No. 5. P. 537). Кроме того, суды нижестоящих инстанций при разрешении практически аналогичных споров нередко приходят к иным выводам (во многом благодаря осторожному разграничению фактических обстоятельств дел). См.: Southern District of Florida, Miami Division, 7 October 2010, Case No. 10–23276-CIV-KING // YBCA. 2011. P. 385–386; *Adolfo Arzu Martinez v. Carnival Corporation*. Southern District of Florida, 8 March 2011, Case No. 10–20685-CIV–LENARD/TURNOFF // YBCA. 2011. P. 445–447; *Bogdan Dumitru v. Princess Cruise Lines, Ltd*. S.D.N.Y., 29 July 2010, 09 Civ. 4792 (NRB), 10 Civ. 1790 (NRB) // YBCA. 2010. P. 565–567; *Olena Bulgakova v. Carnival Corporation*. Southern District of Florida, 22 June 2009 and 26 February 2010, Case No. 09–20023-CIV-SEITZ/O'SULLIVAN // YBCA. 2010. P. 475–7.

[129] В немецкой доктрине и до этого высказывалась схожая точка зрения, но она имеет немало противников (см. об этом: *Rühl G.* Op. cit. P. 895–896).

См. в поддержку подобной практики: *Coipel-Cordonnier N.* Op. cit. P. 230.

эффект арбитражной оговорки (в определенной части), поскольку в противном случае его реализация могла бы привести к неприменению норм непосредственного применения *legis fori*[130].

Насколько подобная практика может быть признана обоснованной и заслуживающей поддержки?

С одной стороны, решение мюнхенского суда (так же как и идея, высказанная *obiter dictum* в споре *Mitsubishi*), безусловно, содержит в себе некоторое рациональное зерно. Суть сверхимперативных норм состоит в том, чтобы не дать сторонам возможности обойти требования, имеющие особую важность для форума (например, с точки зрения защиты экономически слабых участников оборота или третьих лиц). Если участники оборота не могут этого сделать за счет заключения соглашения о применимом праве, то у них не должно быть, наверное, и возможности добиться того же самого результата путем дополнительного включения в договор арбитражной оговорки[131]. В противном случае стороны могли бы размыть сам эффект «сверхимперативности»

[130] Некоторые авторы толкуют упомянутое решение Апелляционного суда г. Мюнхена в качестве признающего арбитражное соглашение недействительным на основе сверхимперативных норм форума (см.: *Mankowski P.* Commercial Agents under European Jurisdiction Rules. The Brussels I Regulation Plus the Procedural Consequences of *Ingmar* // Yearbook of Private International Law. 2008. Vol. X. P. 54–55; *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 196). Это вряд ли верно. Суд заблокировал эффект арбитражной оговорки только для целей конкретного спора, что, в общем-то, не подразумевает ее полной ничтожности. По-видимому, арбитражное соглашение все же сохранило силу в отношении всех иных споров из соответствующего агентского договора (в той мере, в которой оно не ставит в опасность применение европейских сверхимперативных норм).

Кроме того, надо понимать, что, как было показано выше, любая норма, направленная специально на ограничение свободы заключения арбитражных соглашений (и не касающаяся других категорий договоров), — это норма, которая, в действительности, говорит об ограничении *допустимости (арбитрабельности) спора* (а не об ограничении действительности арбитражной оговорки).

[131] См.: *Mankowski P.* Op. cit. P. 47.

и избежать применения правовых норм, имеющих особую важность для форума[132].

Кроме того, рассматриваемый подход может показаться предпочтительным с точки зрения процессуальной экономии. Например, в споре, рассмотренном мюнхенским судом, направление сторон в арбитраж означало бы, что немецкий агент должен был бы инициировать арбитражное разбирательство в Калифорнии, понести в данной связи серьезные затраты (включая оплату арбитражного сбора, услуг местных юристов и т.д.), чтобы в результате с большой долей вероятности получить отказ в удовлетворении заявленных требований. Зачем суд в подобной ситуации должен признавать эффект арбитражного соглашения, если велика вероятность того, что это приведет к отказу в защите прав, предоставленных сверхимперативными нормами *legis fori*? Более того, если абстрагироваться от обстоятельств конкретного спора, можно сформулировать данную идею еще более общим образом. Зачем суду признавать арбитражную оговорку, если последующее иностранное арбитражное решение, вероятнее всего, не сможет быть исполнено на территории форума ввиду противоречия публичному порядку (вызванного неприменением сверхимперативных норм)?[133] По крайней мере, на первый взгляд, наиболее логичным ответом на каждый из поставленных вопросов может показаться тот, который и был дан Апелляционным судом Мюнхена: при наличии указанных обстоятельств

[132] *Ibid.* P. 47–48. См. схожую точку зрения в: *Stingl H.* Op. cit. P. 38–39; *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 112.

