

БИБЛИОТЕКА ЖУРНАЛА "ТРЕТЕЙСКИЙ СУД"
МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

УЧЕБНИК

ВЫПУСК 9

2-е издание, переработанное и дополненное

Ответственный редактор
Т.А. ЛУНАЕВА

Научные редакторы
О.Ю. СКВОРЦОВ, М.Ю. САВРАНСКИЙ, Г.В. СЕВАСТЬЯНОВ

Главный редактор
Г.В. СЕВАСТЬЯНОВ

Рецензенты

Зыкин И.С., профессор (Россия);

Жильцов А.Н., профессор (Россия);

Ноах Рубинс, профессор (Франция);

Куан Цзэнцзюнь, профессор (Китай).

Научные редакторы

Скворцов Олег Юрьевич - доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, советник международной юридической фирмы DLA Piper, председатель Правления Российского центра содействия третейскому разбирательству (РЦСТР), член Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ, арбитр МКАС при ТПП РФ. Один из наиболее известных российских специалистов по вопросам арбитража, автор более ста публикаций - монографий, учебников, комментариев, статей. Выступал арбитром и экспертом в целом ряде арбитражных споров, рассматриваемых по регламентам ведущих российских и ряда иностранных арбитражных центров. Имеет многолетний опыт представления интересов сторон в международных арбитражных и судебных разбирательствах в России и за рубежом - гл. 1, пар. 3.1 - 3.6.

Савранский Михаил Юрьевич - кандидат юридических наук, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, заместитель председателя Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей (РСПП), арбитр МКАС при ТПП РФ, заместитель председателя Правления Российского центра содействия третейскому разбирательству (РЦСТР). Автор ряда публикаций по вопросам разрешения споров, регулирования международных контрактных обязательств. Выступал арбитром более чем в ста международных спорах, рассматриваемых по регламентам ведущих российских и ряда иностранных арбитражных центров. Неоднократно выполнял функции эксперта по российскому праву в международных арбитражных и судебных разбирательствах в России и за рубежом - пар. 12.1, 12.2, пар. 13.1 - 13.3, пар. 14.1, п. 22.7.1.

Севастьянов Глеб Владимирович - кандидат юридических наук, главный редактор журнала "Третейский суд"; основатель научно-практической серии книг "Библиотека журнала "Третейский суд", Всероссийского форума третейского, медиационного и делового сообществ, Общественной премии альтернативного разрешения споров "Арбитраж и Примирение"; старший преподаватель кафедры гражданского процесса СПбГУ заместитель председателя Правления РЦСТР. Практикующий арбитр Арбитражного центра при РСПП, рассматривал споры в качестве третейского судьи, единоличного

арбитра и председателя состава арбитров в ведущих арбитражных институтах страны, включая МКАС при ТПП РФ. Известный российский эксперт в области альтернативного разрешения споров: третейского разбирательства и примирительных процедур (включая институт медиации). Автор более ста публикаций по проблематике альтернативного разрешения споров - пар. 3.7, п. 6.3.2, пар. 7.1 - 7.8, 7.10.

Авторский коллектив

Абесадзе Сергей Александрович - старший юрист международной юридической фирмы DLA Piper, консультирует по вопросам корпоративного и коммерческого права, обладает значительным опытом в области международного коммерческого арбитража, магистр частного права (РШЧП) - пар. 6.4 (совместно с Л.Г. Кропотковым).

Андреева Татьяна Константиновна - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, заместитель председателя ВАС РФ в отставке, арбитр МКАС при ТПП РФ, арбитр Арбитражного центра при РСПП, член Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ, заслуженный юрист РФ - гл. 19.

Ануров Василий Николаевич - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), арбитр Арбитражного центра при РСПП - пар. 4.3.

Арель Гинта - партнер адвокатской фирмы Lindahl (Стокгольм, Швеция), глава Восточно-Европейской группы Lindahl, специализируется на международном коммерческом и инвестиционном арбитраже, магистр права (Стокгольмский университет) - пар. 22.3.

Асосков Антон Владимирович - доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, член Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ, член Президиума и председатель Комитета по назначениям арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ, председатель Комитета по назначениям Комиссии по международному арбитражу Российского национального комитета Международной торговой палаты (ICC), член Королевского института арбитров (MCIArb, Лондон) - п. 6.3.1, п. 18.5.9.

Бабичев Юрий Александрович - руководитель группы международного арбитража и трансграничных судебных процессов юридической фирмы Bryan Cave Leighton Paisner, LL. M. (Columbia University) - пар. 7.9.

Гребельский Александр Владимирович - кандидат юридических наук, управляющий партнер адвокатского бюро "Гребельский и партнеры", старший преподаватель кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева МГИМО (У) МИД России, заместитель директора Информационного центра Гаагской конференции по международному частному праву в Москве - гл. 15.

Грешников Игорь Петрович - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Санкт-Петербургского государственного финансово-экономического университета, председатель Международного арбитража "IUS" - пар. 18.1 - 18.4, п. 18.5.1 - 18.5.8.

Грищенкова Анна Владимировна - партнер адвокатского бюро "КИАП", LL. M., региональный представитель РФ в Судебном комитете IBA, арбитр и член Президиума Арбитражного центра при Институте современного арбитража - п. 22.7.2.

Гузей Степан Викторович - кандидат юридических наук, партнер юридической фирмы Lidings, руководитель практики несостоятельности и банкротства, а также практики налогового и таможенного права, адвокат, член Адвокатской палаты г. Москвы, член Комитета по номинированию арбитров и арбитр Арбитражной Ассоциации - п. 6.3.5 (совместно с А.Д. Зелениным).

Данилевич Александр Станиславович - кандидат юридических наук, адвокат, член Минской городской коллегии адвокатов, доцент Белорусского государственного университета (г. Минск), арбитр

Спортивного арбитражного суда (г. Лозанна, Швейцария) - пар. 4.4.

Дудко Алексей Георгиевич - кандидат юридических наук, LL. M. (University of Leiden), партнер, глава практики судебно-арбитражных споров и расследований в РФ и СНГ международной юридической фирмы Hogan Lovells, арбитр Арбитражного центра при Институте современного арбитража, SIAC и Казахстанского международного арбитража - пар. 10.1 - 10.4.

Жукова Галина Константиновна - партнер юридической фирмы **Bélot Malan & Associés** (Париж), ассоциированный профессор Рижской высшей школы права и Версальского университета - гл. 8, пар. 22.4

Замазий Александр Владимирович - преподаватель кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), руководитель аппарата - заместитель председателя Арбитражного центра при РСПП, действительный член Королевского института арбитров (FCIArb, Лондон) - гл. 16 (совместно с Р.Р. Мифтаховым).

Зеленин Андрей Дмитриевич - управляющий партнер юридической фирмы Lidings, адвокат, член Адвокатской палаты г. Москвы, арбитр Арбитражного центра при РСПП, Арбитражного центра при Институте современного арбитража, сопредседатель организационного комитета Ежегодной московской конференции по разрешению споров American Bar Association, член исполнительного комитета Британско-российской юридической ассоциации; специализируется на разрешении споров в российских судах и международном арбитраже - п. 6.3.5 (совместно с С.В. Гузеем), пар. 13.4.

Козьменко Анна Владимировна - кандидат юридических наук, старший юрист компании Schellenberg Wittmer (Цюрих), выступала в качестве адвоката и арбитра в более 40 разбирательствах в области международного коммерческого, инвестиционного и спортивного арбитража - пар. 22.5.

Комаров Александр Сергеевич - доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Всероссийской академии внешней торговли, председатель МКАС при ТПП РФ (1993 - 2010), член Президиума МКАС при ТПП РФ, эксперт делегации РФ в рабочих группах Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ); член Руководящего совета Международного института частного права (УНИДРУА), консультативный член Совета управляющих Международного совета по коммерческому арбитражу (ISCA); действительный член Королевского института арбитров (FCIArb, г. Лондон); председатель редакционного совета журнала "Вестник международного коммерческого арбитража", арбитр в международных арбитражных процессах (институциональных и **ad hoc**) в Стокгольме, Вене, Париже, Лондоне, Варшаве, Праге, Софии, Киеве, Минске, Женеве, Цюрихе - пар. 23.1.

Кропотов Леонид Григорьевич - кандидат юридических наук, старший юрист международной юридической фирмы DLA Piper, специализируется на коммерческом арбитраже, сделках M&A, инвестициях в недвижимость - пар. 6.4 (совместно с С.А. Абесадзе).

Крохалев Сергей Вадимович - кандидат юридических наук, доктор права (Франция), партнер международной юридической фирмы "Бейкер и Макензи", преподаватель магистерской программы "Международный бизнес" Высшей школы экономики, председатель Юридического комитета Ассоциации европейского бизнеса - пар. 21.4.

Кузнецов Василий Андреевич - управляющий партнер юридической фирмы "Кузнецов, Марисин и партнеры", член комиссии Международной торговой палаты по арбитражу и альтернативному разрешению споров от РФ, член Экспертного совета третейского сообщества и редакционной коллегии журнала "Третейский суд" - пар. 23.2.

Кульков Максим Анатольевич - управляющий партнер юридической фирмы "Кульков, Колотилов и партнеры", LL. M., арбитр Международного арбитражного центра Сингапура (SIAC) и Арбитражного центра при РСПП, член комиссии Международной торговой палаты по арбитражу и альтернативному разрешению споров от РФ, Арбитражной комиссии ICC Russia, заместитель председателя Комитета по назначениям Арбитражной комиссии ICC Russia, исполнительный директор Объединенной службы медиации (посредничества) при РСПП - пар. 10.5, гл. 11.

Курочкин Сергей Анатольевич - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, директор Института государства и права Тюменского государственного университета - пар. 6.1, 6.2, гл. 20.

Марисин Иван Николаевич - старший партнер юридической фирмы "Кузнецов, Марисин и Партнеры", арбитр МКАС при ТПП РФ, Лондонского международного третейского суда, Международного арбитражного центра в Вене и других ведущих центров арбитража, сопредседатель Экспертного совета третейского сообщества и член редакционной коллегии журнала "Третейский суд"; представлял интересы российских и иностранных клиентов в более чем ста крупных судебных и арбитражных разбирательствах по всему миру на протяжении последних 30 лет - пар. 22.1, 22.2.

Микшис Денис Владимирович - кандидат юридических наук, доцент, директор по международному сотрудничеству и региональному развитию Арбитражного центра при РСПП; специалист в сфере арбитража, имеет обширный опыт арбитражного и администрирования споров - гл. 2.

Мифтахов Руслан Рамилевич - кандидат юридических наук, независимый эксперт по правовым вопросам, член Королевского института арбитров (MCIArb, Лондон), арбитр Арбитражного центра при РСПП - гл. 16 (совместно с А.В. Замазием).

Морозов Михаил Эдуардович - старший преподаватель отделения экономики и права Новосибирского государственного университета, председатель правления Национальной третейской палаты, председатель Сибирского третейского суда - пар. 9.1 - 9.9.

Муранов Александр Игоревич - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, управляющий партнер коллегии адвокатов "Муранов, Черняков и партнеры", арбитр по делам МАК и МКАС при ТПП РФ; участвовал в различных арбитражных разбирательствах по Регламентам ICC, LCIA, SCAI, SCC, SIAC - пар. 12.4, 12.5.

Никифоров Илья Викторович - управляющий партнер адвокатского бюро "Егоров, Путинский, Афанасьев и партнеры", заместитель председателя правления Арбитражной Ассоциации, вице-председатель Арбитражной комиссии ICC (Париж); назначался на руководящие посты в арбитражной комиссии Международной торговой палаты (ICC), SIAC, арбитражном комитете IBA, SCC, арбитражных учреждениях ближнего и дальнего зарубежья; преподаватель кафедры гражданского права СПбГУ, арбитр МКАС при ТПП РФ - гл. 17.

Носырева Елена Ивановна - доктор юридических наук, заведующая кафедрой гражданского права и процесса Воронежского государственного университета, арбитр МКАС при ТПП РФ, Арбитражного центра при РСПП - пар. 4.1, 4.2.

Панов Андрей Александрович - старший юрист практики разрешения споров Norton Rose Fulbright (Москва), магистр права (Оксфорд), действительный член Королевского института арбитров (FCIArb), арбитр МКАС при ТПП РФ, Арбитражного центра при РСПП - пар. 14.2, 14.3.

Ращевский Евгений Сергеевич - кандидат юридических наук, партнер, руководитель практики международных арбитражных и судебных споров адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры", магистр частного права (РШЧП) - п. 6.3.3, пар. 10.6.

Суспицина Ирина Игоревна - руководитель проектов по международному коммерческому арбитражу адвокатского бюро "КИАП", LL. M. (Стокгольмский университет), ассоциированный член Королевского института арбитров (FCIArb, Лондон) - пар. 22.8.

Трусова Елена Александровна - партнер практики по разрешению споров и практики по интеллектуальной собственности юридической фирмы Bryan Cave Leighton Paisner, арбитр Арбитражного центра при РСПП - п. 6.3.4, пар. 12.3.

Хвалец Владимир Владимирович - партнер международной юридической фирмы "Бейкер и Макензи", председатель правления Арбитражной Ассоциации, вице-президент Международного

арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC), член президиума Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате, член правления Украинской арбитражной ассоциации, член Польской арбитражной ассоциации, Австрийской арбитражной ассоциации, Международного совета по торговому арбитражу (ICCA) - гл. 5.

Хегер Сузанне - кандидат юридических наук, партнер юридической компании Heger & Partner **Rechtsanwälte**, LL. M., Doctor (Венский университет), член правления Международного арбитражного центра при Австрийской федеральной палате экономики (2010 - 2012), действительный член Королевского института арбитров (FCIArb, Лондон) - пар. 22.6.

Храпова Ольга Константиновна - руководитель адвокатского кабинета "Сервис-нафта", адвокат, член Адвокатской палаты г. Москвы, арбитр Арбитражного центра при РСПП, имеет обширную практику участия в арбитражных разбирательствах по регламентам ведущих российских и иностранных арбитражных центров - пар. 9.10.

Ярков Владимир Владимирович - доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, приглашенный профессор Университета Париж X-Нантер, член научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, заслуженный деятель науки РФ - пар. 21.1 - 21.3.

Рецензенты

Зыкин Иван Семенович - доктор юридических наук, профессор кафедры международного частного права Всероссийской академии внешней торговли, заместитель председателя МКАС при ТПП РФ по арбитражу международных коммерческих споров, председатель Комитета по назначениям арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ.

Жильцов Алексей Николаевич - кандидат юридических наук, начальник отдела сравнительного и международного частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, главный редактор журнала "Вестник международного коммерческого арбитража", член Президиума и Комитета по назначениям арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ, заслуженный юрист РФ.

Ноах Рубинс (Noah Rubins) - управляющий партнер группы по международному арбитражу парижского офиса фирмы Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, руководитель глобальной группы Freshfields по разрешению споров в СНГ и России, доктор права (Harvard Law School), профессор права (Dundee University).

Куан Цзэнцзюнь (Kuang Zengjun) - профессор Китайского института приграничных и морских исследований Уханьского университета (Wuhan University China Institute of Boundary and Ocean Studies), Государственного совместного инновационного центра территориального суверенитета и морских прав и интересов (Collaborative Innovation Center for Territorial Sovereignty and Maritime Rights), директор Центра исследований России и стран Евразии Уханьского университета, заместитель главного редактора "Журнала приграничных и морских исследований" (Journal of Boundary and Ocean Studies).

Список сокращений

ААС - апелляционный арбитражный суд.

АПК, АПК РФ - Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации.

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ - Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Рекомендован в 1976 г., пересмотрен в 2010 г., новая редакция в 2014 г.

АРС - альтернативное разрешение споров.

АС - арбитражный суд.

ВАС, ВАС РФ - Высший Арбитражный Суд Российской Федерации.

ВС, ВС РФ - Верховный Суд Российской Федерации.

ВТО - Всемирная торговая организация.

ГК, ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации.

ГПК, ГПК РФ - Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации.

ЕГРИП - Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей.

ЕГРЮЛ - Единый государственный реестр юридических лиц.

ЕСПЧ - Европейский суд по правам человека.

Вашингтонская конвенция - Вашингтонская конвенция 1965 г. об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств.

Женевская конвенция 1927 г. - Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений. Заключена 26.09.1927, вступила в силу 25.07.1929.

Женевский протокол 1923 г. - Протокол об арбитражных оговорках, подписан в Женеве 24.09.1923, вступил в силу 28.07.1924.

Европейская конвенция 1961 г. - Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, принята в Женеве 21.04.1961.

Закон N 409-ФЗ - Федеральный закон от 29.12.2015 N 409-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона "О саморегулируемых организациях" в связи с принятием Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации".

Закон о банкротстве - Федеральный закон от 26.10.2002 N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)".

Закон о медиации - Федеральный закон от 27.07.2010 N 193-ФЗ "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)".

Закон о МКА - Закон РФ от 07.07.1993 N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже".

Закон о статусе судей - Закон РФ от 26.06.1992 N 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации".

Закон о третейских судах - Федеральный закон от 24.07.2002 N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации".

Закон об арбитраже - Федеральный закон от 29.12.2015 N 382-ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации".

Закон об исполнительном производстве - Федеральный закон от 02.10.2007 N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве".

Информационное письмо N 96 - информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 N 96 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов".

Информационное письмо N 156 - информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 N 156, содержащее "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных

и арбитражных решений".

Комментарии ЮНСИТРАЛ - Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства 2016 г.

КС РФ - Конституционный Суд Российской Федерации.

МАК при ТПП РФ - Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

Минская конвенция - Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22.01.1993).

МКАС при ТПП РФ - Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

Московская конвенция - Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества. Заключена в г. Москве 26.05.1972.

НК, НК РФ - Налоговый кодекс Российской Федерации.

НКО - некоммерческая организация.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. - Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10.06.1958).

ООН - Организация Объединенных Наций.

ПДАУ - постоянно действующее арбитражное учреждение.

ПдТС - постоянно действующий третейский суд.

Постановление N 10-П - Постановление Конституционного Суда РФ от 26.05.2011 N 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".

Постановление N 30-П - Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18.11.2014 N 30-П "По делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", пункта 2 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона "О некоммерческих организациях" в связи с жалобой открытого акционерного общества "Сбербанк России".

ППТС - Постоянная палата третейского суда в Гааге - широко известный постоянно действующий смешанный арбитраж (Permanent Court of Arbitration, PCA).

Правила о беспристрастности и независимости ТПП РФ - Правила о беспристрастности и независимости арбитров, утвержденные президентом ТПП РФ 27.08.2010.