[133] Ср. с аргументацией в решении Суда первой инстанции г. Болонья от 18 июля 1987 года: «Было бы совершенно бесполезно признавать компетенцию арбитра, если любое его решение, будучи вынесенным, не могло бы ни при каких обстоятельствах быть исполнено в правопорядке суда, которому подсуден спор» (*Coveme SpA v. CFI — Compagnie Française des Isolants SA*, Tribunale, Bologna (YBCA. 1992. Vol. XVII. P. 534)).

государственный суд не должен признавать эффект арбитражного соглашения и направлять стороны в арбитраж[134].

Однако такое решение представляется более чем спорным.

Практически все комментаторы отмечают, что те критерии, на основе которых суд определяет вероятность неприменения его сверхимперативных норм, являются крайне расплывчатыми и сложными в применении[135]. Так, Апелляционный суд Мюнхена указал в своем решении на существование «реального риска» того, что арбитраж не применит немецкие *lois de police*. Однако, строго говоря, подобный риск существует практически всегда, когда речь идет о передаче спора на рассмотрение иностранного арбитража или суда[136]. Даже если бы стороны выбрали немецкое право в качестве применимого, все равно существовала бы некоторая вероятность того, что арбитры отказались бы применять соответствующие сверхимперативные нормы (хотя они и составляют часть *legis causae*)[137]. Более того, есть шанс того, что арбитры могли бы просто ошибиться в применении соответствующих норм (например, ввиду неверного установления их содержания (или практики их применения) ввиду непредставления сторонами достаточной информации). Если занять позицию немецкого суда, то получится, что любой спор,

[134] См.: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 112.

[135] См.: *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 195–196 (авторы отмечают высокую степень спекулятивности любого анализа в отношении наличия риска неприменения сверхимперативных норм арбитражем); *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 103–104.

[136] См. аналогичную идею в: *Rühl G.* Op. cit. P. 897. См. критику в данной связи: *Sachs K., Niedermaier T.* Op. cit. P. 1064.

[137] См., например, точку зрения, согласно которой сверхимперативные нормы *legis causae* не должны иметь никакого приоритета перед сверхимперативными нормами других правопорядков при разрешении спора в арбитраже (суде): *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. С. 169–177; *Greenawalt A.K.A.* Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method? // The American Review of International Arbitration. 2007. Vol. 18. P. 114–115.

затрагивающий действие сверхимперативных норм, является *a priori* неарбитрабельным, так как никогда нельзя исключить вероятность того, что арбитры не смогут надлежащим образом применить указанные нормы. Между тем, даже в отсутствие арбитражной оговорки соответствующие сверхимперативные нормы могут оказаться «обойдены», если одна из сторон имеет возможность выбрать между несколькими форумами, где может быть инициирован процесс[138].

Даже если мы немного ужесточим критерий проверки и скажем, что суд может отказаться признать арбитражную оговорку, если только наличествует *абсолютная уверенность* в неприменении арбитражем сверхимперативных норм, это вряд ли сильно улучшит ситуацию. Конечно, исследование Апелляционным судом Мюнхена (а) содержания калифорнийского права, а также (б) того, каким образом американские арбитры обычно применяют сверхимперативные нормы третьих государств, сделало бы соответствующее судебное решение внешне более обоснованным[139]. Однако это вряд ли послужило бы решением всех проблем (прежде всего политико-правового характера), которые возникают в данной связи[140]. Суд в любом случае занимался бы всего лишь *прогнозированием*, притом «*прогнозированием в квадрате*», поскольку сначала предсказывал бы содержание решения арбитров, а затем — то, насколько с его точки зрения подобное гипотетическое

[138] См.: *Greenawalt A.K.A.* Op. cit. P. 111–112.

[139] См. критику того, что Апелляционный суд Мюнхена слишком поверхностно отнесся к анализу содержания *legis causae* и практики применения арбитражем сверхимперативных норм, в: *Mankowski P.* Op. cit. P. 49–50; *Rühl G.* Op. cit. P. 897–898.

Аналогичную критику того, что суд в деле *Puliyurumpil Mathew Thomas v. Carnival Corp.* не исследовал содержание иностранного права (согласованного сторонами вместе с «иностранной» арбитражной оговоркой), см. в: *Stein E.* Op. cit. P. 535; *Brubaker J.R.* The Prospective Waiver of a Statutory Claim Invalidates an Arbitration Clause: The Eleventh Circuit Decision in *Thomas v. Carnival Corp.* // American Review of International Arbitration. 2008. Vol. 19. P. 314–315.

[140] См. в поддержку данного мнения: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 108.

решение соответствовало бы немецкому публичному порядку[141]. Подобная прогностическая деятельность на раннем этапе разбирательства представляется достаточно сомнительным мероприятием. В конце концов, Нью-Йоркская конвенция, а также национальное законодательство закрепляют в качестве критерия контроля над арбитражными решениями *нарушение публичного порядка*, а не *вероятность такого нарушения*. Публичный порядок — это правовой инструмент, направленный на осуществление *негативного контроля* над арбитражным решением *ex post*, а не *позитивного контроля* над арбитражной оговоркой *ex ante*[142].

Более того, в доктрине широко признается, что нарушение далеко не всякой сверхимперативной нормы (да и совсем не каждое нарушение) будет автоматически влечь невозможность исполнения соответствующего арбитражного решения ввиду его противоречия публичному порядку. Все-таки не все сверхимперативные нормы по своей важности могут быть включены в состав категории «публичный порядок», охватывающей лишь наиболее фундаментальные правовые ценности правопорядка[143].

Не следует забывать и о строго инструментальной направленности института «сверхимперативных норм»: их цель состоит в обеспечении конкретного материально-правового результата[144]. Однако указанный результат может быть достигнут и за счет использования аналогичных или эквивалентных правовых норм, являющихся частью *legis causae*[145]. На это, в частности, прямо об-

[141] См. схожую точку зрения в: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation. P. 342; *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 107.

[142] См., например: *Hanotiau B., Caprasse O.* Op. cit. P. 791–792.

[143] См.: *Vischer F.* Connecting Factors // International Encyclopedia of Comparative Law. T. III. Chapter 4. 1998. P. 5; *Жильцов А.Н.* Указ соч. С. 60–65.

[144] См.: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 102.

[145] См.: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation. P. 348; *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 105–106.

ратил внимание Верховный суд США в решении по делу *Vimar Seguros y Reaseguros v. M/V Sky Reefer*, где он отказался признавать, что передача споров в иностранный арбитраж (в совокупности с оговоркой о применении иностранного права) сама по себе может повлечь отход от целей, которые преследуются федеральным статуторным правом[146]. Поэтому даже неприменение сверхимперативной нормы арбитрами *per se* не делает любое их последующее решение противоречащим публичному порядку форума[147].

Наиболее принципиальным возражением против рассматриваемой практики судов является то, что она ведет к возникновению непредсказуемости правового регулирования и неопределенности правового положения участников оборота[148]. По сути, с помощью отсылок к категориям сверхимперативных норм и публичного порядка суды занимаются проверкой арбитрабельности спора, но не на основании четких законодательных критериев, а *ad hoc*. Опасность такой политики сложно переоценить[149]. Континентальная доктрина традиционно исходит из того, что у судов должен быть минимум дискреции при определении своей компетенции. Предсказуемость и определенность правового регулирования, проистекающие из четких и жестких

[146] 515 U.S. 528 (1995). Верховный суд США, в частности, прямо указал на высокую степень спекулятивности аргументов истца о том, что разрешение спора арбитражем в Японии на основе японского права приведет к уменьшению ответственности перевозчика (которое запрещено в соответствии с Carriage of Goods by Sea Act). См. описание в: *Force R., Davies M.* Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts // Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law / M. Davies (Ed.). 2005. P. 4–5; *Nygh P.* Autonomy in International Contracts. P. 168–169.

[147] См., в частности: *Greenawalt A.K.A.* Op. cit. P. 109.