Правила арбитража МКАС - Правила арбитража международных коммерческих споров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации 2017 г.

Правила МАЮ о доказательствах - Правила Международной ассоциации юристов о представлении доказательств в международном арбитраже, редакция 2010 г.

Руководство МАЮ по конфликту интересов - Руководящие принципы Международной ассоциации юристов по конфликту интересов в международном арбитраже, редакция 2014 г.

Руководство МАЮ по представительству - Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже 2013 г.

РСПП - Российский союз промышленников и предпринимателей.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ - Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. о международном торговом арбитраже.

ТПП РФ - Торгово-промышленная палата Российской Федерации.

УПК, УПК РФ - Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации.

ФАС - Федеральный арбитражный суд.

ЮНСИТРАЛ - Комиссия Организации Объединенных Наций по международному торговому праву (UNCITRAL).

AAA - American Arbitration Association, Американская арбитражная ассоциация (AAA).

CIETAC - China International Economic and Trade Arbitration Commission, Китайская международная торгово-экономическая арбитражная комиссия.

HKIAC - Hong Kong International Arbitration Centre, Международный арбитражный центр Гонконга.

IBA - International Bar Association, Международная ассоциация юристов (МАЮ).

ICC - International Chamber of Commerce, Международная торговая палата (МТП).

ICDR - International Centre for Dispute Resolution, Международный центр разрешения споров AAA.

ICSID - International Center for Settlement of Investment Disputes, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС).

LCIA - London Court of International Arbitration, Лондонский международный третейский суд (ЛМТС).

SCC - Stockholm Chamber of Commerce, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма.

SIAC - Singapore International Arbitration Centre, Сингапурский международный арбитражный центр.

Посвящается
профессору Валерию Абрамовичу Мусину

ПРЕДИСЛОВИЕ

Роль международного коммерческого арбитража в современном мире невозможно переоценить. Благополучие любой национальной экономики во многом зависит от ее экспортной активности и инвестиционной привлекательности.

Многочисленные контракты, которыми оформляются эти отношения (традиционные сделки международной купли-продажи и контракты по трансграничной продаже технологий и иных объектов интеллектуальной собственности; крупномасштабные инвестиционные проекты, связанные с иностранными вложениями; займы между государствами и др.), обычно содержат арбитражные оговорки, т.е. договоренности сторон о разрешении споров составом арбитров (третейским судом). Несмотря на то, что в абсолютном значении число споров, рассматриваемых в международном арбитраже, значительно меньше числа споров, рассматриваемых национальными судами, их экономический "вес", социальное и политическое значение сопоставимы.

Новая книга в научно-практической серии альтернативного разрешения споров является переработанным и дополненным изданием учебника "Международный коммерческий арбитраж" под редакцией В.А. Мусина и О.Ю. Скворцова, вышедшего в свет в 2012 г. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 5). Исключительность серии книг "Библиотека журнала "Третейский суд" определяется представлением в ней отечественной школы третейского разбирательства, в том числе международного коммерческого арбитража, а также примирительных процедур, включая институт медиации <1>.

<1> См., например, научно-практическое издание "Хрестоматия альтернативного разрешения споров", учебник "Медиация", которые не только содержат характеристики российской модели арбитражного и урегулирования разногласий сторон, но являются своеобразным руководством по применению способов альтернативного разрешения споров.

Несмотря на высокую оценку и востребованность предыдущей версии учебника в профессиональной и академической среде, последующие события, прежде всего связанные с проведением в России третейской реформы, предопределили необходимость значительной переработки и расширения содержания издания.

Посвящение учебника памяти нашего наставника, товарища, близкого коллеги, конечно, является неслучайным. Профессор В.А. Мусин, являясь соредактором первого издания, был одним из авторов идеи его создания и участником ее последовательного воплощения. Валерий Абрамович внес огромный вклад в развитие арбитража в России, был наиболее авторитетным российским экспертом в области международного коммерческого арбитража, председателем Третейского суда при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате, арбитром МКАС и МАК при ТПП РФ, Третейского суда "Газпром" и ряда других арбитражных центров. Среди направлений просветительской деятельности профессора Мусина было преподавание курса международного коммерческого арбитража на юридическом факультете СПбГУ. Этот курс был для него самого очень интересен, ведь профессор В.А. Мусин был активно вовлечен в практику разрешения трансграничных споров как эксперт и арбитр, а также как судья от Российской Федерации в Европейском суде по правам человека.

Валерий Абрамович никогда не "почивал на лаврах" и, невзирая на сверхвысокую загруженность, всегда был открыт для общения. Например, никогда не отказывался разъяснить студенту после лекции трудный материал, мог заинтересовать и увлечь каким-нибудь кажущимся скучным процессуальным вопросом.

При подготовке учебника авторы опирались на положения Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" в новой редакции, Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации", а также российского процессуального законодательства в части содействия и контроля арбитража со стороны государственных судов, включая судебную практику в этой сфере, в том числе акты Конституционного и Верховного Судов РФ по состоянию на 1 января 2018 г.

Предметом изучения при подготовке учебника также стали международные договоры по вопросам международного арбитража с участием Российской Федерации, прежде всего Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. и Европейская конвенция о внешторговом арбитраже 1961 г.

Авторы учли обновленные арбитражные правила и регламенты, в частности принятые в 2017 г. Правила арбитража международных коммерческих споров МКАС и Регламент Арбитражного центра РСПП, арбитражные регламенты Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма и ИСС.

Наряду с этим в учебнике характеризуются акты и документы Комиссии Организации Объединенных Наций (ООН) по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), документы неправительственных международных организаций, содержащие рекомендации в сфере международного арбитража. Также выделены и представлены вниманию читателей современные тенденции развития международного коммерческого арбитража и наиболее прогрессивные зарубежные практики в данной сфере (законодательное регулирование, положения регламентов, акты судов). В учебнике эти материалы занимают отдельную главу, содержащую описание основных вопросов международного арбитража в ряде

ведущих "проарбитражных" юрисдикций и арбитражных центров мира, в которые чаще всего обращаются представители российского и международного бизнеса. На страницах издания рассмотрены арбитражные юрисдикции, в которых законодательное регулирование полностью соответствует природе международной арбитражной процедуры, а практика компетентных судов ориентирована на поддержку развития арбитража как способа альтернативного разрешения споров.

Данный учебник - первый среди отечественных, где рассматриваются вопросы онлайн-арбитражного, актуальность чего подчеркивается в различных международных источниках, включая новые редакции рекомендаций авторитетных международных организаций, - например, в Комментариях ЮНСИТРАЛ 2016 г. акцентируется внимание на важности использования различных электронных средств и программ в целях оптимизации, повышения оперативности и экономичности международного коммерческого арбитража.

Учебник, сохраняя высокий академический уровень, получил более весомую практическую составляющую. Для этого учебный материал изложен более развернуто, снабжен ссылками на актуальную судебную и арбитражную практику, аналитические материалы, что позволяет рекомендовать издание для повышения квалификации имеющим базовое образование специалистам, практикующим или планирующим заняться практической деятельностью в сфере международного коммерческого арбитража.

Специфика международного арбитража такова, что нередко в состязательных документах стороны в подтверждение своих позиций среди прочего ссылаются на учебные и научные издания, особенно тогда, когда арбитром выступает автор или редактор соответствующего издания. Обращение к доктринальным источникам, безусловно, следует приветствовать, однако необходимо принимать во внимание то, что многовариантность регламентации процедуры международного арбитража обуславливает большое количество разнообразных ситуаций, ограничивающее безоговорочную относимость тех или иных выводов к определенным наборам обстоятельств. Следует также учитывать, что мнения и оценки ряда авторов учебника могут в чем-то не совпадать с личной или профессиональной позицией научных редакторов, хотя авторы и редакторы стремились к тому, чтобы все основные точки зрения по наиболее дискуссионным вопросам были показаны. В этой связи нельзя не вспомнить одну из метких фраз профессора В.А. Мусина: "Там, где кончаются споры, там кончается наука..." <2>.

<2> Третейский суд. 2005. N 3. С. 71.

Несомненным основанием и хорошим подспорьем для расширения тематики вопросов, освещаемых во втором издании учебника, стал значительный ряд научных работ, увидевших свет в последние 5 - 7 лет, а также практических исследований на русском языке по актуальным вопросам международного арбитража, в том числе опубликованных на страницах двух ведущих специализированных научно-правовых российских журналов - "Третейский суд" и "Вестник международного коммерческого арбитража", показавших, что, несмотря на постоянно возникающие проблемы, наука и позитивная практика международного арбитража в России активно движутся вперед. Недавним наглядным свидетельством этого стал сборник практики МКАС при ТПП РФ за 2004 - 2016 гг., демонстрирующий высочайший уровень решений, вынесенных в основном российскими арбитрами по российскому праву <3>.

<3> Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016: К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов "Международный коммерческий арбитраж" и "Вестник международного коммерческого арбитража") / Науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов; Предисл. А.С. Комарова; ред. П.Д. Савкин; МКАС при ТПП РФ; ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ; каф. междунар. частн. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД РФ. М., 2017.

Подготовка учебника продолжалась более двух лет, что предопределялось задачей обновления материалов до информационного уровня, соразмерного наиболее авторитетным мировым изданиям в области международного коммерческого арбитража. Реализации обозначенного результата способствовали формирование авторского коллектива, состоящего из четырех десятков высококлассных

экспертов, и совместная плодотворная работа на подготовительных стадиях процесса.

Среди авторов учебника известные специалисты, состоящие в рекомендованных списках арбитров ведущих арбитражных учреждений, имеющие богатый опыт разрешения споров и администрирования арбитража в ведущих российских и зарубежных арбитражных центрах; специалисты авторитетных международных и российских юридических фирм, представляющие интересы сторон в крупнейших и сложнейших арбитражных процессах; преподаватели, читающие учебные курсы "Международный коммерческий арбитраж", "Третейское разбирательство", "Альтернативное разрешение споров" и иные курсы, связанные с разрешением споров и урегулированием правовых разногласий в ведущих российских вузах (СПбГУ, МГУ им. М.В. Ломоносова, МГИМО (У), МГЮА им. О.Е. Кутафина, Всероссийской академии внешней торговли, Российской школе частного права (ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ), Уральской государственной юридической академии, Воронежском и Тюменском государственных университетах), а также ряд зарубежных экспертов, многие из которых (как и их российские коллеги) совмещают практическую деятельность с преподаванием.

Выражаем глубокую признательность авторам, рецензентам, партнерам по изданию и сотрудникам редакционных коллегий журнала "Третейский суд" и издательства "Статус", принимавшим непосредственное участие в подготовке обновленного российского учебника по международному коммерческому арбитражу!

О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов

ПАМЯТИ ВАЛЕРИЯ АБРАМОВИЧА МУСИНА (1939 - 2015)

Уважаемые коллеги, друзья!

Прежде всего мне хотелось бы поблагодарить весь авторский коллектив, особенно Г.В. Севастьянова, Т.Е. Абову, О.Ю. Скворцова, М.Ю. Савранского, за подготовленный учебник "Международный коммерческий арбитраж", посвященный великому ученому, учителю, очень доброму, скромному и отзывчивому человеку - Валерию Абрамовичу Мусину.

Многие авторы учебника также участвовали в подготовке специального номера журнала "Третейский суд" (2017, N 2), в проведении конференции, посвященной памяти Валерия Абрамовича. Для меня, для всех членов его семьи, для его учеников это огромная поддержка. И памятный номер журнала, и конференция, состоявшаяся в июне 2017 г. в Санкт-Петербургском государственном университете, были подготовлены и прошли на самом высоком профессиональном уровне - и при этом очень тепло, трогательно.

Конечно, больше всего хочется, чтобы Валерий Абрамович и сейчас был с нами. Такие потери для всех нас невозможны, но то, что его помнят, искренне уважают и ценят, свидетельствует о том, что все, что он делал, сделано во благо. Во благо российской науки, юридического образования, его учеников, коллег, друзей.

Коллеги, ученики, друзья справедливо отмечают удивительную смелость Валерия Абрамовича как ученого, практика и при этом его необычайную скромность и доброту как человека.

Приятно, что направления профессиональной деятельности, которыми занимался Валерий Абрамович Мусин, продолжают развиваться его учениками и коллегами.

С глубоким уважением
заведующая кафедрой энергетического права
Московского государственного юридического университета
им. О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук,
дочь Валерия Абрамовича Мусина
В.В. Романова

Роль В.А. Мусина в развитии науки, частного права
и третейского разбирательства

Валерий Абрамович Мусин, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Российской академии наук, - **человек-легенда, выдающийся ученый, педагог и практик, широко известный и в России, и за ее пределами.**

Трудовую деятельность в сфере права Валерий Абрамович начал в секторе морского права и коммерческой политики в ленинградском Центральном научно-исследовательском институте морского флота (ЦНИИМФ). Я отлично помню этот институт, его великолепные издания в области морского права, судоходства и иных направлений торгового мореплавания. В годы работы В.А. Мусина в ЦНИИМФ (1964 - 1969) вышла его крупная работа, посвященная морскому страхованию. В 1968 г. вышел в свет новый Кодекс торгового мореплавания СССР. Его составителями были известные советские ученые. Молодой ученый Валерий Абрамович Мусин, уже кандидат юридических наук, также принимал участие в работе над КТМ. Он участвовал в подготовке КТМ РФ 1998 г. В СССР морское страхование было государственным, суда и грузы страховались только в зарубежном торговом мореплавании, чаще в рамках отношений между социалистическими странами и СССР. Страховщиком в СССР выступал Ингосстрах. Тем не менее выходили очень интересные работы в сфере морского права, среди них и работы В.А. Мусина, посвященные морскому страхованию.

Лично Валерия Абрамовича я тогда не знала, но его работы читала. Так с ним и познакомилась - через его труды, еще не зная, что их автор - молодой ученый. Я в те годы уже работала в Институте государства и права АН СССР и плотно занималась наукой.

В 1960-х гг. началась педагогическая деятельность В.А. Мусина на кафедре гражданского права Ленинградского государственного университета. Валерий Абрамович прошел путь от ассистента, доцента до профессора этой кафедры. С 1989 г. он меняет научное направление или, скорее, присоединяет его к первым двум - морскому праву и праву гражданскому, становясь заведующим кафедрой гражданского процесса и оставаясь им до самых последних дней своей жизни.

Видимо, именно это направление (прибавим к нему и арбитражный процесс) увлекло его больше всего. Путь В.А. Мусина в науке похож на мой собственный. У меня, правда, сначала был гражданский процесс, потом хозяйственное право (в его рамках транспортное право, которое меня очень увлекало, и разрешение хозяйственных споров). Затем гражданское право и право транспортное и, конечно, гражданский и арбитражный процесс. Двумя равнозначными величинами и для него, и для меня в нашей научной судьбе оказались материальное право и процессуальное право. Это был не переход от одного к другому, а сочетание и взаимопроникновение в научном мышлении того и другого.

При всей многопрофильности Валерия Абрамовича мне все же кажется, что прежде всего он был ученый, исследователь. Его научное мышление было частью его существования, натуры. Нет сомнений, что и педагогом профессор В.А. Мусин был замечательным. Сколько студентов он обучил, сколько аспирантов выпустил! Он был умным, деликатным и очень заинтересованным наставником для огромного числа молодых ученых.

Член-корреспондент Академии наук Российской Федерации Валерий Абрамович Мусин был еще и великолепным практиком. Он возглавлял Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате, был арбитром МКАС при ТПП РФ, участвовал в ряде третейских разбирательств в Арбитражном институте при Торгово-промышленной палате г. Стокгольма (Швеция) и других признанных мировых арбитражных центрах, нередко выступал в качестве представителя сторон в различных судах и арбитражах иностранных государств. Этот перечень видов и направлений практической деятельности Валерия Абрамовича можно было бы продолжить.

В каких только образованиях он не состоял! Среди них стоит выделить Научно-консультативный совет при Высшем Арбитражном Суде РФ и других арбитражных судах системы, да и в судах общей юрисдикции также. Арбитражные суды всегда находились в тесном контакте с учеными. В.А. Мусин участвовал во многих заседаниях Научно-консультативного совета, и, что самое главное, его мнения по спорным проблемам судебной практики всегда ждали и к его мнению, основанному на обширном российском опыте и опыте зарубежных стран, прислушивались.

Хотелось бы сказать о его манере общения с людьми. Не было для него разницы, с кем идет беседа - с маститым ученым или с собеседником без ученых степеней и званий. Все, кто нуждался в его мнении, совете, для него были равны. Его отличали спокойная рассудительность, глубокое, уважительное

отношение к собеседнику и доходчивое изложение того, о чем он говорил. О самых серьезных теоретических и практических вопросах он говорил просто, доступно для понимания каждого, кто с ним беседовал. Простое изложение, объяснение сложных теоретических вопросов на чистейшем русском языке, а когда требовалось и на безукоризненном английском, дается далеко не каждому. Это, с моей точки зрения, проявление огромного таланта, высокой культуры, уважительного отношения к людям.

У Валерия Абрамовича Мусина была прекрасная семья. Любимая и любящая жена Алевтина Павловна, обожаемая и обожающая отца дочь Виктория, которая пошла по стопам отца. Однажды я пошутила, сказав его жене (это было, насколько я помню, на одном из его юбилеев): "Это ж надо, какого мужа вырастили", - и рассказала об этом Валерию Абрамовичу. Он серьезно посмотрел на меня и сказал: "Да, Тамара Евгеньевна, без ее помощи и заботы я бы не был таким, как сейчас". Какое же безмерное уважение друг к другу царило в этой семье!

Его уход от нас был для всех неожиданностью. Смееу сказать, что он мог бы еще много-много лет жить и работать, радуя нас своей добротой, мудростью и оптимизмом.

Т.Е. Абова,
председатель редакционного совета
журнала "Третейский суд",
заведующая сектором гражданского права, гражданского
и арбитражного процесса ИГП РАН, профессор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации,
доктор юридических наук

Валерий Абрамович Мусин продолжает нас объединять!
(о мастере, наставнике и учителе)

Мне повезло. Судьба на довольно значительном временном отрезке связала меня с человеком, который стал мне одновременно руководителем, профессиональным наставником и духовным отцом... Это Валерий Абрамович Мусин!

Случилось так, что Валерий Абрамович поддержал создание редакции журнала "Третейский суд" и (самое волшебное, что могло произойти с журналом) согласился возглавить его редакционный совет. С той поры наше общение стало регулярным, а встречи превратились в настоящий редакционный ритуал! Такое взаимодействие придавало уверенности начинающему редактору правового издания и серьезно раскрепощало, особенно после сакраментального выражения, произнесенного с чувством одновременного одобрения и поддержки: "Я на этом настаиваю!"