См. аналогичную позицию в: *SA Cineco v. Societé Shure Brothers Incorporated*. Cour d'appel de Paris. 2 June 2004 (Revue de l'arbitrage. 2005. P. 675).

[148] См., например: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation. P. 348.

[149] См.: *van den Berg A.J.* The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. P. 374; *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation. P. 326–327.

юрисдикционных правил, по мнению той же немецкой доктрины, являются намного более высокой ценностью, нежели достижение индивидуально справедливого результата. Именно такая логика закреплена в ст. II (3) Нью-Йоркской конвенции: у судов нет никакой дискреции в вопросах направления сторон в арбитраж[150]. Они не могут руководствоваться ни доктриной *forum non conveniens*, ни любыми иными процессуальными инструментами «тонкой настройки»[151].

Практика же использования сверхимперативных норм для «блокировки» арбитражных соглашений фактически создает слишком широкий простор для судейского усмотрения. Квалификация конкретной нормы в качестве сверхимперативной — это достаточно непростой вопрос, который нередко находит ответ лишь непосредственно в практике судов, т.е. *ex post*. В этой связи весьма характерно, что нормы о возмещении убытков из расторжения агентского договора, существовавшие в национальных законодательствах еще до принятия Директивы ЕС, часто не рассматривались судами в качестве сверхимперативных[152]. Если мы в такой ситуации скажем, что любая сверхимперативная норма может потенциально служить барьером для передачи спора в арбитраж (в особенности арбитраж в иной юрисдикции), мы тем самым нивелируем ту правовую определенность, которой контрагенты хотят добиться, заключая арбитражное соглашение. Участники оборота будут находиться под постоянной угрозой того, что в конкретной ситуации суд посчитает, что арбитры не смогут «квалифицированно» применить *lois de police* форума, а потому он проигнорирует арбитражную оговорку.

[150] См.: *van den Berg A.J.* The New York Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. P. 62, 135.

[151] См.: *Arrue-Montenegro C.A.* Op. cit. P. 217–218.

[152] См.: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 101, 104 (автор ссылается на старую практику Федерального Верховного суда ФРГ). См. в данной связи также: *Kaufmann-Kohler G.* La clause d'élection de for dans les contrats internationaux. 1980. P. 211.

Более того, следующим шагом в такой политике будет допущение применения концепции публичного порядка уже на этапе проверки арбитражного соглашения. Суды начнут *ad hoc* проверять, насколько тот или иной спор важен для соответствующего правопорядка и не имеется ли некоторая (абстрактная) вероятность непризнания любого решения, которое может быть в будущем вынесено арбитрами.

Вопреки мнению некоторых авторов[153], проверка со стороны публичного порядка может проводиться только на этапе исполнения арбитражного решения (или его отмены), но ни в коем случае не до его вынесения[154]. Публичный порядок, как широко признается в современной доктрине, является сугубо «защитным» инструментом (т.е. инструментом негативного контроля): он должен лишь ограждать от конкретного правового результата[155]. Как можно использовать данную концепцию на этапе, когда никакого результата еще нет? Арбитражное решение еще даже не принято (возможно, даже арбитражное разбирательство не инициировано) — речь идет только о признании юрисдикционного эффекта арбитражного соглашения.

При этом следует четко разграничивать (а) проверку на основе норм об арбитрабельности (которая, действительно, допускается на этапе до вынесения арбитражного решения) и (б) проверку на основе норм публичного порядка (поддерживаемую в рассматриваемой судебной практике). Во-первых, как было показано выше, арбитрабельность не может быть однозначно квалифицирована в качестве составляющей категории «публичный порядок в негативном смысле слова». Во-вторых, арбитрабельность спора должна всегда устанавливаться в соответствии с четкими

[153] См., например: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 119–120.

[154] См. в поддержку данного тезиса: *Stein E.* Op. cit. P. 534; *Brubaker J.R.* Op. cit. P. 313.

[155] См.: *Крохалев С.В.* Указ. соч. С. 236–243.

и ясно установленными в законодательстве правилами[156]. Проверка же допустимости арбитражного соглашения на основе сверхимперативных норм или, что хуже, публичного порядка вообще — это контроль *ad hoc* и *ex post*, непредсказуемый и потенциально явно анти-арбитражный. Тот факт, что наличествует некоторый риск неисполнимости будущего арбитражного решения — а такой риск нельзя исключать никогда, — не может служить основанием для отказа в направлении сторон в арбитраж на основе действительного и допустимого арбитражного соглашения[157].