В своей чрезвычайно кипучей деятельности Валерий Абрамович всегда находил время для журнала "Третейский суд". Во многом именно его поддержка и непосредственное участие во всех без исключения редакционных делах обеспечили узнаваемость журнала и его актуальность.

Я приезжал к нему за советом и кратко излагал возникшие вопросы, понимая, что необходимо быть лаконичным. С особой радостью передавал только вышедшие номера журнала, а порой и новые книги из серии "Библиотека журнала "Третейский суд", названием которой мы также обязаны нашему наставнику.

Что поражало? Великое трудолюбие! Иногда Валерия Абрамовича почти не было видно за гигантскими стопками бумаг, лежащими на рабочем столе. На вопрос: "Как Вам удастся со всем этим справляться?" - он рекомендовал продолжать работу и дома, после ужина, еще пару часиков...

Валерий Абрамович с огромной любовью относился к своим ученикам и студентам. Он никогда не навязывал своего мнения, хотя и отмечал все имеющиеся недостатки, включая стилистические и орфографические... Мне посчастливилось прочувствовать его заботу в полном объеме: более десяти лет он в качестве научного руководителя курировал подготовку к защите моей диссертации, посвященной правовой природе третейского разбирательства. Все варианты исследования штудировались им "от корки до корки" на удивление очень быстро... В основе работы был довольно революционный взгляд на основы арбитража как института альтернативного разрешения споров, но Валерий Абрамович вселил уверенность в научную обоснованность выдвинутой концепции "частного процессуального права",

говорил: "Ведь это логично", - что, несомненно, стало одним из основных стимулов для завершения исследования и успешной защиты диссертации.

Валерий Абрамович всегда был сторонником активных научных дискуссий, считал, что "там, где кончаются споры, кончается наука" <1>. Этот крайне важный профессиональный навык профессор Мусин развивал у своих студентов, превращая занятия в настоящие научные диспуты, в том числе путем использования оживляющей всех конструкции "вопроса на засыпку", ответ на который требовал от слушателя не только глубокого усвоения полученных знаний, но и умения применить их к нестандартной правовой ситуации, которую с легкостью моделировал Валерий Абрамович, основываясь на своем обширном юридическом опыте. Примером трепетного отношения профессора Мусина к универсамтам в последние годы стало проведение занятий по выходным, когда уже ничто не могло этому помешать - никакие многочисленные командировки, никакая общественная работа, никакие все новые и новые вводные...

<1> См.: Выступление В.А. Мусина на конференции "Взаимодействие третейских и арбитражных судов. Практика применения законодательства об оспаривании решений третейских судов, выдачи исполнительных листов, по признанию и приведению в исполнение решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей". СПбГУ 10 декабря 2004 г. // Третейский суд. 2005. N 3. С. 7.

Уникальный оратор, в только ему одному присущей манере Валерий Абрамович мог вести конференции от начала до самого конца, часто используя для ясности и доступности изложения удивительно точные метафоры из отечественной и мировой классической литературы, попутно отмечая квинтэссенцию и развивая каждый из прозвучавших докладов, выступлений и реплик. Таким "научным титанизмом" невозможно было не восхищаться!

Еще одно, о чем нельзя не сказать. Валерий Абрамович, безусловно, был одним из лидеров национального движения за развитие альтернативного разрешения споров в России, специалистом по арбитражу мирового уровня, авторитет которого распространялся далеко за границы Отчизны, основателем и председателем Третейского суда при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате, арбитром МКАС и МАК при ТПП РФ и других арбитражных институтов. Его мнение по многим ключевым вопросам развития "третейского разбирательства, в том числе международного коммерческого арбитража" (оборот, который часто использовал сам Валерий Абрамович) считалось эталоном. Одним из примеров этого является назначение государственным судом в Англии Валерия Абрамовича арбитром по международному спору, чему, к сожалению, не суждено было реализоваться. Много усилий Валерий Абрамович приложил для развития в России проарбитражного законодательства, включая его известную принципиальную позицию по ключевым вопросам третейской реформы, которую он высказал в ходе Всероссийских форумов третейского и делового сообщества, а также в публикациях и интервью <2>.

<2> Интервью с В.А. Мусиным // Третейский суд. 2014. N 2/3. С. 19 - 26.

Валерий Абрамович буквально завораживал своим общением, он притягивал к себе людей, которые растворялись в его лучезарной улыбке, излучающей тепло и спокойствие ауры. Запоминающимся примером стала затянувшаяся автограф-сессия после выхода избранных трудов В.А. Мусина, когда Валерий Абрамович не обделил никого своим вниманием.

За заслуги в формировании правового государства, укреплении законности и правопорядка, защите прав и свобод человека, развитии российской юридической науки в 2013 г. на ежегодной премии "Юрист года" В.А. Мусину была вручена награда "За вклад в юридическую науку", что стало очевидным подтверждением его высокопрофессиональных и личностных качеств, гигантского трудолюбия и высочайшей эрудиции. В 2015 г. Валерию Абрамовичу была вручена серебряная медаль Высшей юридической премии "Фемида" за большой вклад в развитие отечественного третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража.

Валерий Абрамович Мусин ушел от нас в зените своей профессиональной востребованности и

славы, всеобщего уважения и любви. В какой-то степени он оказался заложником такой ситуации, поскольку оставался для всех безотказным, а оказался просто незаменимым!

В июне 2017 г. в Санкт-Петербургском государственном университете состоялся V Всероссийский форум третейского, медиационного и делового сообществ, посвященный Валерию Абрамовичу Мусину <3>. Проведение ежегодного форума, связанного с развитием альтернативного разрешения споров в России, неизменным организатором и вдохновителем которого был Валерий Абрамович, свидетельствует о том, что он, как и раньше, своим огромным авторитетом помогает нам делать то, что мы всегда делали вместе.

<3> См.: Севастьянов Г.В. Конференция в честь Валерия Абрамовича Мусина // Третейский суд. 2017. N 3. С. 12 - 22.

К форуму был издан специальный номер журнала "Третейский суд", также посвященный профессору Мусину. В номер вошли теплые и зачастую трогательные воспоминания коллег, друзей и близких Валерия Абрамовича; удивительные факты из его жизни; примеры исторических публикаций; образцы законотворческой деятельности и арбитражного; обзоры научных идей и трудов ученого, обладающие удивительной живучестью и актуальностью для современной науки и практики <4>.

<4> В специальном выпуске "ТС", посвященном В.А. Мусину (2017. N 3), а также в следующем, в котором публиковались статьи, связанные с правовым наследием профессора Мусина, приняли участие: Т.Е. Абова, Т.К. Андреева, С.В. Бахин, А.Е. Березий, Е.А. Борисова, А.Ю. Бушев, А.В. Грибанов, М.И. Клеандров, Ю.А. Козлов, Е.В. Кудрявцева, А.Г. Лисицын-Светланов, Е.В. Михайлова, М.Э. Морозов, А.И. Муранов, Е.А. Нахова, Н.В. Немчинов, Гуннар Нердрум, Т.Н. Нешатаева, Е.И. Носырева, В.Ф. Попондопуло, Н.Ю. Рассказова, И.В. Решетникова, В.В. Романова, Г.В. Севастьянов, В.Н. Сидорова, Е.А. Трещева, А.А. Ференс-Сороцкий, И.В. Черникова, М.З. Шварц, И.М. Шевченко, О.Н. Шеменова, В.Ф. Яковлев, В.Г. Ярославцев.

Продолжается ставший уже общим процесс сохранения наследия выдающегося российского правоведа. Кроме опубликованных научных трудов Валерия Абрамовича, в том числе собранных в отдельное издание - "В.А. Мусин. Избранное" (2014), в эту "копилку" следует положить: незабываемое интервью В.А. Мусина телеканалу "Закон-ТУ" (2009), талантливо взятое С.С. Завриевым; документальный фильм "Профессор Мусин. Человек на все времена", подготовленный телеканалом НТВ и вышедший в эфир в памятную годовщину (2016); прекрасно иллюстрированный памятный альбом (по мотивам указанного фильма), созданный трудами В.В. Романовой (дочь В.А. Мусина) и вышедший в свет благодаря издательству "Юрист" (2017).

Выход в свет настоящего учебника - событие общенационального масштаба в сфере развития арбитража, также связанное с сохранением памяти о выдающемся гражданине нашей Родины - Валерии Абрамовиче Мусине!

Уверен, что в будущем нас ждут и другие мероприятия и события, посвященные нашему наставнику и учителю; со своей стороны мы будем всячески этому содействовать. Санкт-Петербургский государственный университет планирует выпуск специального издания в честь своего знаменитого профессора. 28 февраля 2018 г. Президиум Ассоциации юристов России поддержал предложение кафедры энергетического права МГЮА и выступил учредителем премии им. В.А. Мусина по энергетическому праву.

Валерий Абрамович Мусин всегда был центром притяжения для тех, кому однажды посчастливилось с ним познакомиться. Несомненно, он и сейчас продолжает нас объединять!

Г.В. Севастьянов,
главный редактор журнала "Третейский суд",
старший преподаватель кафедры гражданского процесса СПбГУ,

заместитель председателя правления Российского центра
содействия третейскому разбирательству,
кандидат юридических наук

Профессор Мусин

Стать ученым-правоведом профессору Мусину, кажется, было написано на роду. Во всяком случае так мне видится теперь, после его ухода.

Валерий Абрамович Мусин был обладателем множества званий и титулов, но мне думается, что вполне достаточно именовать его лаконично - профессор Мусин <1>. Впрочем, так и именуют его в обиходе коллеги и ученики, зачастую не вспоминая о том, что профессор Мусин был еще и членом-корреспондентом РАН, заведующим кафедрой, председателем третейского суда, арбитром зарубежных арбитражей, руководителем юридической фирмы, членом ряда диссертационных советов, сотрудником нескольких юридических журналов, экспертом множества советов при государственных и судебных органах, заслуженным деятелем науки Российской Федерации...

<1> У профессора Н.М. Кропачева есть одно наблюдение. Он говорит, что существует когорта юристов, упоминать о которых достаточно по имени-отчеству: Лазарь Адольфович, Олимпиад Соломонович, Сергей Сергеевич... Все причастные к праву понимают, о ком идет речь. Валерий Абрамович занимает место в этом ряду. Однако в контексте настоящей статьи мне не хотелось бы уводить разговор в "домашнюю" плоскость, обращаясь к мэтру исключительно по имени-отчеству. Словосочетание "профессор Мусин" сохраняет в данном случае уместную официозность.

Энциклопедичность, разносторонность Валерия Абрамовича очевидны всем, знавшим его, и, произнося "профессор Мусин", мы отказываемся от необходимости наслаивать множество эпитетов и регалий для того, чтобы сказать о достоинствах этого человека.

Как оценить масштаб личности профессора Мусина? Прошло не так уж много времени со дня его ухода. Итог каждой прожитой жизни, наверное, невозможно подвести современникам. Как принято говорить в таких случаях, история должна дать соответствующие оценки. Современникам же сложно выйти из-под неугасающего влияния непосредственного человеческого обаяния личности.

Одной из составляющих человеческого обаяния Валерия Абрамовича, помимо прочего, было и его правовое мышление, которое притягивало юристов, соприкасающихся с ним. Тот, кто хоть раз поговорил с профессором Мусиным, испытывал непреодолимую потребность найти удобный повод пообщаться с ним еще не один раз.

Кроме способности "визуально-вербального" воздействия на собеседников Валерий Абрамович обладал эпистолярным даром, сформировавшим на протяжении более полувека тот массив юридической литературы, который можно именовать наследием профессора Мусина. Предметом исследований В.А. Мусина было право и то, что происходило с ним (правом) при жизни профессора и будет происходить, видимо, еще долгое время. Общество, которое живет в правовой среде, меняется действиями самореализующихся людей, понимающих и принимающих право. Однако различить самореализацию отдельного субъекта удается далеко не всегда; это удел немногих.

В прижизненном издании сборника трудов В.А. Мусина указано 226 <2> его публикаций <3>. Трудно сказать, насколько полон этот список, однако ознакомление только с указанным перечнем работ позволяет сделать вывод о той многоаспектности, которая была так свойственна его мироощущению. Сложнейшие правовые проблемы рассматривались им с позиций как материального, так и процессуального права; как в контексте частного, так и публичного права; как с точки зрения международно-правовых подходов, так и в аспекте внутреннего законодательства. Чего уж говорить о соединении теоретических познаний и наития практика. Такая многоаспектность давала синергетический эффект: профессор практически всегда умел объяснить генезис казуса и предложить пути его разрешения. И это при том, что фундаментальных теоретических книг - за исключением, пожалуй, докторской <4> и примакающей к ней монографии <5> - из под пера В.А. Мусина не вышло. Масштаб личности этого правоведа был такой, что он стал своего рода "лицом юридического Петербурга", успешно

представляя Северную столицу как в других городах нашего Отечества, так и на юридических площадках иных государств.

<2> На сайте юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета отмечается, что В.А. Мусиным опубликовано свыше 260 работ (<http://law.spbu.ru/AboutFaculty/Departments/Grprocess/About.aspx>; дата посещения - 30.01.2018).

<3> Мусин В.А. Избранное. СПб.; М., 2014. С. 444 - 455.

<4> Мусин В.А. Договор морского страхования по советскому и иностранному праву: страхование судов и грузов: Дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1975.

<5> Мусин В.А. Сущность и предмет морского страхования по советскому и иностранному праву. Л., 1971.

На протяжении всей своей карьеры профессор Мусин непрерывно эволюционировал, но это не было развитием "от простого к сложному". Это была эволюция "от сложного к сложному". Валерия Абрамовича интересовал широкий спектр вопросов, что создавало несколько эклектичный строй публикуемых им работ. Однако это было только поверхностное восприятие. Как раз эволюция "от сложного к сложному", от одной независимой крупной юридической проблемы к другой годами создавала целостный подход В.А. Мусина к праву, условность отраслевой дифференциации в мире которого следует признать.

Идеологической же основой его творчества выступало не акцентируемое, но неустранимое влияние государственнического и даже патерналистского подхода к решению экономических и юридических проблем, даже если это касалось так любимого им частного права. Выбор исследуемых тем свидетельствовал об этом: "Правосубъектность предприятий", "Экономические реформы и экономическая политика", "Страхование", "Реформирование морского права", - и в конце жизни - соотношение постановлений Европейского суда по правам человека и актов Конституционного Суда Российской Федерации - проблема, решаемая, конечно, в пользу приоритета отечественного правосудия. Если бы В.А. Мусин жил в XIX в., о нем говорили бы как об ученом-правоведе, давшем обоснование божественному происхождению права. Не знаю, как это будет именоваться в XXI в., но знаю, что это было тем фундаментом, на котором крепилась более локальные правовые истины, к которым профессор обращался в своих публикациях и выступлениях.

Доминирование патернализма, как это ни парадоксально, проявлялось в стремлении Мусина к компромиссу, уходу от конфликта. Материализация этой доминанты имела место в исследовании сферы третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража, теоретические и практические проблемы которых занимали его на протяжении двух с лишним десятилетий жизни.

Мудрец и правоведе убедительно сочетались в нем на равных правах, хотя второе качество было более прагматично, иной раз цинично, требовательно к внутренней и внешней рационализации, особенно в сфере бизнес-права, которым интересовался профессор Мусин. Качества эти - мудрость и приверженность праву - таковы, что вряд ли они могут быть в своей совокупности явлены в людях молодых, не обретших опыта, не соприкоснувшихся со множеством тех, мягко говоря, неурядиц, которые приносят обиды и разочарования. В.А. Мусину удалось соединить эти качества. Мне кажется, что во многом эта "юридическая рационализация", сочетающаяся со способностью "быть иррационально мудрым", и есть основное наследие профессора Мусина. Главное, что следует извлечь из его работ, - это понимание не сверхъестественного, но сложнопостижимого устройства правопорядка, которое необходимо исследовать по законам обыденности.

О В.А. Мусине было высказано суждение, что он "ученый-адвокат" <6>. Это верно, но лишь отчасти. Конечно, он был "ученым-адвокатом", он любил жонглировать противоположными позициями и делал это эффектно. Но главным в нем была не эта интеллектуальная игра, которая, видимо, доставляла ему эстетическое удовольствие. Главное определялось как раз соединением качеств мудреца и правоведа, а такое соединение требует другой оценки. Он был "профессором-судьей" и даже, точнее, "профессором-арбитром", поскольку судья все-таки более безжалостен, нежели арбитр. В В.А. Мусине же было соперничество другому и, как следствие, зримое снисхождение к ошибкам и промахам, за что его

иной раз упрекали.

<6> Иванов А.А. Валерий Абрамович Мусин: https://zakon.ru/blog/2016/12/30/valerij_abramovich_musin (дата посещения - 31.01.2018).

Многоаспектность и разнонаправленность проблем, к которым обращался В.А. Мусин, создают сложности определения главного направления его деятельности.

Можно убедительно доказывать, что основное в работе В.А. Мусина - это участие в создании системы российского морского права и обоснование ее теории. Свидетельство тому - серия работ по морскому праву, подготовленная в 60-е, 70-е, 80-е гг. XX в., а также служба в Центральном научно-исследовательском институте морского флота. Эти работы (вместе с трудами других специалистов по морскому праву) стали основой формирования концепции отечественной системы морского права, получившей свое нормативное воплощение в Кодексе торгового мореплавания СССР 1968 г., а затем в Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г. В дальнейшем В.А. Мусин был активным участником комментирования КТМ. О законодательном воплощении своих идей любой юрист может только мечтать! Совокупность работ В.А. Мусина по морскому праву вполне достойна оценки в качестве исследования, сформировавшего теоретические положения, которые можно квалифицировать как решение научной проблемы, имеющей важное социально-экономическое и хозяйственное значение, внесшее значительный вклад в развитие страны. Другими словами, совокупность этих работ можно квалифицировать как докторскую диссертацию. Однако судьба уготовила иную проблематику для защиты Валерием Абрамовичем докторской.

Вполне резонно прозвучат доводы о том, что "изюминка" В.А. Мусина - страхование. Именно по страхованию профессором была защищена докторская диссертация <7>. Хотя формально диссертация посвящена морскому страхованию, основное ее значение определяется важнейшими положениями, развивающими общую правовую теорию страхования. В частности, В.А. Мусин обосновал доктрину суброгации как разновидности сингулярного правопреемства. Диссертант провел демаркационную линию между регрессом и суброгацией. Развивая свою теорию, автор доказывал, что суброгация имеет место не только в страховых, но и в иных правоотношениях. Впоследствии законодатель воспринял позицию В.А. Мусина и реализовал ее в действующем законодательстве (ст. 965 ГК).

<7> Мусин В.А. Договор морского страхования по советскому и иностранному праву.

Сложно спорить с аргументами о том, что Валерий Абрамович был дока в сфере инвестиционного и внешнеэкономического права. Начиная с середины 1980-х гг., с того момента, когда перестройка открыла советским компаниям двери на западные рынки, В.А. Мусин и в учебной, и в научной работе скрупулезно занимается вопросами трансграничного экономического права и инвестиционной деятельности. В университетской сфере это нашло выражение в разработанном и читаемом на протяжении нескольких десятилетий спецкурсе "Внешнеторговые сделки и связанные с ними споры" (начиналось же все с учебного пособия, изданного в ЛГУ в 1986 г. <8>). Что касается изложения соответствующих воззрений на бумаге, то результатом стала совместная с Н.М. Кропачевым основательная книга, ориентированная на иностранных инвесторов и выдержавшая несколько изданий на русском, английском и китайском языках <9>.

<8> Мусин В.А. Международные торговые контракты. Л., 1986.

<9> Musin V.A., Kropachev N.M. Russian Law in Brief: Digest for foreign investors. SPb., 2012.

Внимание профессора В.А. Мусина к вопросам международного права сделало его авторитетным специалистом в этой области <10>. Вполне весомы суждения тех, кто отводит важнейшее место в юридической деятельности В.А. Мусина сформированной им доктрине, обосновывающей приоритет публичного порядка Российской Федерации перед нормами международного права. Апофеозом этой

доктрины стал доклад Валерия Абрамовича "Роль российских судов в имплементации общих мер, рекомендуемых Европейским судом по правам человека", который был сделан на проходившей в Санкт-Петербурге в октябре 2015 г. Международной конференции "Совершенствование национальных механизмов эффективной имплементации общих мер, рекомендуемых Европейским судом по правам человека". Доктрина В.А. Мусина фактически была воспринята Конституционным Судом Российской Федерации <11>.

<10> Достаточно упомянуть о том, что одним из лучших специалистов в области международного права В.А. Мусина называл Президент Российской Федерации. См.: Геворкян Н., Тимакова Н., Колесников А. От первого лица. Разговоры с Владимиром Путиным. М., 2000. С. 40.

<11> Постановление КС РФ от 14.07.2015 N 21-П "По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней", пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы Государственной Думы".

Для меня же профессор В.А. Мусин - это идеолог и последовательный адепт укоренения в России частноправовых инструментов разрешения споров. В начале 1990-х гг. в отечественной юрисдикционной жизни существовала элитарная группа юристов, связанная с идеологическим и практическим обеспечением арбитража. Однако это был международный коммерческий арбитраж, который в весьма ограниченных рамках поддерживался официальными властями. Одним из немногих (а может быть, даже единственным) петербуржцев, "допущенных" в эту сферу, был В.А. Мусин. Несмотря на свою причастность к этой элите, он, как только в 1990-х гг. появилась возможность говорить о внутреннем третейском разбирательстве, активно начал вести этот разговор. Нужно иметь в виду, что вопросы внутренних третейских судов особо не интересовали представителей элитарного клуба международных арбитражников. Однако В.А. Мусин взялся за исследование внутреннего третейского разбирательства с тем же интересом, который сопровождал его обращение к цивилистическим проблемам. Помимо практической деятельности, связанной с разбирательством споров в Третейском суде при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате, в которой он был бессменным председателем на протяжении 20 с лишним лет, им было подготовлено множество статей по самым разным аспектам, касающимся как внутренних, так и международных третейских судов. В упомянутом списке трудов В.А. Мусина насчитывается более 30 работ, так или иначе посвященных альтернативным способам разрешения правовых споров. Начиная со второй половины 90-х гг. XX в. В.А. Мусин высказался почти по всем значимым проблемам третейского разбирательства. В списке его достижений останутся статьи, в которых как с теоретической точки зрения, так и в практическом аспекте проанализированы основные институты "третейского права": природа арбитражного соглашения <12>; обеспечение иска <13>; проблема правопреемства в третейском разбирательстве <14>; рассмотрение третейскими судами споров о правах на недвижимое имущество <15>; субъекты третейского разбирательства <16>; взаимодействие третейских и государственных судов <17>; исполнение решений третейских судов <18>.

<12> Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. N 4 С. 29 - 40; Он же. О пределах действия третейского соглашения // Третейский суд. 2009. N 3. С. 46 - 52.

<13> Мусин В.А. Третейские суды и проблема обеспечения иска // Хозяйство и право. Приложение. 1999. N 9. С. 25 - 29.

<14> Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте.

<15> Мусин В.А. Рассмотрение споров о праве собственности на недвижимость третейскими судами

// Арбитражные споры. 2005. N 3. С. 227 - 234.

<16> Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде // Арбитражные споры. 2008. N 3. С. 145 - 154; Он же. О привлечении соответчиков и замене ответчика в третейском судопроизводстве // Третейский суд. 2008. N 4. С. 113 - 117; Он же. Стороны спора в третейском суде // Арбитражные споры. 2009. N 4. С. 141 - 146; Он же. Доверенность в третейском разбирательстве // Арбитражные споры. 2010. N 3. С. 155 - 162.

<17> Мусин В.А. О взаимоотношениях арбитражных и третейских судов // Арбитражные споры. 2004. N 1. С. 89 - 104; Он же. К вопросу о разграничении подведомственности гражданско-правовых споров между государственными и третейскими судами // Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. **Liber amicorum** в честь профессора Л.Н. Галенской / Под ред. С.В. Бахина. СПб., 2007.

<18> Мусин В.А. О некоторых процессуальных вопросах, связанных с исполнением решений третейских судов // Арбитражные споры. 2006. N 3. С. 163 - 170; Он же. Некоторые вопросы исполнения решений международного коммерческого арбитража на территории Российской Федерации // Актуальные проблемы науки гражданского процесса. СПб., 2003; Он же. О некоторых основаниях для отказа в исполнении решения международного коммерческого арбитража // Международный гражданский процесс. СПб., 2003; Он же. Противоречие публичному порядку как одно из оснований для отказа в принудительном исполнении решений международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2003. N 6. С. 82 - 86; Он же. О некоторых вопросах, связанных с признанием и исполнением в России решений иностранных государственных и третейских судов // Арбитражные споры. 2011. N 2. С. 135 - 142.

В конце 80-х гг. XX в., когда два титана ленинградской процессуальной школы - профессора Н.А. Чечина и Д.М. Чечот - устали от трудностей администрирования, классический цивилист В.А. Мусин, что оказалось для многих неожиданным, был призван администрацией факультета возглавить кафедру гражданского процесса. Трудно сказать, что подвигло В.А. Мусина так резко сменить направление своей деятельности. Было ли это следствием той нездоровой обстановки, которая долгие годы царила на разрываемой непреодолимыми конфликтами кафедре гражданского права ЛГУ или, напротив, переход из области цивилистики в процессуальную сферу был очередным качественным скачком - результатом поисков в новой реальности, "эволюционированием от сложного к сложному"? Это время в жизни профессора совпало с ростом общественной потребности в правовом обеспечении бизнеса вообще и международного товарообмена в частности и созданием юридической фирмы. Именно в это время появилась новая учебная дисциплина и новая сфера научного знания - предпринимательское (коммерческое) право. В ЛГУ соответствующими вопросами занималась кафедра коммерческого права, которая была создана главным образом усилиями А.А. Собчака. После миграции профессора А.А. Собчака в политику В.А. Мусин с большой долей вероятности мог бы возглавить эту кафедру. Однако, став заведующим кафедрой гражданского процесса до ухода А.А. Собчака с юрфака, он продолжал сохранять дружеские отношения с коммерциалистами на протяжении всей жизни. Эта дружба имела самые разные проявления, включая участие В.А. Мусина в создании учебника, подготовленного коллективом кафедры коммерческого права <19>.

<19> Коммерческое (предпринимательское) право: В 2 т. / Под ред. В.Ф. Попондопуло. 5-е изд. М., 2016 (гл. 18 "Государственное регулирование внешнеторговой деятельности" т. 1 подготовлена В.А. Мусиным).

Таким образом, теория процесса и судебная практика соединились в его повседневной деятельности. И это принесло успех. Возможно, что Валерий Абрамович исчерпывающе представлял себе, что право в России - гораздо более значительная вещь, чем все мы думаем. Вероятно, такое понимание было главным, чем он обладал.

Мне необыкновенно повезло. Я познакомился с ним в 1983 г. Ну как познакомился... Познакомился, как знакомятся студенты, подходя к профессору в перерывах между лекциями, чтобы спросить о непонятном. В 1980-х и начале 1990-х гг. он был, пожалуй, главным на юрфаке по доступу к "щелочке в железном занавесе". Именно он приоткрывал завесу над тем, что происходило "там". И в дальнейшем, во всей университетской жизни, он был где-то рядом. Он не прятался, не отказывал в совете нам, постигающим законы права и уверенно глядящим в светлое будущее. Его трудно было застать в

одиночестве. Вокруг всегда было движение: приходили аспиранты, шелестели рукописные страницы проектов статей, вручались увесистые тома монографий, адвокаты и чиновники требовали уединения. Профессор Мусин при этом всегда оставался открытым: готов был поделиться нужными сведениями, дать совет по конкретной проблеме, указать того, к кому необходимо обратиться, и подсказать, как это сделать. В этом смысле он был кладом для тех, кто искал право. Много раз пройдя и огонь, и воду, и медные трубы, Валерий Абрамович остался Человеком.

Когда мы говорим о другом, мы размышляем о себе. И наоборот, когда мы думаем о себе, мы сравниваем свои поступки с теми моделями поведения, которые предложены другими. Поэтому я приведу три воспоминания о В.А. Мусине, которые составляют значимые точки моего профессионального мироощущения.

Первое. Осенью 1983 г. во время лекции по римскому праву я услышал неповторимую модуляцию голоса Валерия Абрамовича, вещающего на знакомо-незнакомом языке о неких суперфициях, фидуциях, виндикациях, кондикциях... Завораживало все: от неповторимой манеры чтения лекции до загадочности содержания услышанного. Лекции по римскому праву, прочитанные профессором Мусиным (кажется, это был первый семестр первого курса), ввели меня в мир юриспруденции вообще и в мир частного права в частности.

Второе. 1986 - 1987 гг. - последние курсы университета, когда профессор Мусин поведал нам, студентам, приходившим на его спецкурс, о загадочном феномене - третейском суде и о том, как на юрфак приходили два поспоривших между собой режиссера, не желающих обращаться в государственный (тогда - народный) суд, с тем, чтобы избрать из числа профессуры третейских судей, которые могли бы разрешить их спор. Меня очень впечатлила эта история. Возможность разрешения спора с юридически значимыми последствиями, но без участия государства - это казалось абсолютно невероятным. Рассказ В.А. Мусина был первым в моей жизни упоминанием о третейских судах как механизме разрешения споров. Не знаю, что это были за режиссеры, какова была судьба спора, было ли проведено третейское разбирательство, но с годами частный арбитраж стал главным предметом моей профессиональной деятельности.

И наконец, третье. Последний раз я видел профессора Мусина на заседании диссертационного совета по гражданскому праву. Возникла дискуссия о решении казуистичного процедурного вопроса. Валерий Абрамович, предлагая свое решение, начал его словами: "Давайте поступим так, как велит высшая правовая ценность - справедливость". Так и остался он у меня в памяти как носитель высшей ценности юриста, Профессор...

О.Ю. Скворцов,
профессор кафедры коммерческого права СПбГУ,
председатель правления Российского центра содействия
третейскому разбирательству, член редакционного совета
журнала "Третейский суд",
доктор юридических наук

Глава 1. ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

1.1. Специфика международного коммерческого арбитража

Арбитраж представляет собой частноправовой (не государственный) механизм разрешения правовых споров. Это означает, что государство не имеет непосредственного отношения к его созданию и деятельности. Арбитраж создается частными лицами для разрешения частноправовых (гражданско-правовых) споров, которые разрешаются вне государственной судебной системы. Однако при этом допускается, что принудительное исполнение арбитражных решений осуществляется с использованием поддержки со стороны государственных судов. Стороны, прибегающие к арбитражу, в подавляющем большинстве случаев самостоятельно избирают третейских судей, хотя иногда допускается и назначение арбитров компетентными органами арбитража либо государственными судами. Кроме того, сторонам предоставлена возможность определять правила проведения арбитража, что в значительной степени расширяет возможности арбитражного исследования и оптимизирует арбитражные процедуры.

Таким образом, принципы арбитража предоставляют сторонам возможность существенно влиять и контролировать процесс арбитражного спора, главным образом в части организации арбитража. Кроме того, в отличие от государственного правосудия, третейское разбирательство осуществляется по общему правилу на началах конфиденциальности. Все это является одной из главных причин, объясняющих, почему стороны готовы обращаться за разрешением спора к арбитражу, а не к государственным судам.

Если говорить о международном коммерческом арбитраже, то его популярность предопределяется тем обстоятельством, что, в отличие от государственного суда, он может преодолеть узконациональный подход к разрешению спора, вытекающего из транснациональных экономических отношений, которые, конечно, требуют учета этой специфики. Национальный государственный суд зачастую вызывает недоверие у стороны, которая не принадлежит этому правопорядку. В этом смысле международный коммерческий арбитраж видится более нейтральным форумом, который способен обеспечить беспристрастное рассмотрение спора.

К достоинствам международного арбитража относят и то, что его решения носят обязательный и, как правило, окончательный характер. Это влечет важное практическое последствие. Арбитражное решение не может быть обжаловано в апелляционном, кассационном или надзорном порядке в государственном суде. Государственные суды по общему правилу не вправе пересматривать решение арбитража по существу. Это значительно экономит время сторон, хотя, конечно, порождает риск, связанный с невозможностью исправить ошибку, которую может допустить арбитраж при принятии решения. Тем не менее для предпринимателей оказывается очень важным такой фактор, как скорое рассмотрение спора, что позволяет им пренебречь риском судебной ошибки, который, впрочем, как показывает практика, не очень велик.

Еще одним преимуществом международного коммерческого арбитража является то, что арбитрами выступают, как правило, известные в мировом сообществе юристы. Это также способствует доверию к такому третейскому суду и является своего рода гарантией качества того решения, которое принимается арбитражем. Однако главное достоинство международного арбитража - возможность его принудительного исполнения в различных юрисдикциях на основе Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

1.2. Понятие международного коммерческого арбитража

Понятия "арбитраж", "арбитр" происходят от лат. **arbiter** - третейский судья. Эти понятия - "арбитр/третейский судья", "арбитраж/третейский суд" - используются в научном и практическом обороте как синонимы.

Российская терминология усложняется применением понятий "арбитраж" и "третейский суд" как в качестве синонимов, так и в существенно разных значениях. При этом "арбитраж" в российской современной правовой традиции имеет два значения: 1) государственный суд, рассматривающий экономические споры (арбитражный суд); 2) третейский суд вообще и международный коммерческий арбитраж в частности.

Существующая разногласия в системе понятий побуждает российских юристов заниматься анализом контекста, в котором употребляется понятие "арбитраж" ^{<1>}, с тем, чтобы приведенные понятия соответствовали тому значению, которое придается им в конкретном случае. Впрочем, на практике особых сложностей с пониманием значения не возникает.

^{<1>} См., например: Кульков М.А. Возможно ли принятие в России обеспечительных мер в ходе ведения дела в зарубежном арбитраже? // Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: постатейный, научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 402 - 404. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2.)

Также для обозначения международного коммерческого арбитража в различных источниках можно встретить понятие "трибунал". Нужно иметь в виду, что это понятие используется и по отношению к государственным судам, хотя и не очень часто.

И наконец, применительно к арбитражу употребляется понятие "суд", использованное российским законодателем даже как составная часть понятия "третейский суд". Попытки оспорить использование понятия "суд" в отношении арбитража не нашли одобрения со стороны наднациональных судебных инстанций. В частности, ЕСПЧ указал на то, что слово "суд" не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный механизм государства <2>. Таким образом, применение понятия "суд" по отношению к арбитражу в целом укоренилось, но с оговоркой, что он не входит в государственную судебную систему.

<2> Постановления ЕСПЧ от 28.06.1984 по делу **Campbell & Fell v. The United Kingdom**, от 08.07.1986 по делу **Lithgow and others v. The United Kingdom**, от 16.12.2003 по делу **Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A. v. The Portuguese Republik**.

Подытоживая вышеизложенное, можно констатировать, что многозначность понятия "арбитраж" давно отмечается юристами, занимающимися проблемами третейского разбирательства <3>, однако такая многозначность не является серьезным препятствием для выявления смысла этого понятия в конкретном контексте.

<3> Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3 т. М., 2001. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. С. 43.

В международной доктрине и в международном законодательстве слово "арбитраж" используется в четырех значениях. Во-первых, под арбитражем понимается альтернативный государственному метод (способ) разрешения споров. Именно таким образом рассматривается арбитраж в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН (см. резолюции N 40/72 от 11 декабря 1985 г. и N 61/33 от 4 декабря 2006 г.).

Во-вторых, арбитраж означает частный (негосударственный) институциональный юрисдикционный орган, рассматривающий международные частноправовые споры.

В-третьих, понятие "арбитраж" используют для обозначения конкретного состава третейского суда, рассматривающего транснациональный частноправовой (коммерческий) спор в рамках институционального арбитража или арбитража **ad hoc** (такое определение дается понятию "арбитраж" в п. "А" ст. 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ).

В-четвертых, понятие "арбитраж" используется для обозначения надгосударственного юрисдикционного органа, рассматривающего публично-правовые споры между государствами.

В российском законодательстве слово "арбитраж" имеет еще одно значение. Это слово употребляют для усеченного обозначения государственных судов, рассматривающих экономические споры.

С принятием Закона об арбитраже уже на законодательном уровне зафиксировано двойное значение понятия "арбитраж". Основной смысл понятия состоит в следующем: "Арбитраж" как синоним "третейского разбирательства" - процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом".

Следует иметь в виду, что каждое из понятий, составляющих общий термин "международный коммерческий арбитраж", может иметь различные значения. В связи с этим имеет смысл разобрать значение понятий "международный" и "коммерческий".