Стоит еще раз подчеркнуть, что Нью-Йоркская конвенция требует от государственных судов, чтобы они воздерживались от применения собственных публично-правовых концептов (кроме арбитрабельности) до этапа признания арбитражного решения. Эта идея четко отражена в так называемой теории «отложенной проверки» (*second look*), которая была сформулирована Верховным судом США в упоминавшемся решении по делу *Mitsubishi*. Суд отказался признавать связанность спора с применением сверхимперативных норм, обстоятельством, влияющим на его арбитрабельность. Он указал, что любая проверка правильности применения арбитражем сверхимперативных норм форума с точки зрения соответствия публичному порядку должна быть отложена до этапа признания арбитражного решения[158]. Иными словами суд прямо отказался участвовать в каком-либо прогно-

[156] См.: *Kröll S.* The «Arbitrability» of Disputes Arising from Commercial Representation. P. 327.

[157] См. в поддержку данной идеи, например: *van den Berg A.J.* Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) — XXVII (2002) // YBCA. 2003. P. 621–622; *Карабельников Б.Р.* Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. С. 56–57, 120–121 (со ссылкой на решение американского суда по делу *Rhone Méditerranée Compagnia Francese di Assicurazioni e Riassicurazioni v. Achille Lauro, et al.* (YBCA. 1984. Vol. IX. P. 477)).

[158] В американской литературе идут достаточно оживленные споры в отношении того, не влияет ли применение арбитрами сверхимперативных норм на необходимость

зировании того, применят ли арбитры надлежащим образом *lois de police* форума (в отличие от Апелляционного суда Мюнхена)[159].

В литературе можно встретить обоснованное возражение, что арбитры могут легко проигнорировать некоторые сверхимперативные нормы того правопорядка, где решение потенциально не будет подлежать исполнению (особенно если они полагают, что их применение мало согласуется с условиями договора)[160]. В частности, в деле, рассмотренном мюнхенским Апелляционным судом, существовала вероятность того, что арбитраж в Калифорнии просто отказал бы немецкому агенту в удовлетворении требований. Такое решение не подлежало бы никакому исполнению в Германии (поскольку исполнять было бы просто нечего), а потому немецкие суды были бы лишены возможности осуществить «отложенную проверку» соответствия арбитражного решения публичному порядку *legis fori*[161]. Как следствие, отказ в направлении сторон в арбитраж, по сути, предоставлял бы суду единственный шанс обеспечить применение сверхимперативных норм при разрешении соответствующего спора[162]. Многие авторы полагают, что подобные соображения явно доказывают обоснованность применения *lois de police legis fori* уже на этапе проверки арбитражного соглашения[163].

более детальной проверки их решения на этапе исполнения. См. например: *Park W. W.* Op. cit. P. 123–125, 129; *Gibson C. S.* Op. cit. P. 59.

159 См. схожую позицию в: *Société BVBA Interstyle Belgium v. Société Cat et Co* (Cour d'Appel de Paris) (Revue de l'arbitrage. 2006. P. 717).

160 См.: *Rühl G.* Op. cit. P. 901–902; *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 196–197.

161 См. аналогичные опасения в: *Radicati di Brozolo L. G.* Op. cit. P. 327–329.

162 Схожей логикой руководствовался суд и в решении по делу *Puliyurumpil Mathew Thomas v. Carnival Corp.* (см.: *Stein E.* Op. cit. P. 533).

163 См., например: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. P. 354–355; *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 196–197; *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 110–111.

Такая позиция все же вызывает немалые сомнения. Если государство полагает, что его конкретная сверхимперативная норма (воплощающая в себе некоторый регулятивный интерес) настолько важна, что обеспечение ее применимости должно иметь абсолютный приоритет перед правом сторон на передачу споров в арбитраж, то данное государство должно просто *ex ante* ограничить арбитрабельность соответствующих споров. Только такое решение согласуется с буквой и духом Нью-Йоркской конвенции, а также соответствует идеям предсказуемости и правовой определенности, отмеченным выше. Предоставление же судам дискреционных полномочий по отказу в признании арбитражных оговорок на основе соображений публичного порядка, наоборот, по сути, ведет к нарушению соответствующим государством своих обязательств из ст. II (3) Нью-Йоркской конвенции[164].