Итак, каково же значение понятия "**коммерческий**" в термине "международный коммерческий арбитраж"?

В целом международные нормативные акты ориентируют на либеральное толкование понятия "коммерческий". Вместе с тем сохраняется разница между собственно коммерческим арбитражем и арбитражем, рассматривающим гражданско-правовые споры (т.е. споры, не имеющие коммерческого

характера; такими спорами могут быть, например, споры из семейно-брачных отношений; спортивные споры, не имеющие коммерческого характера; споры о наследстве и др.).

Зачастую в международных договорах при толковании понятия "коммерческий" делается отсылка к национальному законодательству. Так, например, при подписании Женевской конвенции большинство государств сделало оговорку о том, что при ее применении они исходят из понятия "коммерческие/торговые споры", сформулированного в законодательстве своего государства. Таким образом, международное законодательство является диспозитивным в толковании понятия "коммерческий", оставляя его на усмотрение конкретного государства, присоединившегося к международному договору.

Если обратиться к одному из авторитетных источников "мягкого" регулирования арбитража, то можно обнаружить, что основной текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже не содержит определения понятия "коммерческий". Такое определение дано в примечаниях к основному тексту. Типовой закон ЮНСИТРАЛ рекомендует широко трактовать понятие "коммерческий". Это понятие включает все отношения, которые имеют коммерческую природу. При этом не имеет значения, опосредует ли соответствующие отношения контракт либо в их основании лежат иные юридические факты. Юридико-технический прием, который использован в Типовом законе ЮНСИТРАЛ для определения понятия "коммерческий", состоит в перечислении ряда наиболее распространенных в международном товарообмене сделок. Так, в Законе указывается на следующие коммерческие сделки: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене товарами или услугами; соглашения о распределении; торговое представительство; факторинговые операции; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; лицензирование; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным и автомобильным дорогам. Этот перечень, конечно, не носит исчерпывающего характера.

В качестве коммерческих отношений рассматриваются как договорные, так и внедоговорные отношения (например, отношения, связанные с неосновательным обогащением, или деликтные отношения).

То обстоятельство, что понятие "коммерческий" в Типовом законе ЮНСИТРАЛ дано в примечаниях к основному тексту, свидетельствует о том, что составители этого акта оставили наполнение данного понятия содержанием на усмотрение национального законодателя, который руководствуется местными традициями и законами, определяющими, что такое "коммерческий оборот".

Необходимость формулирования понятия "коммерческий арбитраж" возникла прежде всего в его соотношении с понятием "арбитраж гражданско-правовых споров".

В большинстве случаев арбитраж ориентирован на разрешение коммерческих споров. Отсюда и его наименование - международный коммерческий арбитраж. Вместе с тем международные коммерческие споры лишь разновидность, хотя и значительная, частных споров. Вполне возможны иные частноправовые споры, не подпадающие под понятие коммерческого спора. Возможны споры между лицами различной национальной принадлежности о наследстве, семейные споры, трудовые споры и т.д. Все эти дела по своей правовой природе являются частными спорами, однако их нельзя отнести к международным коммерческим спорам.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ не содержит указаний на различия между гражданским и коммерческим арбитражем, но исследователи указывают на необходимость следовать такому разграничению <4>. Объясняется это нуждами практического характера. В то же время и при регулировании арбитража национальным законодательством, которое, как правило, более детально регламентирует этот институт, законодатель иной раз отказывается от дифференцированного подхода к коммерческому и гражданскому арбитражу.

<4> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard; J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 36.

Одной из нарастающих тенденций развития международного арбитража является возникновение специализированных арбитражей, которые рассматривают частноправовые, но не коммерческие споры. Наиболее известным арбитражем такого рода является Спортивный арбитражный суд (Court of Arbitration for Sport), штаб-квартира которого находится в Лозанне (Швейцария) <5>; его отделения имеются также в США и в Австралии. Кроме того, в период проведения крупных соревнований создаются непостоянные трибуналы этого суда. Спортивный арбитраж рассматривает как споры коммерческого характера, так и споры, возникающие из трудового договора спортсмена. С точки зрения содержания исковых требований Спортивный арбитраж рассматривает как имущественные, так и дисциплинарные (споры о дисквалификации) конфликты.

<5> О деятельности этого суда см.: Бриллиантова А.М., Кузин В.В., Кутепов М.Е. Международный спортивный арбитраж. М., 2002; Беляев С.А. Спортивный арбитражный суд в Лозанне: основные вопросы организации и деятельности // Третейский суд. 2005. N 1. С. 92 - 106; Он же. Некоторые размышления по поводу решения Федерального суда Швейцарии от 27 мая 2003 года // Международный коммерческий арбитраж. 2005. N 4. С. 161 - 169.

Помимо Спортивного арбитража, являющегося наиболее крупным третейским судом в сфере спорта, создаются и национальные спортивные арбитражи, которые рассматривают спортивные споры как национального масштаба, так и международного. Так, МКАС при ТПП РФ рассматривает споры в режиме спортивного арбитража. В том случае, если хотя бы одна из сторон третейского разбирательства находится за границей, в том числе спортсмен - гражданин РФ, являющийся стороной третейского разбирательства, постоянно проживает на территории иностранного государства, а также при рассмотрении споров предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споров между их участниками, а равно их споров с другими субъектами права Российской Федерации, Спортивный арбитраж МКАС осуществляет свою деятельность в режиме международного коммерческого арбитража в соответствии с Законом о МКА.

Еще один вопрос, требующий уяснения, касается соотношения международного коммерческого арбитража и арбитража по рассмотрению межгосударственных споров. В доктрине мы найдем утверждения о том, что третейское разбирательство международных публично-правовых споров заимствовано международным правом из сферы частного арбитража <6>. Так это или нет, сейчас установить сложно, но вполне определенно то, что мировой практике известны ситуации, когда третейские суды создаются для разрешения публично-правовых споров. Такие споры могут носить самый разноплановый характер: от споров о принадлежности территорий до споров о правилах торговли.

<6> Таубе М.Х. История зарождения современного международного права. Харьков, 1899. Т. 2. С. 32.

В западной литературе можно встретить квалификацию таких механизмов разрешения споров в качестве смешанного международного арбитража, под которым понимается своего рода гибрид между арбитражем, рассматривающим публично-правовые споры, и международным коммерческим арбитражем <7>.

<7> Wuhler N. Mixed Arbitral Tribunals // Encyclopedia of Public International Law (Bernhardt). 1981. Vol. 1. P. 142 - 146; Toope S.J. Mixed International Arbitration: studies in arbitration between states and private persons. Cambridge, 1990.

Одним из первых опытов смешанного арбитража стал арбитраж, созданный в 1794 г. по Договору Джея. В рамках этого международного арбитража рассматривались споры по претензиям, подаваемым гражданами США и подданными Великобритании <8>.

<8> Newcomb J.T. New Light on Jay's Treaty // American Journal of International Law. 1934. Vol. 28. P. 685 - 692.

Особое развитие смешанные арбитражи приобрели в XIX в. Такие арбитражи создавались государствами с целью компенсационных выплат тем лицам, которые пострадали в результате военных действий или революционных событий. Исследователи насчитывают до 80 подобного рода арбитражей <9>.

<9> Boczek B.A. Historical dictionary of international tribunals. London, 1994. P. 155 - 158.

Широкое распространение арбитражи, разбирающие споры между государствами, получили в XIX в. <10>. Как правило, инициаторами их создания выступали США, заключавшие соответствующие договоры с находящимися в процессе обретения независимости южноамериканскими государствами, а также с некоторыми государствами Европы <11>.

<10> Голубев Н.Н. Международные третейские суды XIX века. Очерки теории и практики. М., 1903. С. 6 - 12.

<11> Камаровский Л.А. О международном суде. М., 2007. С. 144 - 145.

Сильный импульс развитию смешанных арбитражей был придан после Первой мировой войны: 14 европейских государств, Япония и Таиланд создали 36 смешанных арбитражей, целью которых было урегулирование разногласий, возникших при возмещении ущерба, причиненного в ходе военных действий Германией и ее военными союзниками физическим и юридическим лицам. Правовой основой для таких арбитражей стали мирные договоры, подписанные государствами-победителями с Германией, Австрией, Венгрией, Болгарией и Турцией.

Создание смешанных арбитражей имело место и после Второй мировой войны на основании мирных договоров 1947 г. <12>.

<12> Попков А.Н. Смешанный международный арбитраж и его правовая природа // Белорусский журнал международного права и международных отношений. 1999. N 3. С. 25 - 33.

Одним из примеров арбитражного разрешения торговых споров между государствами является механизм разрешения споров, созданный во Всемирной торговой организации. Споры, разрешаемые в ВТО, после обязательных переговорных процедур передаются на рассмотрение Органу по разрешению споров. Если примирения в рамках обязательных консультаций достичь не удалось, то создается третейская группа, выбор арбитров в которую осуществляется самими сторонами в ходе довольно непростой процедуры. После формирования третейская группа разрешает спор в соответствии со сложным процессом, который регламентирован в документе, именуемом "Договоренность о процедуре разрешения споров". Процедуры разрешения споров допускают правила о том, что решения третейской группы подлежат утверждению Органом по разрешению споров, а также возможность апелляционного обжалования принятого решения. Таким образом, по своей правовой природе орган, разрешающий спор в рамках ВТО, представляет собой арбитраж, несудебный юрисдикционный орган.

Вместе с тем этот арбитраж не является международным коммерческим арбитражем, хотя и рассматривает экономические (в том числе и торговые) споры. Это объясняется тем, что спорящими сторонами выступают не частные субъекты международного товарообмена, а публичные субъекты, обладающие государственным суверенитетом. Подчиняясь этому арбитражу, государства ограничивают собственный суверенитет и обязуются исполнять решения, принятые третейской группой в рамках ВТО, и, таким образом, подчиняются международному публичному праву.

В настоящее время наиболее широко известен смешанный арбитраж - Постоянная палата третейского суда в Гааге (Permanent Court of Arbitration). Этот суд был учрежден в 1899 г. Его особенностью является то, что он принимает к рассмотрению не только межгосударственные споры публично-правового характера, но и споры, возникающие из международных коммерческих отношений.

Теперь рассмотрим значение понятия "**международный**".

Характеристика арбитража в качестве интернационального или международного может быть обусловлена множеством факторов, каждый из которых свидетельствует о международном аспекте спора. Эти факторы могут относиться к участникам спора, арбитражу, месту разрешения спора и т.д. В литературе выделяются следующие факторы, влияющие на характеристику коммерческого арбитража как международного: национальность или domicilio арбитра (арбитров); национальность сторон; domicilio, место нахождения компаний, принадлежащих участникам спора; другие факторы, относящиеся к существу спора (такие как место подписания контракта, место исполнения обязательств, место нахождения спорного имущества); национальность или место нахождения штаб-квартиры арбитражного института; место арбитража; место исполнения арбитражного решения; право, применимое к арбитражным процедурам; право, применимое к материальным отношениям сторон <13>. Если один или несколько указанных факторов имеют место в коммерческом арбитраже, то такой арбитраж следует считать международным.

<13> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 46 - 47.

В свое время в английском праве была сформулирована теория экстерриториальной юрисдикции, которая позволяла английским государственным судам вторгаться в арбитражное разбирательство, которое проходило за пределами Англии. На этот счет было сформулировано ироничное, но точное замечание: "Международный арбитраж в Лондоне означал арбитраж на английском языке, с английскими арбитрами, английскими советниками и солиситорами, на основании английской стандартной формы контракта, по английскому материальному и процессуальному праву" <14>.

<14> Видер В.В. Из Флоренции в Лондон через Москву и Нью-Дели: как и почему мигрируют арбитражные идеи // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. N 1. С. 58.

Использование субъективного критерия при характеристике арбитража основано на том, что субъекты спора являются лицами различной государственной принадлежности. Если спорящие субъекты оказываются лицами одной национальной принадлежности, однако имеют разное гражданство и проживают в различных государствах, то в этом случае есть все основания говорить о том, что спор имеет международный характер.

Весьма популярной в последние годы стала теория деллокализации арбитража. В ее основе лежат воззрения относительно объективно происходящих процессов все большей универсализации арбитража, выхода его за рамки национальных правопорядков. В доктрине этому явлению дается объяснение с точки зрения автономизации арбитража как инструмента межнациональной юрисдикции, все больше и больше выходящей из сферы воздействия национального права.

Наиболее последовательный сторонник этой теории, известный специалист по арбитражу Е. Гайар изложил свои взгляды в виде доктрины арбитражного правового порядка <15>.

<15> Gaillard E. Legal Theory of International Arbitration. Leiden, 2010.

Теория деллокализации дает ответ на вопрос о пределах действия иностранного арбитражного решения в национальном правопорядке. Генезис этой доктрины - в теории кумулятивности, которая формулирует положения о пределах действия решений иностранных судов и предполагает, что такое решение имеет силу только до тех пределов, где действует аналогичное решение, вынесенное в

государстве, где испрашивается признание и исполнение решения <16>.

<16> Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 390 - 391.

Суть теории делокализации арбитража состоит в том, что при отмене арбитражного решения по месту его принятия его юридическая сила не утрачивается в тех случаях, когда такая отмена имела место по основаниям нарушения международного (не национального) публичного порядка. Под таковым понимается система норм, регулирующих арбитраж автономно от национального права.

Различные государства по-разному подходят к регулированию, с одной стороны, международных коммерческих арбитражей, а с другой стороны, внутренних третейских судов.

Дуализм международных коммерческих арбитражей и внутренних третейских судов в значительной степени предопределен объективными факторами, а в некоторых случаях обусловлен субъективной волей законодателя, которая, в свою очередь, диктуется национальными правовыми традициями.

Юристы при помощи определенных критериев (хотя зачастую весьма спорных) выделяют международные коммерческие суды и внутренние третейские суды. Такое разделение находит отражение и в законодательстве, причем как в международном праве, так и в российских законах. Впрочем, в то же время нет никаких юридико-технических препятствий к тому, чтобы на уровне единого внутреннего законодательства регулировать деятельность как международных коммерческих арбитражей, так и внутренних третейских судов. В связи с этим в юридической литературе высказываются критические суждения о нетождественном правовом режиме для внутренних третейских судов и международных коммерческих арбитражей <17>.

<17> Новиков Е.Ю. К вопросу о правовой природе третейского разбирательства // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002 - 2003. N 2 / Под ред. В.В. Яркова. СПб., 2004. С. 310.

В этой критике есть определенные резоны. Действительно, возьмем простейший пример. Почему, спрашивается, международные коммерческие арбитражи, действующие на территории Российской Федерации, в определенных случаях могут разрешать споры при четном количестве судей, в то время как для внутренних третейских судов установлена императивная норма, предписывающая рассматривать споры исключительно в составе из нечетного количества судей? Рационального объяснения такой разницы в правовом режиме деятельности международных коммерческих арбитражей и внутренних третейских судов нет. Таких неоправданных различий довольно много. Конечно, приведенный пример покажется частным, несущественным. Вместе с тем различия в правовом регулировании внутренних и международных третейских судов в массе своей накапливаются и влекут качественные изменения в правовых режимах деятельности этих судов. Очевидно, что с юридико-технической точки зрения устранить такие различия наиболее удобно путем принятия единого законодательного акта, регулирующего деятельность обеих разновидностей третейских судов. Однако было бы неоправданно не учитывать и существующую разницу в деятельности международных коммерческих арбитражей и внутренних третейских судов, ту разницу, которая требует внимания со стороны законодателя при формулировании конкретных правил третейского разбирательства.

Опыт различных государств свидетельствует о том, что решение данной проблемы возможно в рамках существующих правовых традиций данного государства, причем без видимого ущерба для организации третейского разбирательства. Так, к примеру, в Англии, Финляндии, Швеции существуют единые законодательные акты, регулирующие деятельность как международных, так и внутренних третейских судов (коммерческих арбитражей). Хотя и в этих государствах принятие единого законодательства, устанавливающего унифицированные правовые основы для деятельности третейских судов, не прошло гладко. Например, в Англии при принятии закона "Об арбитраже" (1996) шли дискуссии о том, нужны ли два закона, регулирующих третейское разбирательство, либо достаточно ограничиться одним законом об арбитраже. В результате этих дискуссий был достигнут своего рода компромисс. Законодатель принял один закон, регулирующий деятельность как международных, так и

внутренних третейских судов (арбитражей), однако в этом законе есть специальные положения, посвященные особенностям функционирования внутренних коммерческих арбитражей <18>.

<18> Содерлунд К. Законы об арбитраже Англии, Швеции и России. Сравнительный анализ // Законодательство и экономика. 2004. N 4. С. 94 - 99.

В России, как уже подчеркивалось, деятельность международных коммерческих арбитражей и внутренних третейских судов регламентирована различными законами. Обусловлено это целым рядом особенностей исторического развития третейского (арбитражного) разбирательства в нашем государстве. При отказе от концепции единого закона о третейских судах, по свидетельству профессора А.А. Костина, "принимались во внимание не соображения, как было бы лучше с точки зрения теории, а факторы целесообразности и прагматизма" <19>.

<19> Костин А.А. Соотношение законов "О международном коммерческом арбитраже" и "О третейских судах в Российской Федерации" // Третейский суд. 2003. N 4. С. 33.

Итак, как правило, третейское разбирательство распадается на два направления. В то же время, несмотря на дуализм третейских судов и третейского процесса, таковые характеризуются внутренним сущностным единством. Единые закономерности определяют развитие различающихся по формальным признакам видов третейских судов.

В Законе о третейских судах (утратившем свою силу) и в Законе об арбитраже (ныне действующем) отсутствуют признаки, которые бы позволили четко разграничить внутренний третейский суд и международный коммерческий арбитраж. Однако такое разграничение можно сделать по "остаточному принципу": все, что не является международным коммерческим арбитражем (а признаки такового зафиксированы в Законе о МКА), есть внутренний третейский суд.

Справедливо было бы отметить и то обстоятельство, что, несмотря на специфику международных коммерческих арбитражей, их значимые отличия от внутренних третейских судов, вопросы нормирования деятельности как тех, так и других есть не что иное, как вопросы юридической техники. Опыт самых разных государств свидетельствует о том, что урегулирование деятельности международных коммерческих арбитражей и внутренних третейских судов с успехом может осуществляться как посредством единого нормативного акта, так и при помощи двух законов. Вместе с тем особенности юридико-технического характера при регулировании деятельности международного коммерческого арбитража, с одной стороны, и внутреннего третейского суда, с другой стороны, в какой-то момент становятся самодовлеющими и влекут определенного рода проблемы в практической деятельности. Так, наличие двух различных законов обуславливает необходимость разграничения компетенции внутренних третейских судов и международного коммерческого арбитража. Это продиктовано значимыми различиями в правовом режиме третейского разбирательства в международном коммерческом арбитраже и во внутреннем третейском суде. Важен и субъективный фактор в оценке третейского разбирательства. Как заметила Е.А. Виноградова, "сохраняющиеся отличия в восприятии и в практике обращения к институту так называемого внутреннего третейского суда не позволили применить единые правила юридической техники при регламентации процедурных, процессуальных правил третейского разбирательства" <20>.

<20> Виноградова Е.А. От согласования правовых основ третейского разбирательства к их единообразному применению // Третейский суд. 2003. N 3. С. 65.

В настоящее время российское законодательство разграничивает компетенцию между двумя указанными разновидностями третейских судов, основываясь на критериях субъектного состава лиц, участвующих в третейском разбирательстве, и характера спорного правоотношения. Причем эти критерии сформулированы в Законе о МКА. Так, в соответствии с п. 3 ст. 1 указанного Закона в международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры сторон, возникающие из

гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

Для определения правового статуса иностранного юридического лица важным оказывается определять не столько страну принадлежности иностранного инвестора, сколько то обстоятельство, что таковой учрежден не по праву Российской Федерации. При этом необходимо отметить, что международное частное право оперирует различными коллизионными критериями для определения государственной принадлежности того или иного юридического лица, например критерием места его учреждения, критерием основного места осуществления предпринимательской и коммерческой деятельности или критерием места нахождения. Российская официальная доктрина исходит из критерия учреждения юридического лица (в соответствии с п. 1 ст. 1202 ГК РФ личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо).

Практика международного коммерческого сотрудничества свидетельствует о том, что все большее распространение получают неправосубъектные (квазисубъектные) образования, которые тем не менее выступают в качестве инвесторов, а следовательно, гипотетически могут быть участниками споров, передаваемых на разрешение в международный коммерческий арбитраж. Общий подход российского законодателя к определению статуса таких образований заключается в том, что к деятельности иностранных организаций, которые не являются юридическим лицом по иностранному праву, если применимым является российское право, применяются правила, регулирующие деятельность юридических лиц, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа отношения (ст. 1203 ГК РФ). Однако вполне резонно возникает вопрос о том, какие же нормы российского законодательства должны быть применимы к регулированию деятельности и статуса таких неправосубъектных образований, если не ясны критерии отнесения их к тем или иным разновидностям юридических лиц по российскому закону. В то же время в данном случае, видимо, следует согласиться с И.В. Елисеевым, который пишет, что "простое сравнение признаков такой организации и российских юридических лиц вряд ли поможет сделать обоснованный выбор: ведь их число очень велико, а смысловая нагрузка различна. Видимо, судебной-арбитражной практике придется определить наиболее значимые, существенные признаки каждой из организационно-правовых форм отечественных юридических лиц с тем, чтобы сопоставление с ними иностранной организации могло иметь с точки зрения права существенное значение" <21>.

<21> Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2002. Ч. 3. С. 240 (автор комментария - И.В. Елисеев).

Очевидно, что для констатации статуса организации как предприятия с иностранными инвестициями необходимы критерии формального характера. Если предположить, что иностранный субъект приобрел одну акцию российского акционерного общества, уставный капитал которого разделен на 10 млн акций, то с формальной точки зрения юридическое лицо обладает статусом организации с иностранными инвестициями. Однако формальный контроль не всегда отвечает тем целям, которые преследует законодатель, устанавливая те или иные правовые статусы или правовые режимы.

Федеральный закон "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ не содержит четкого критерия, который позволял бы однозначно определять, что та или иная организация является предприятием с иностранными инвестициями. В литературе сформулированы предложения, которые позволяли бы определять такой критерий (так называемый критерий контроля). Так, Н.Г. Доронина пишет: "Если контроль над национальным предприятием осуществляет иностранное юридическое лицо, то указанное национальное юридическое лицо (предприятие) для целей регулирования иностранных инвестиций может быть отнесено к понятию "иностранная инвестиция" <22>. Собственно, на этом соображении и построена теория прямых иностранных инвестиций <23>, которая в той или иной степени реализована в российском законодательстве. Теория прямых иностранных инвестиций основывается на экономической сущности отношений по поводу участия в коммерческой

организации. Суть подхода заключается в том, что если приобретение пакета акций (долей участия) в коммерческой организации позволяет контролировать деятельность такой организации (назначать должностных лиц, оказывать влияние на принятие решений и т.д.), то такие инвестиции необходимо квалифицировать как прямые иностранные инвестиции. В литературе отмечается, что "отличить отношения по осуществлению прямых иностранных инвестиций от обычных гражданско-правовых сделок по импорту необходимого для предприятия-реципиента инвестиций оборудования, сырья и т.д. можно только на основании критерия преследуемой иностранным инвестором цели - установление контроля над предприятием-реципиентом. Таким образом, на наш взгляд, с юридической точки зрения решающим фактором для определения прямых иностранных инвестиций является признак приобретения инвестором не менее 10% голосующих акций" <24>.

<22> Доронина Н.Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М., 2000. С. 13.

<23> Nwougugu E. The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries. Manch, 1965. P. 4.

<24> Силкин В.В. Прямые иностранные инвестиции в России: правовые формы привлечения и защиты. М., 2003. С. 52.

Этот вывод основывается на констатации необходимости признания потребности в формальных критериях, позволяющих определять, что же такое прямые иностранные инвестиции. Вследствие этого в мировой практике, с учетом многолетнего опыта, прямыми иностранными инвестициями признается сосредоточение в одних руках 10% голосующих акций организации. Именно так, например, определяет критерий контроля Организация экономического сотрудничества и развития <25>. В то же время различные государства при формулировании внутринациональных критериев определения того, что такое прямые иностранные инвестиции, используют собственные подходы. Так, во Франции этот критерий выше - 20% и более голосующих акций.

<25> Shihata I. MIGA and Foreign Investment. La Hague, 1988. P. 23.

В российском праве ситуация иная. В соответствии со ст. 2 ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" под прямыми иностранными инвестициями понимается приобретение иностранным инвестором не менее 10%-ной доли, долей (вклада) в уставном (складочном) капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории Российской Федерации в форме хозяйственного товарищества или общества. Еще раз подчеркнем, что сама по себе квалификация иностранных инвестиций в качестве прямых не означает того, что организация признается "предприятием с иностранными инвестициями" и на нее автоматически распространяется режим действия Закона о МКА. Вместе с тем критерий "прямые иностранные инвестиции" может быть использован как ориентирующий для определения того, что предприятие обладает необходимыми признаками организации с иностранными инвестициями, что можно использовать в практике международного коммерческого арбитражирования на территории Российской Федерации.

Вышеизложенные суждения о статусе предприятий с иностранными инвестициями оказываются весьма важными с точки зрения разграничения арбитрабельности спора между внутренним третейским судом и международным коммерческим арбитражем. Подчеркнем, что нет никаких препятствий к тому, чтобы спор с участием иностранных инвесторов при наличии определенных условий был рассмотрен внутренним третейским судом. Однако и в этом случае внутренний третейский суд, установив, что субъектом спорных правоотношений является предприятие с иностранными инвестициями, обязан при осуществлении судебных процедур руководствоваться Законом о МКА, который, как известно, в ином правовом режиме регламентирует процесс третейского разбирательства, нежели Закон об арбитраже.

Особенности урегулирования деятельности международных коммерческих арбитражей и внутренних третейских судов связаны с целым рядом обстоятельств, обусловивших то, что в России действуют два закона, которые устанавливают два правовых режима для деятельности этих институтов. К числу таких обстоятельств относится то, что международные коммерческие арбитражи на всем протяжении

существования Советского государства занимались активной деятельностью, в то время как внутренние третейские суды получили реальное развитие только в начале 90-х гг. XX столетия. Поддержка со стороны государства международного коммерческого арбитража привела к развитию сильных коммерческих арбитражных учреждений (МКАС при ТПП РФ, МАК при ТПП РФ), к участию в их работе авторитетных юристов, которые занимались теоретической разработкой фундаментальных вопросов международного коммерческого арбитражного разбирательства и реализовывали свои научные разработки в практической деятельности при разрешении споров в международных коммерческих арбитражах, в том числе и за рубежом. Деятельность внутренних третейских судов, исчисляя свою современную историю всего лишь четвертью века, сопровождается теоретическими исследованиями и опытом практического правоприменения, которые идут в фарватере опыта международного коммерческого арбитражного разбирательства.

Как уже неоднократно указывалось, вопрос о применении международного арбитражного разбирательства как способа разрешения споров с участием резидентов Российской Федерации регламентирован в Законе о МКА. Этот Закон, в свою очередь, основан на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ и Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Значение Типового закона определяется тем, что его форма "призвана обеспечить гармонизацию национальных законов о третейском суде и одновременно послужить основой для гармонизации и унификации законов не только о международном коммерческом арбитраже, но и о так называемом внутреннем третейском суде" <26>. Кроме того, на Закон о МКА сильное влияние оказала Нью-Йоркская конвенция 1958 г. Одной из задач современного развития законодательства является синхронизация национального законодательства о международном коммерческом арбитраже с установленными на международном уровне стандартами <27>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<26> Арбитражный процесс: Учебник. М., 2003. С. 637 (автор главы - Е.А. Виноградова).

<27> Комаров А.С. Нью-Йоркская конвенция 1958 года как фактор, способствующий развитию международной торговли и инвестиционного сотрудничества // Третейский суд. 2004. N 1. С. 7.

Длительное развитие арбитражного разбирательства в различных государствах привело к формированию двух основных моделей арбитража. В основе различий между двумя этими концепциями находится степень взаимодействия между государственными судами и коммерческим арбитражем. Первая концепция была сформирована в государствах с традициями общего права (Common Law Concept of Arbitration). Отличительной особенностью этой модели является наличие у государственных судов широких контрольных полномочий по отношению как к решениям, которые принимаются арбитражами, так и к порядку их образования и функционирования. Государственные суды, по сути, обладают правом апелляционного пересмотра решений арбитража. При этом проверка решений арбитража осуществляется с точки зрения правильного применения как норм процессуального, так и материального права. Более того, государственный суд вправе проверять мотивы решения арбитража и обладает широкими полномочиями в отношении проверяемого решения: он вправе принять новые решения, направить дело в арбитражный суд на новое рассмотрение, изменить решение арбитража. Арбитражное законодательство, сформированное на основе этой модели арбитража, укоренено в праве Англии, а также в некоторых африканских и азиатских государствах, следующих английской правовой традиции.

Вторая модель арбитража именуется "частноправовой концепцией арбитража" (Civil Law Concept of Arbitration). Эта доктрина была реализована в государствах, придерживающихся континентальной системы права (Нидерланды, Бельгия, Испания, Франция). Она стала основой для моделирования ряда международно-правовых актов - Типового закона ЮНСИТРАЛ, Панамской конвенции 1975 г., а также законов государств, законодательство которых базируется на этих актах (государства Латинской Америки; ближневосточные государства; те азиатские и африканские государства, законодательство которых развивалось под влиянием французского права). Арбитраж, основанный на частноправовой концепции, в меньшей степени зависим от государственных судов, которые не вправе пересматривать решение арбитража по существу, даже если арбитраж неправильно применил нормы материального права

(исключение составляют случаи пересмотра решений арбитража в связи с нарушением публичного порядка). Контроль за арбитражем со стороны государственных судов ограничивается проверкой основных процессуальных правил, а также норм, обеспечивающих фундаментальное право стороны на судебную защиту. Арбитраж, основанный на частноправовой концепции, допускает разрешение споров по справедливости (**ex aequo et bono**). Особенностью рассмотрения споров в данном случае является право арбитров - дружеских посредников (**amiable compositeurs**) - при принятии решения обращаться не столько к правовым нормам, сколько к представлениям о справедливости.

В то же время следует отметить конвергенцию двух типов арбитражного разбирательства, их постепенное сближение. Каждая из моделей арбитража заимствует апробированные практикой черты у другой модели. Этому способствует и ускорение товарообмена в международных отношениях.

1.3. Виды международного коммерческого арбитража (институциональный арбитраж и арбитраж *ad hoc*)

Выделение отдельных видов арбитража обусловлено существенными особенностями и качественно отличающимися чертами организации третейского разбирательства. На протяжении длительного времени развития третейских механизмов разрешения споров выкристаллизовывались две основные формы арбитражного разбирательства - **постоянно действующие арбитражные учреждения** (постоянно действующие третейские суды, или институционный арбитраж) и **третейские суды, создаваемые для разрешения конкретного спора** (арбитраж *ad hoc*, или изолированный арбитраж). Каждая из указанных форм арбитражного разбирательства предоставляет сторонам, заинтересованным в разрешении спора, свои удобства и преимущества. Равным образом и институционный третейский суд, и арбитраж для рассмотрения конкретного спора обладают определенными недостатками. В каждом конкретном случае стороны, избирая механизм разрешения спора, учитывают множество факторов.

Российский Закон о МКА, равно как и международно-правовые акты, не содержит определения ПДАУ. Однако такое определение сформулировано в Законе об арбитраже, который регулирует образование и деятельность внутренних третейских судов. В Законе об арбитраже сказано следующее: постоянно действующее арбитражное учреждение - это подразделение некоммерческой организации, выполняющее на постоянной основе функции по администрированию арбитража (п. 9 ст. 2). В целом это определение применимо и к международному коммерческому арбитражу с одной поправкой, касающейся правосубъектности третейского суда. Если в отношении национальных третейских судов не допускается их существование как самостоятельных юридических лиц, то применительно к иностранным арбитражам статус их полной правосубъектности допускается.

ПДАУ еще именуют институциональным/институционным арбитражем (третейским судом), поскольку они обладают институцией, т.е. устойчивой, постоянно функционирующей инфраструктурой, обеспечивающей их деятельность.

Институциональный арбитраж действует на той материальной и финансовой базе, которая предоставлена учредившей его организацией. В этом и состоит одно из главных его преимуществ по сравнению с арбитражем *ad hoc*. Деятельность институционального арбитража носит регулярный характер. К разрешению споров привлекаются арбитры, находящиеся в списке арбитров этого третейского суда (в случае если список закрытый, то только включенные в него арбитры), или арбитры, не включенные в список, но избранные сторонами (в том случае, если список арбитров открытый). Арбитрам и сторонам спора удобнее институциональный арбитраж и по той причине, что нет необходимости организовывать финансовые потоки, связанные с уплатой арбитражных расходов. В институциональном арбитраже финансовые вопросы определены действующими регламентами, прогнозируемы и не требуют специальной организации. Все эти факторы способствуют предсказуемости развития арбитражного разбирательства, которое осуществляется на базе отлаженного механизма.

Так же как в Законе о МКА отсутствует понятие ПДАУ, не найдем мы там и правовых норм, содержащих дефиницию арбитража *ad hoc*. Однако и в этих целях мы можем обратиться к нормам российского Закона об арбитраже, регулирующего деятельность внутренних третейских судов. Сформулированное в этом Законе определение удовлетворительно и для понимания арбитража *ad hoc*, рассматривающего спор из международных экономических отношений.

Под арбитражем **ad hoc** понимается третейский суд, образованный сторонами для разрешения конкретного спора, другими словами, третейский суд, осуществляющий арбитраж при отсутствии администрирования со стороны ПДАУ (за исключением возможного выполнения ПДАУ отдельных функций по администрированию конкретного спора, если это предусмотрено соглашением сторон арбитража) (п. 17 ст. 2 Закона об арбитраже). После завершения арбитражного разбирательства и принятия арбитражного решения третейский суд **ad hoc** прекращает свою деятельность.

В доктрине делаются попытки представить и иные определения понятия арбитража **ad hoc**. Так, саратовские исследователи говорят о том, что арбитраж **ad hoc** - это условное название физического лица (физических лиц), которому по соглашению сторон поручается организация третейского разбирательства по рассмотрению и разрешению конкретного спора <28>. В целом это определение правильное, однако, как нам представляется, сделан излишний акцент на термине "физическое лицо", что несколько "деюридизирует" формулируемое понятие.

<28> Балашов А.Н., Зайцев А.И., Зайцева Ю.А. Третейское разбирательство в Российской Федерации. М., 2008. С. 35.

Поскольку третейские суды **ad hoc** создаются для рассмотрения единичного спора, то с его разрешением они прекращают свое существование.

Помимо прочего специфика арбитража **ad hoc** состоит в том, что для обеспечения процессуальной деятельности такого третейского суда должны быть сформулированы (или заимствованы) специальные правила. Поскольку инициатива создания судов **ad hoc** лежит исключительно на лицах, вступивших в спор, то на них же лежит и бремя определения процессуальных правил, на основании которых будет действовать суд **ad hoc**. В литературе отмечается, что "преимущество арбитража **ad hoc** заключается в том, что процессуальные правила могут быть подобраны индивидуально к каждому конкретному случаю. В то же время третейский суд, созданный для разрешения конкретного спора, обладает и определенными недостатками перед постоянно действующим третейским судом. Эти недостатки обусловлены тем, что в случае нежелания сторон сотрудничать в разрешении спора эффективность третейского суда, созданного для разрешения конкретного спора, резко снижается. Кроме того, если в процессе разбирательства дела в арбитраже **ad hoc** возникают проблемы (например, при назначении арбитров), то их решение будет, как правило, относиться к компетенции государственных судов, которые зачастую имеют лишь небольшой опыт в рассмотрении арбитражных дел" <29>.

<29> Либшер К. Меморандум: как правильно договариваться о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 201. См. также: Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2001. С. 105 - 106.

С принятием Закона об арбитраже на территории Российской Федерации были установлены существенно различающиеся правовые режимы деятельности институционального арбитража (ПДАУ) и арбитража **ad hoc**, которые касаются и деятельности международного коммерческого арбитража. Это проявляется в следующем:

- 1) арбитраж **ad hoc** не вправе рассматривать корпоративные споры;
- 2) арбитраж **ad hoc** не вправе обращаться к компетентному государственному суду за содействием в получении доказательств;
- 3) стороны не вправе заключать соглашения, которые предусматривают окончательный характер решений арбитража **ad hoc**, что допускает возможность отмены решений арбитража **ad hoc** по более широкому кругу оснований, нежели у институционального арбитража.