Таким образом, суды не имеют права признавать арбитражное соглашение *ad hoc* недопустимым ввиду гипотетических рисков неприменения арбитрами *lois de police legis fori*[165]. Как следствие,

164 См. краткий анализ данной проблемы в: *Rühl G.* Op. cit. P. 900.

Следует отметить, что, например, в Германии нормы права Европейского союза имеют приоритет над положениями Нью-Йоркской конвенции (являющимися частью федерального законодательства). См.: *Ibid*. P. 901.

165 Я. Кляйнхайстеркамп предлагает следующий компромиссный вариант решения данной проблемы. Ответчик в государственном суде, заявляющий о передаче споров в арбитраж, должен либо (а) доказать, что арбитры применят сверхимперативные нормы форума, либо (б) прямо согласиться в суде с применением данных норм арбитрами (см.: *Kleinheisterkamp J.* Op. cit. P. 116). См. схожую точку зрения в: *Brubaker J. R.* Op. cit. P. 314–315.

Подобное решение выглядит спорным. Во-первых, неясно, почему именно на ответчика должно ложиться бремя доказывания в данной ситуации (см.: *Cheng T. — H.* New Tools for an Old Quest: A Commentary on Jan Kleinheisterkamp, the Impact of International Mandatory Law on the Enforceability of Arbitration Agreements. New York Law School Legal Studies. Research Paper Series 09/10 #35. P. 127–128 (доступно по адресу: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1559577)). Во-вторых, вызывает вопросы возможность заключения соглашения о применении сверхимперативных норм, т.е. таких норм, которые как раз подлежат применению вне зависимости от соглашения сторон (см.: *Thorn K., Grenz W.* Op. cit. P. 197–198). В-третьих, не совсем

сверхимперативные нормы *legis fori* не должны и не могут оказывать никакого влияния на юрисдикционный эффект арбитражного соглашения[166].

4. Выводы

В заключение настоящей статьи хотелось бы следующим образом обобщить те два ключевых тезиса, которые автор постарался обосновать выше.

Во-первых, поскольку арбитрабельность представляет собой «этатистский», публично-правовой концепт, воплощающий в себе некоторые *регулятивные интересы* национального правопорядка, постольку при определении права, применимого к арбитрабельности, не могут вполне адекватным образом работать классические мультилатеральные коллизионно-правовые методики. С точки зрения государственного суда арбитрабельность спора всегда должна оцениваться в первую очередь в соответствии с местными национально-правовыми стандартами, при

ясно, насколько выраженное ответчиком в суде согласие с применением *lois de police* форума будет затем связывать арбитраж и самого ответчика (если, конечно, мы не будем толковать данное согласие как принятие ответчиком на себя некоторых дополнительных обязательств из соглашения о выборе применимого права).

Весьма интересно, что американские суды при разрешении споров касательно влияния сверхимперативных норм на арбитражные соглашения в ряде случаев пошли по пути, схожему с тем, который был предложен Я. Кляйнхайстеркампом. В частности, в нескольких делах суды приходили к выводу о допустимости направления сторон в арбитраж при условии признания недействительным соглашения о применимом праве. См.: US District Court, Southern District of Florida, Miami Division, 7 October 2010, Case No. 10–23276-CIV-KING // YBCA. 2011. P. 385–386; *Bogdan Dumitru v. Princess Cruise Lines, Ltd*. S.D.N.Y., 29 July 2010, 09 Civ. 4792 (NRB), 10 Civ. 1790 (NRB) // YBCA. 2010. P. 565–567; *Olena Bulgakova v. Carnival Corporation*. Southern District of Florida, 22 June 2009 and 26 February 2010, Case No. 09–20023-CIV-SEITZ/O'SULLIVAN // YBCA. 2010. P. 475–7.

166 См.: *Pamboukis Ch*. Op. cit. P. 139; *Arfazadeh H*. Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondalisation. P. 83.