Важное значение имеет и та разница, которая сопровождает процедуру легитимации международного коммерческого арбитража в России. Такая легитимация осуществляется в соответствии с ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже. Иностранное арбитражное учреждение признается ПДАУ при условии

получения им права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения. Такое право предоставляется актом Правительства РФ на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ. При принятии решения о предоставлении этого права учитывается репутация иностранного арбитражного учреждения, которая должна быть широко признанной в международном сообществе.

Если иностранное арбитражное учреждение не получило права на осуществление функций ПДАУ, принятые им решения на территории Российской Федерации рассматриваются как арбитражные решения, принятые третейским судом **ad hoc**.

Таким образом, современное отечественное регулирование устанавливает гораздо более широкий спектр возможностей деятельности институционального третейского суда, нежели арбитража **ad hoc**. Это в полной мере относится и к международному коммерческому арбитражу.

Третейский суд **ad hoc** создается для разрешения одного спора и, соответственно, не имеет определенного места расположения. Его место нахождения, равно как и место рассмотрения спора, а также место принятия арбитражем решения определяются соглашением спорящих сторон либо самим третейским судом. При этом должен быть учтен фактор удобства для сторон и иные обстоятельства, влияющие на быстрое, эффективное и экономичное разрешение спора.

В арбитраже **ad hoc** бремя организации финансов лежит либо на сторонах, либо на арбитрах. С одной стороны, это уменьшает расходы на администрирование арбитража, как это имеет место в институциональном арбитраже, а с другой - сложности, связанные с организацией судебных расходов в отсутствие отлаженной системы, могут нивелировать это преимущество.

В отечественной литературе отмечается, что международная тенденция сближения институционального арбитража и арбитража **ad hoc** нашла свое отражение и в России <30>. Эта тенденция представляется в некоторой степени объективно predetermined, хотя в конечном итоге и не должна снять демаркационную линию, разделяющую две указанные формы третейского разбирательства, которые нашли отражение в законодательстве. Это объясняется разными возможностями, которые предоставляют различные формы рассмотрения и разрешения споров, возникающих между участниками международного коммерческого товарообмена.

<30> Богуславский М.М. Современные тенденции расширения сферы действия институциональных арбитражных судов // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2002. С. 50.

В то же время одна из задач помощи судам **ad hoc** заключается в разработке арбитражных регламентов, рекомендуемых для этой разновидности третейских судов. Такая деятельность нашла свое воплощение в арбитражных регламентах, разработанных под эгидой ООН: 1) Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы (январь 1966 г.); 2) Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока (апрель 1966 г.); 3) Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ <31>.

<31> См.: Лебедев С.Н. Избранные труды по международному коммерческому праву, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / Сост. А.И. Муранов. М., 2009. С. 241 - 294.

Для деятельности российских судов **ad hoc** полезна та практика, которая наработана международными судами **ad hoc**. В частности, разнообразная практика международного коммерческого арбитража сформирована арбитражами **ad hoc**, действующими в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ <32>. Этот регламент помогает в значительной степени сократить процессуальные сроки и обеспечить выход из сложной ситуации в случае, когда ответчик затягивает назначение своего арбитра или когда два арбитра не могут достигнуть согласия относительно

кандидатуры председателя <33>. Как справедливо отмечает Б.Р. Карабельников, данный регламент "позволяет сочетать предсказуемость решения процедурных проблем, характерную для институциональных арбитражей, с организационной самостоятельностью и гибкостью арбитражей **ad hoc**" <34>.

<32> Об истории работы над Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ см.: Никифоров И.В. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году): Рабочая тетрадь. М., 2015.

<33> Шмиттгофф К.М. Арбитраж **ad hoc** и институционный арбитраж // Экспорт: право и практика международной торговли / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 1993. С. 345.

<34> Карабельников Б.Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений: Науч.-практ. комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. М., 2001. С. 22.

1.4. Арбитраж и правосудие

Общеизвестно положение о том, что третейские суды не являются элементом государственной системы судов. Тем более это касается международного коммерческого арбитража. Однако при этом третейские суды являются элементом юрисдикционной системы, организованной в государстве. Юрисдикционную функцию в конкретном национальном правовом порядке выполняют и международные коммерческие арбитражи, если принимаемые ими решения затрагивают права и обязанности резидентов этого государства либо правовой режим имущества, находящегося в этом государстве.

Правосудие в Российской Федерации осуществляется государственными судами, которые образованы в соответствии с Конституцией РФ и ФКЗ от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации". Правосудие представляет собой одно из начал осуществления государственной власти и потому не может принадлежать частному лицу. Ценность права на судебную защиту обусловлена особым местом судебной власти в системе разделения властей и ее прерогативами по осуществлению правосудия.

В то же время каждый вправе защищать свои права и свободы способами, не запрещенными законом. Одним из таких общепризнанных способов в современном обществе является обращение в третейский суд.

Наиболее рельефно идея о третейском разбирательстве как правосудии проявилась в связи с принятием Конституционным Судом Российской Федерации известного Постановления N 10-П от 26 мая 2011 г., хотя попытки соответствующей постановки вопроса имелись и ранее <35>.

<35> См., например: Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" (постатейный) / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. М., 2003. Предисловие, комментарий к ст. 1; Дементьев О.М. Третейский суд в системе правосудия // Третейский суд. 2003. N 4. С. 102. В зарубежной литературе также встречается точка зрения о третейском процессе как правосудии. См.: Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. М., 1961. Ч. 3. Арбитраж. С. 47.

КС РФ, давая оценку институту третейского разбирательства, справедливо указал на то, что третейские суды не входят в судебную систему государства. Основываясь на этом постулате, КС исходил из того, что третейские суды не осуществляют правосудия, прерогатива реализации которого принадлежит только государственным судам. В Постановлении N 10-П КС, однако, указал, что это не означает, что "Конституция Российской Федерации исключает тем самым возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов, действующих в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями. Наделение заинтересованных лиц правом по своему усмотрению обратиться за разрешением спора в государственный суд в соответствии с его компетенцией,

установленной законом, или избрать альтернативную форму защиты своих прав и обратиться в третейский суд расширяет возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота. Обладая свободой договора при заключении соглашения о передаче спора на рассмотрение третейского суда, стороны спора добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного суда. В таких случаях право на судебную защиту, которая должна быть полной, эффективной и своевременной, обеспечивается возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд, в частности путем подачи заявления об отмене решения третейского суда либо о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение".

В особом мнении, формально оппонировав указанному Постановлению, судья К.В. Арановский высказал идею о правосудном характере третейского разбирательства, которая покоится на философско-юридическом постулате примата права над государством, отрицании исключительности государства в отправлении правосудия, признании роли гражданского общества в использовании юридических механизмов для обеспечения справедливости, свободы и права <36>. По мнению К.В. Арановского, отношения между правом и государством таковы, что государство должно праву подчиниться. При этом право может себя осуществлять не только через институты государственности, но и помимо них. Одним из таких негосударственных институтов, через который реализуется право, является институт арбитражного разбирательства.

<36> Мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации К.В. Арановского // Третейский суд. 2011. N 4. С. 93 - 98.

Развитие этой идеи создает условия для окончательного укоренения института третейского разбирательства в российской юрисдикционной системе <37>.

<37> См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство как правосудие: этап развития новых идей в связи с Постановлением Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 года N 10-П // Третейский суд. 2011. N 4. С. 89 - 92.

Глава 2. ИСТОРИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

Международный коммерческий арбитраж - это универсальное культурное и правовое явление, далеко выходящее за рамки отдельных эпох, экономических формаций, государств и континентов. Он основан на идее "суда равных" (**judicium parium suorum**), решению которого стороны подчиняются добровольно; возник одновременно с международной торговлей и на протяжении тысячелетий следовал за ней, являясь одним из инструментов ее защиты и саморегулирования. Не случайно каменные стелы, глиняные таблички и папирусы с текстами арбитражных соглашений и решений арбитров были обнаружены вдоль важнейших торговых маршрутов древности, а богатейшие коллекции документов об арбитраже встречаются в архивах городов, в разные эпохи являвшихся центрами мировой и региональной торговли (Афины, Стамбул, Каир, Венеция, Амстердам, Лондон).

В настоящей главе будет показана не только древность международного коммерческого арбитража, но и непрерывность его существования до настоящего времени, подтверждаемая сохранившимися юридическими документами и материалами междисциплинарных исследований по истории, археологии, экономике и лингвистике. Это позволит критически переосмыслить и опровергнуть распространенные в юридической литературе тезисы о том, что история третейских судов начинается только в III - II вв. до н.э. (В.А. Никифоров) <1> или даже в XI - XII вв. (Д.Л. Давыденко, Т.С. Елисеева, В.В. Комаров) <2>, а становление международного коммерческого арбитража приходится на начало XX в. Столь упрощенный взгляд на развитие частной юрисдикции, возможно, обусловлен недостаточным знакомством исследователей с древнейшей историей предмета и фрагментарным изложением в крупнейших монографических исследованиях исключительно основных вех в истории коммерческого арбитража <3>, вне правового и социально-экономического контекста. В некоторых случаях приводится только очерк истории национального правового регулирования международного коммерческого арбитража в отдельно взятых странах <4>, в результате чего для читателя цельное явление (международный коммерческий арбитраж) распадается на отдельные сюжеты, упорядоченные только хронологически <5> либо

географически. Может возникнуть неверное представление о "дискретности" в генезисе и эволюции данного института, приводящее к выводам о том, что арбитраж в разных обществах "изобретался заново", вне связи с другими странами и эпохами, позволяющее тиражировать ошибочный тезис о том, что коммерческий арбитраж "впервые появился в Древней Греции", а затем "вышел из употребления" и "появился в Европе в XII в. с развитием ярмарок". При таком изложении ученые совершенно упускают из виду универсальность института арбитража, позволявшую применять его в различные эпохи и при всех экономических формациях, а также причины этой универсальности и непрерывности его существования, такие как генетическая связь международного арбитража с трансграничной торговлей <6> и взаимодополняющий характер правосудия и арбитража как двух основных способов разрешения коммерческих споров.

<1> Никифоров В.А. Международный коммерческий арбитраж в системе третейских судов: история и современное состояние: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 6 - 7; 10 - 12.

<2> Д.Л. Давыденко и Т.С. Елисеева датируют возникновение коммерческого арбитража в Европе XI - XII вв. в связи с появлением профессии купцов, а В.В. Комаров - с рассмотрением споров между купцами на средневековых ярмарках и при осуществлении торговли на Балтийском море; причем развитие и законодательства об арбитраже, и арбитражной практики В. Комаров датирует... XVIII в.(!). См.: Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых споров (по праву России и некоторых зарубежных стран): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004; Он же. Общность между примирительными процедурами и третейским судом // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: Сб. ст. М., 2012. С. 65; 192 - 201; Елисеева Т.С. Развитие института медиации в отечественном праве: историко-правовой анализ // Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 5. Юриспруденция. 2015. N 3. С. 78 - 83; Комаров В.В., Погорецкий В.Н. Международный коммерческий арбитраж. Харьков, 2009. С. 7 - 8.

<3> В фундаментальных работах, посвященных арбитражу и экономическому правосудию, от А.И. Вицына (1856) и до О.Ю. Скворцова история развития третейского суда представлена фрагментарно (упоминание о ярмарочных и купеческих судах в Средние века), а книга А.Ф. Волкова является скорее серией очерков по истории торгового арбитража в разных странах, чем исследованием генезиса и эволюции данного института, которая к тому же устарела из-за введения в научный оборот массы новых источников и появления новых методов научной критики. См.: Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву, историко-догматическое рассуждение. М., 1856. С. 3 - 8; Волков А.Ф. Торговые третейские суды: Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. С. 11 и сл.; Скворцов О.Ю. Проблемы третейского разбирательства предпринимательских споров в России: Дис. ... д-ра. юрид. наук. СПб., 2006.

<4> Ермакова Е.П. Этапы развития международного коммерческого арбитража в странах Латинской Америки // Пробелы в российском законодательстве. 2011. N 5. С. 55 - 58.

<5> Так, читая современную коллективную монографию по истории экономического правосудия, читатель рискует "за деревьями не увидеть леса". Яковлев В.Ф., Семигин Г.Ю. Экономическое (коммерческое) правосудие в России: В 4 т. Т. 1. Зарождение и развитие коммерческого правосудия (XII - XIX вв.) / Науч. консультант акад. В.Н. Кудрявцев; Отв. ред. Л.Н. Алисова. М., 2004.

<6> На эту закономерность обратил внимание О.Ю. Скворцов, говоря, что между предпринимательским (коммерческим) правом и институтом третейского разбирательства существует особая взаимосвязь, которая имеет генетический характер. См.: Скворцов О.Ю. Проблемы третейского разбирательства предпринимательских споров в России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2006.

Между тем коммерческий арбитраж, в том числе международный, развивался и функционировал не как "вещь в себе", а во взаимосвязи с неформальными механизмами урегулирования конфликтов в рамках объединений коммерсантов и "торговых сетей" (внеправовое принуждение) <7>, был инструментом для достижения разумного компромисса, основанного на справедливости и балансе интересов сторон, и таким образом воплощал в себе "невидимую руку рынка" при разрешении споров между коммерсантами. Унифицированные формы и процедуры торгового арбитража между торговцами из различных стран были широко распространены с древнейших времен благодаря:

<7> В Венеции санкция, когда купец бывал "лишен права ходить на Риальто", "означала, как свидетельствуют многочисленные прошения о снисхождении, что он оказывался лишен права заниматься крупной торговлей". См.: Бродель Ф. Материальная цивилизация, экономика и капитализм, XV - XVIII вв. М., 2006. С. 117.

1) формированию региональных рынков, соединенных сетью сухопутных и морских торговых маршрутов;

2) феномену "торговых сетей" ("trade networks") - связанных между собой семейных кланов, землячеств и диаспор из разных торговых центров, представители которых регулярно общались между собой и тем самым быстро распространяли единую практику арбитража из одной страны в другие <8>;

<8> Vanneste T. Global trade and commercial networks. London, 2011. P. 28 - 29. Footnote 72.

3) сводам торговых и морских обычаев, известным как **lex mercatoria** и **lex maritima**.

Закономерности эволюции коммерческого арбитража будут раскрыты и объяснены нами в рамках указанных институтов.

2.1. Арбитраж с древнейших времен до Средневековья

История арбитража неразрывно связана с развитием гражданско-правовых институтов, с одной стороны, и с деятельностью государственных судебных органов (правосудием) - с другой. Третейское разбирательство предшествовало государственным институтам. По мере развития последних арбитраж всякий раз занимал необходимую "нишу" в ситуациях, где "государство не могло своевременно протянуть руку помощи" (А.М. Винавер <9>) либо правосудие оказывалось слишком медлительным ("хромым", как выразился римский поэт Гораций). Такое взаимодействие позволяло не перегружать судебную систему, поскольку государства не обладали достаточным судебным аппаратом для урегулирования всей массы частноправовых конфликтов. Общность интересов власти и гражданского общества довольно рано привела к взаимодействию двух ветвей системы защиты прав и в итоге к их складыванию. Эта система работала вне зависимости от личного вкуса правителей, политической конъюнктуры и социально-экономической формации (рабовладение, феодализм, буржуазная демократия). Сущность такой системы отражает метафора "двойной спирали гражданского процесса" (аналог двойной спирали ДНК), предложенная британским ученым Нилом Эндрюсом <10>.

<9> Винавер А.М. На грани уголовной и гражданской неправды // Антология уральской цивилистики. 1925 - 1989: Сб. ст. М., 2001. С. 79.

<10> Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Пер. с англ.; под ред. Р.М. Ходыкина. М., 2012. С. 474.

Арбитраж существовал задолго до того, как были изданы законы и созданы суды, а судьи сформулировали правовые принципы <11>. Частная юрисдикция по имущественным спорам возникла на ранней стадии развития племенных обществ и определено предшествовала государственной <12>, что иллюстрирует рассказ Геродота об избрании первым царем Мидии Деиока благодаря репутации неподкупного арбитра <13>. Происхождение арбитража, по образному выражению одного ученого, "теряется во мраке древности", однако можно уверенно утверждать, что уже в древнейших государствах Междуречья, Египта и Малой Азии коммерческий арбитраж был уже повсеместно распространен. На это, помимо косвенных доказательств (сюжеты третейского суда в мифах <14> и древнейших литературных памятниках <15>), указывают и сохранившиеся документальные свидетельства, обнаруженные археологами (например, соглашения египетских купцов 2500 - 2300 гг. до н.э. о передаче будущих споров на разрешение независимому арбитру <16>). Поэтому нельзя согласиться с С.Ю. Казаченком в том, что

первые третейские суды в истории человечества возникли в сфере публичного международного общения (в рамках древнегреческих симахий) <17>; скорее всего, эти процессы были параллельными.

<11> Roebuck D. Sources for the History of Arbitration: A Bibliographical Introduction // Arbitration International. 1998. Vol. 14. N 3. P. 237.

<12> Автор первой отечественной монографии о третейском суде А.И. Вицын в 1856 г. отметил: "Все писатели единогласно повторяют, что суд посредников, частных лиц предшествовал суду общественной власти".

<13> Геродот. История: В 9 кн. Л., 1972. I, 96 - 98.

<14> Приведем три известных сюжета: спор Гора и Сета, суд Париса, суд Соломона. Например, в споре Гора и Сета в качестве третейских судей выступали боги, которые должны были примирить непримиримые притязания противников. См.: Лурье И.М. Очерки древнеегипетского права XVI - X веков до н.э. Памятники и исследования. Л., 1960. С. 100 - 101, 112.

<15> Например, спор Идоменея с Аяксом (Гомер. Илиада. XXIII, 485 и сл.).

<16> Born G.B. International Commercial Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 10 - 11.

<17> Казаченок С.Ю. Соглашение об арбитраже в международном частном праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. С. 29 - 30; Она же. Соглашение об арбитраже в системе частноправового обеспечения внешнеэкономических сделок: методология формирования и практика применения: Дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2015. С. 37.

Перед современными исследователями стоит задача воссоздания на основе документов **настоящей** истории коммерческого арбитража во всем противоречии и многообразии вместо привычного "рафинированного" образа античного торгового арбитража, представляющего собой проекцию мифологических сюжетов <18>, эпизодов из "Илиады", речей Демосфена и Цицерона и трактатов Аристотеля. В рамках настоящей главы мы попробуем приблизиться к ее решению в первом приближении и по-новому взглянуть на генезис и развитие международного коммерческого арбитража.

<18> Ануров В.Н. По следам Эвменид (лекция на тему "Третейское разбирательство в греческой мифологии" // Третейский суд. 2012. N 6. С. 144 - 163.