условии, что такие стандарты в принципе претендуют на применение к спорным отношениям. Государственный суд в данном случае должен руководствоваться скорее унилатеральной логикой, сходной с той, которая работает при применении сверхимперативных норм: если только местные стандарты арбитрабельности не претендуют на применение, судья может принять во внимание иностранные стандарты арбитрабельности, если те релевантны и не противоречат регулятивным интересам форума.

Если же взглянуть на проблему арбитрабельности глазами арбитража, то единственным реальным ограничителем компетенции арбитров на разрешение некоторой категории споров могут быть признаны сложившиеся транснациональные стандарты арбитрабельности, т.е. некоторые универсально признанные критерии разграничения споров на арбитрабельные и неарбитрабельные (например, в зависимости от того, имеет ли спор коммерческий характер или могут ли стороны своим соглашением разрешить спор). Национальные же стандарты арбитрабельности не связывают арбитров *per se*, но подлежат учету для целей обеспечения исполнимости будущего арбитражного решения.

Таким образом, нормы об арбитрабельности могут быть в известном смысле уподоблены сверхимперативным нормам с точки зрения того, каким образом они должны применяться как в государственном суде, так и в арбитраже (с той оговоркой, что нормы об арбитрабельности направлены на достижение определенного юрисдикционного, а не материально-правового эффекта).

Во-вторых, несмотря на подобное сходство норм об арбитрабельности и сверхимперативных норм с точки зрения механизма их воздействия, между ними должно проводиться четкое разграничение. Сверхимперативные нормы не должны и не могут

оказывать никакого воздействия на арбитрабельность или неарбитрабельность спора. Их цель состоит в обеспечении некоторого материально-правового, а не процессуально-правового результата, вследствие чего они в принципе не подлежат учету при разрешении юрисдикционных вопросов. По этой причине государственный суд не может отказать в передаче спора в арбитраж на том лишь основании, что это потенциально может привести к игнорированию местных сверхимперативных норм. В противном случае произошло бы крайне опасное размывание границ арбитрабельности споров: государственные суды получили бы почти беспредельную дискрецию в оценке арбитрабельности *ad hoc* в каждом конкретном случае. Таким образом, любые ограничения арбитрабельности спора должны формулироваться законодателем на уровне норм об арбитрабельности, а не государственными судами — на уровне оценки рисков применения или неприменения местных сверхимперативных норм составом арбитража.

INFOTROPIC MEDIA

Узнать информацию об издательстве «Инфотропик Медиа» —

www.infotropic.ru

Подписаться на электронную рассылку новостей о книжных новинках —

http://goo.gl/5AIZ9

Заполнить заявку на новый номер каталога книг для юристов —

http://infotropic.ru/?page_id=339

Задать вопрос главному редактору издательства —

http://infotropic.ru/?page_id=2321

www.infotropic.ru

Научное издание

Новые горизонты международного арбитража
Выпуск 1
Под редакцией А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина

Заведующая редакцией М.В. Капитанова
Дизайн и верстка текста А.А. Савченко

Ваши отзывы об издании присылайте, пожалуйста, по e-mail:
svetlana.parshina@infotropic.ru
Издательский номер 171
Год издания 2013

ISBN 978-5-9998-0171-5
Подписано в печать 14.06.2013
Формат 60×90/16
Печать цифровая
Бумага офсетная

Усл. печ. л. 24,0
Авт. л. 16,0

ПОЛЬЗОВАТЕЛЬ ParaType In Legal Use
Гарнитура Orbi
Использованы лицензионные шрифты фирмы «ParaType»

infotropic media

ООО «Инфотропик Медиа»
101000, г. Москва, ул. Мясницкая, дом 42, строение 3
Тел.: (495) 621 25 27; Факс: (495) 621 76 80
Заказ книг: (495) 621 25 27; 8 (903) 106 73 38 (моб.); sales@infotropic.ru
www.infotropic.ru

Am Sandwerder 37, D-14109 Berlin, Germany
Tel.: +49 (30) 889 28 88-0; Fax: +49 (30) 889 28 88-10

Все права защищены. Любое копирование, воспроизведение, хранение в информационных системах или передача в любой форме и любыми средствами – электронными, механическими, посредством фотокопирования, записями или иными – любой части этой книги запрещено без письменного разрешения ООО «Инфотропик Медиа».
Издание не содержит информацию, причиняющую вред здоровью и (или) развитию детей, и информацию, запрещенную для распространения среди детей.