Первые документальные свидетельства существования международного коммерческого арбитража относятся к VIII в. до н.э. Это ассирийские таблицы с текстами решений по спорам, касающимся обращения взыскания на залог (EL 179) и солидарной ответственности торговцев-компаньонов перед иностранцами (EL 328:17-30) <19>, а также греческие пергаменты о третейском разбирательстве спора из долга по торговой сделке. В последнем случае участники спора избрали по взаимному соглашению человека, "сведущего в законах", который выслушал позиции и требования сторон и рассудил их спор <20>. Примечательно, что в этот период, вследствие активности финикийцев, торговля между государствами и племенами Востока и Греции впервые в истории человечества вышла за рамки простого обмена продуктами и стала "всемирной" (охватив все известные цивилизации). Регулярная торговля потребовала справедливого разбирательства и эффективного урегулирования торговых споров, чего монархи и власти полисов не могли обеспечить (в силу слабого знакомства с чужеземными обычаями); финикийские и греческие купцы разрешали взаимные разногласия путем известных им институтов медиации и арбитража <21>.

<19> См.: Veenhof K.R. The Old Assyrian Period // Security for Debt in Ancient Near Eastern Law (Culture and History of the Ancient Near East). Vol. 9 / Ed. by R. Westbrook, R. Jasnow. Leiden; Boston; Köln, 2001. P. 93 - 159; Veenhof K.R. Private Summons and Arbitration among the Old Assyrian Traders // Bulletin of the Middle

Eastern Culture Center in Japan. 1991. Vol. 5. P. 437 - 459.

<20> Roebuck D. Ancient Greek Arbitration. Walters Kluwer, 2001. P. 46.

<21> Kellor F. American Arbitration, Its History, Functions and Achievements. New York, 1948. P. 3.

Возникновение торгового арбитража связано с установлением регулярных торговых контактов. В архаический период стороны, как правило, практиковали "немую торговлю", при которой каждая сторона выкладывала и забирала свои товары, договариваясь о количестве и цене путем конклюдентных действий (например, оставляя золото в уплату за товары на берегу и добавляя его до тех пор, пока продавец не забирал его и не оставлял товар) <22>. Такая предосторожность была оправданной, поскольку торговля еще была неразрывно связана с разбоем и войной <23>, а грань, отделявшая разбойника от торговца, была тонкой <24>. Купец носил меч, чтобы отбиваться от грабителей и диких племен, и он же легко обнажал его, если представлялась возможность легко завладеть чужим имуществом. Нередки были и случаи обращения в рабство самих купцов. Ведь чужак ("гость", лат. **hostis**) изначально был бесправен <25> и мог рассчитывать лишь на собственные силы и оружие. Для того чтобы нормальный торговый обмен мог осуществляться, купцы и местные жители должны были поэтапно преодолеть взаимное недоверие и выработать ритуал взаимодействия, обеспечивающий неприкосновенность и уважение <26>, и, наконец, решить проблему неприкосновенности личности и собственности купца, с одной стороны, и дать гарантии покупателям - с другой. Так появились институт проксении и договоры о взаимной безопасности купцов и послов, которые служили гарантией для торговцев.

<22> Геродот. Указ. соч. IV, 196. Данная форма обмена, характерная для обществ, находившихся на ранней стадии развития государства и права, практиковалась и в Средние века, например, арабскими купцами со славянами, с африканскими племенами и с афганцами и туркменами (Мец А. Мусульманский Ренессанс. М., 1973. С. 376 - 380).

<23> Сергеев В.С. История Древней Греции / Под ред. акад. В.В. Струве и проф. Д.П. Каллистова; Акад. наук СССР. Ленингр. отд. Ин-та истории. 3-е изд. (посмертное), перераб. и доп. М., 1963. С. 110.

<24> Финикийские купцы сочетали торговую деятельность с грабежом, увозя с собой для продажи в рабство женщин и детей, а греческие мореплаватели - герои Гомера - то торговали, то грабили корабли в открытом море и прибрежные поселения.

<25> Например, в архаическом Риме, по выражению С.А. Муромцева, "охрана гражданских прав направлена именно против действий субъектов, но не других лиц, например, рабов или бесправных иностранцев. С этими последними лицами каждый расправляется сам, не стесняясь... юридическими предписаниями, и юридическую регламентацию подобная расправа получает лишь в том случае... когда за иностранцами **начинают признавать гражданское достоинство**" (выделено нами. - **Прим. авт. главы**). См.: Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. Гл. III, § 27. С. 81.

<26> Подробнее об этапах установления доверия см.: Привезенцев А.В. Институт гостеприимства как средство получения стратегической информации // Вестник МГЛУ. 2012. Вып. 2. С. 86.

Проксения стала первой из правовых предпосылок для зарождения международного коммерческого арбитража. Изначально защита торговцев базировалась на общей для всех народов Средиземноморья традиции гостеприимства, согласно которой гостям общины, юридически бесправным в чужом полисе или племени, обеспечивалась неприкосновенность жизни и личного имущества. Сущность института проксении (до VIII в. до н.э.), появившегося с развитием торговых отношений для надлежащего регулирования отношений между гражданами полиса и приезжими, состояла в выдаче иностранцу именного декрета, гарантировавшего ему, помимо личной неприкосновенности, определенные привилегии на территории полиса, в частности право покровительствовать соплеменникам, прибывавшим с торговыми целями в его город, и право представлять их интересы в судах <27>. Благодаря знакомству с обычаями купцов, с одной стороны, и законами места проживания - с другой, проксены принимали на себя функции арбитров. Опыт проксении оказался востребованным в эллинистический период <28>, а в античном Риме аналогичную функцию выполняли **преторы по делам иноземцев (praetor peregrinus)** и

коллегия рекуператоров. Впоследствии, в XI в. н.э. (возможно, под византийским влиянием), из компетенции проксена возник **консульский арбитраж**, популярный среди торговцев в морских портах как минимум с X по XIX в., а суд рекуператоров стал прообразом **постоянно действующих третейских судов** <29>.

<27> Анализ текстов проксенических декретов и письменных источников (Геродот. Указ. соч. V, 92; VI, 86; Демосфен. Речи: В 3 т. М., 1994. LII, 5; 10) позволил выделить наиболее важные обязанности гостеприимцев: хранить переданные деньги и имущество гостя; покровительствовать купцам, прибывавшим с торговыми целями в его город. Проксении могли предусматривать и право проксена ходатайствовать перед местными властями за других метеков, выступать в суде. Георга-Копулос А.А. Правовое регулирование судоходства в государствах Средиземноморья в античный период: историко-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 13 - 14.

<28> Так, в эллинистическом Египте споры с участием иностранцев передавались на рассмотрение наместников провинций (стратегов) с формулировкой "примирить стороны, а если это окажется невозможным, - рассмотреть спор и вынести решение". См.: Roebuck D. Cleopatra Compromised: Arbitration in Egypt in the First Century BC // Arbitration: the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators. 2008. Vol. 74. N 3. P. 263.

<29> Западные юристы-международники видят в рекуперации форму третейского разбирательства. Phillipson C. The International Law and Asten of Ancient Greece and Rome. London, 1911. P. 83 - 87. В отечественной науке (Д.Б. Левин, Э.А. Пушмин) принято считать рекуперацию формой посредничества, т.е. медиации.

Второй предпосылкой развития международного арбитража стал появившийся в VIII в. до н.э. **свод единообразных обычаев морской торговли**, получивший повсеместное распространение под именем "Родосский морской закон" (**lex Rhodia**) и включенный декретом императора Адриана в свод римских законов (D. 14.2.9). Основные положения этого "закона моря" позднее были включены в византийское законодательство, а затем в средневековые сборники морских обычаев. Таким образом, у международного коммерческого арбитража уже на раннем этапе генезиса появилась **автономная правовая база**, "ядро" которой (сделки из морской торговли и мореплавания и связанные с ними правоотношения, в частности принцип общей аварии и правила справедливого распределения убытков) сохранилось в неизменном виде до настоящего времени. Этот поразительный факт выпадает из поля зрения многочисленных "ниспровергателей мифа о **lex mercatoria**" <30>, утверждающих, что до XX в. никакой автономной системы международных торговых обычаев не существовало и отрицающих преемственность между средневековым "правом торговцев" и современными унифицированными обычаями торговли.

<30> Обзор существующих взглядов на **lex mercatoria** см.: Зарубина Н.П., Пустельникова Н.О. **Lex mercatoria** как внесударственное регулирование трансграничных сделок // Ученые заметки ТОГУ. 2014. Т. 5. N 4. С. 880 - 881. См. также: Гаджиев Т.Ф., Казановская Ю.А. **Lex mercatoria**: сравнительно-исторический аспект // Молодой ученый. 2016. N 6. С. 602 - 605.

Итак, в античный период бассейн Средиземного моря стал единым экономическим и культурным пространством ("**Mare Nostrum**"), в рамках которого международный коммерческий арбитраж в силу указанных выше факторов получил повсеместное распространение и даже был институционализирован (в форме суда рекуператоров). Положительную роль здесь сыграло и применение арбитража во всех аспектах жизни античного человека - от разбирательства мелкого бытового спора между рабами ("Третейский суд" Менандра) до урегулирования территориальных претензий между полисами, осуществлявшегося под эгидой религиозных и политических союзов <31>, споров между царями и воинами <32> и даже между олимпийскими богами <33>. Как свидетельствуют судебные речи Исократа и Демосфена, в классический период (V в. до н.э.) среди эллинов в порядке арбитража успешно разрешались и коммерческие споры. Аристотель в "Риторике" советовал, что "охотнее обращаться к третейскому суду, чем к суду публичному, потому что **арбитр заботится о правде, а судья о законе; для того и изобретен третейский суд, чтобы могла торжествовать правда**" (выделено нами. - Прим. авт.

главы) <34>.

<31> Об античной литературной традиции, затрагивающей место арбитража в межполисных отношениях классической Греции см.: Латышев В.В. Очерк греческих древностей. СПб., 1897 - 1899. С. 286 - 287; Курилов М.Э. Спартанская дипломатическая практика в VI - IV вв. до н.э.: Автореф. дис. ... канд. ист. наук. Саратов, 1999.

<32> Спор Менелая и Антилоха. Гомер. Указ. соч. XXIII, 570 - 595.

<33> Ануров В.Н. Указ. соч. С. 144 - 163.

<34> Аристотель. Риторика / Пер. Н. Платоновой // Античные риторики. М., 1978. Кн I. Гл. XIII.

Греческие торговцы часто прибегали к арбитражу в сделках, заключаемых за пределами родных полисов, например в Египте <35>. Античный арбитраж носил договорный характер: стороны могли по взаимному согласию выбрать арбитром любого, кого захотят, и договаривались о том, что готовы подчиниться его решению, каким бы оно ни было, и отказываются от права апеллировать к суду. Однако арбитрами в торговых спорах выступали не просто "добрые", но "сведущие" люди - другие торговцы, а в случаях, требовавших специальных познаний, иные "сведущие в своем деле": инженеры, кораблестроители, мореплаватели. Стороны договаривались, как правило, о выборе одного арбитра, реже - двух, избравших по взаимному согласию третьего (**koinos**). Выбор места арбитража, применимого права и определение предмета спора также осуществлялись по соглашению.

<35> Д. Робэк цитирует папирус 60 г. до н.э., содержащий жалобу должника-египтянина на решение в пользу греческого заимодавца. Roebuck D. Op. cit. P. 263 - 264.

Практика греческих торговцев была позднее заимствована римлянами и распространена ими до самых дальних границ "Римского мира". Расцвет торгового арбитража в Риме связан с двумя факторами, о которых следует сказать особо. Первый - это склонность римлян к частным формам разрешения споров <36>. Древнеримский суд по частным спорам не носил вполне государственного характера, и римская юстиция почти с самого начала пошла по пути третейских судов <37>. Стороны могли обратиться за назначением арбитра к претору либо выбрать его без содействия властей, на основе третейского соглашения (**compromissum**) <38>. Второй фактор - это недоступность судебного процесса для большинства населения Римской республики. Суд применял цивильное право, т.е. право римских граждан, и потому до 212 г. н.э. считался привилегией узкого круга лиц: жителей города Рима и его окрестностей. Для того чтобы согласовать правовые интересы римлян и других жителей Италии и империи, претору пришлось изобретать новые формы судебных исков, которые были основаны на "праве народов" (**jus gentium**), т.е. обычаях других народов, и практике их применения судами и арбитражами в средиземноморских полисах. Так, римское **jus gentium** стало еще одним источником **lex mercatoria** и питательной средой для торгового арбитража.

<36> Некоторые ученые считали, что арбитром в понимании классического периода (Tit. D. 4, 8; C. 2, 56; Gai. IV. 141) был посредник или эксперт, выбранный сторонами или назначенный претором, который рассматривал фактическую сторону спора в противоположность судье, **judex**, который окончательно решал дело "по праву квинтов", и что функции арбитра и судьи соединяются только в результате реформы 294 г., приравнявшей всех судей по частным спорам к арбитрам, однако с этим вряд ли можно безоговорочно согласиться, поскольку Ульпиан (D. 4.8.46) говорит, что "третейский судья может выносить решение (**judiciare arbiter potest**)".

<37> Омельченко О.А. Всеобщая история государства и права: В 2 т. 3-е изд., испр. М., 2000. Т. 1. § 18. Например, Ульпиан, ссылаясь на закон Юлия Цезаря, отмечал, что "для возникновения юрисдикции [арбитра] достаточно соглашения частных лиц" (D. 5.1.2.1).

<38> Исторически **compromissum** был общим обещанием выполнить соглашение, достигнутое при

посредничестве-арбитраже. Khan S.B., Siddiqui S.I. The law of compromise in litigation. Lahore, 2001.

В республиканском Риме около 130 г. до н.э. появился **первый постоянно действующий арбитраж** - суд рекуператоров, рассматривавший споры между римлянами и перегринами <39>. Он представлял собой коллегия арбитров при преторе перегринов, в которую по соглашению сторон передавались споры, требующие скорейшего решения, главным образом с участием иностранцев в качестве одной из сторон. Спор разрешался с применением "права народов", поскольку считалось, что именно им "народы пользуются в их отношениях между собой" (D. 1.1.1.4) <40>, а потому оно идеально подходит для регулирования международной торговли <41>. Решение выносилось в течение 10 дней, процедура была простой и понятной, поэтому суд рекуператоров приобрел огромную популярность <42>. Даже римляне, когда спорили между собой, стремились к такому суду, особенно в императорскую эпоху (Suet. Nero. 17; Vesp. 3; Domit. 8). Лишь с расширением круга римских граждан рекуператорские суды отходят за пределы Италии в провинции, а после 212 г. н.э. исчезают совершенно вследствие уравнивания провинциалов в гражданских правах с италийцами.

<39> Такой вывод можно сделать из монографии В. Саверо. См.: Saverot V. Les recuperateurs (droit romain): L'institution contractuelle (droit **français**). Dijon, 1885. См. также: Кудряшов С.М. Суд рекуператоров по римскому праву // Московский журнал международного права. 1997. N 4. С. 99 - 101.

<40> Фразу Цицерона (Cic. off. III. 69): "То, что является правом народов, должно становиться гражданским", - римские императоры воплотили в жизнь буквально (так положения Родосского морского закона согласно декрету Адриана стали римским законом (D. 14.2.9)).

<41> Meili F. Das Internationale Civil- und Handehrecht. **Zürich**, 1902. § 16. P. 71.

<42> Большинство авторов приходит к выводу, что в древнейший период Римской империи рекуператоры являлись чем-то вроде третейского суда. См.: Любекер Ф. Реальный словарь классических древностей. М., 2001; Baty T. The Difference between Arbitrator in the Roman Sense and Modern Arbitrators // University of Pennsylvania Law Review. 1916 - 1917. Vol. 65. Iss. 8. P. 732 - 736.

Римляне вообще считали арбитраж чрезвычайно удобным способом разрешения споров (Cic. Pro. Tullio. XXIII. 53) <43>. На популярность арбитража повлияла и традиция родового арбитража, перенесенная на масштабы государства: римский отец семейства традиционно выступал арбитром в спорах членов **familia**, включая вольноотпущенников и клиентов между собой и с третьими лицами. В римских домах существовали даже специальные комнаты - табулярии, использовавшиеся для арбитража, где стороны в специально отведенные дни могли урегулировать спор, не прибегая к формальному судебному процессу <44>. Решения арбитра, ставшего третейским судьей, находились под защитой римской власти. Арбитраж совершался при свидетеле, скреплявшем решение своей печатью <45>, - обычай, который сохранился в средневековом праве. Исполнение арбитражных решений изначально базировалось на соглашении о неустойке (**compromissum sub poena**), в соответствии с которым стороны третейского соглашения взаимно обязывались исполнять добровольно решение третейского суда под угрозой уплаты заранее оговоренного денежного штрафа <46>.

<43> Неудобство судебного процесса заключалось, помимо его сложности, еще и в том, что в нем неминуемо одной из сторон предстояло потерять спонсионную сумму, в то время как при арбитраже никаких пенальных взысканий не полагалось. Поэтому к судебному процессу перестали прибегать, как только претором было разрешено обеим сторонам требовать арбитра в делах, возникавших на основании интердиктов. См.: Марк Туллий Цицерон. Полное собрание речей в русском переводе / Пер. В.А. Алексеева, Ф.Ф. Зелинского. СПб., 1901. Т. 1.

<44> Meyer E.A. Legitimacy and law in the roman world. Tabulae in Roman Belief and Practice. New York, 2004. P. 28.

<45> Cic. Pro Flacco. XXXVI. 89.

<46> David R. Arbitration in International Trade. Kluwer Law International, 1984. P. 84 - 85.

Сначала выбор арбитра осуществлялся магистратом в формуле, впоследствии - по соглашению сторон. Титул VIII "О принятии на себя обязанностей третейского судьи: да вынесут решения те, кто принял на себя третейское разбирательство" четвертой книги Дигест Юстиниана отражает результат такой эволюции. По торговым спорам магистрат назначал или предлагал сторонам выбрать арбитра, поскольку считалось, что рассмотрение этих споров требует специальных познаний. Третейский судья назначался в таких спорах, где требовалось предпринять оценку имущества и проверить счета, например при исках из договора товарищества (**actio pro socio**) (см. 1 38 pr. D. 17, 2). Так римлянами была изобретена разновидность арбитража, известная в современном праве как "**арбитраж-экспертиза**" <47>.

<47> Подобный арбитраж применялся не для окончательного разрешения спора с точки зрения права, а для установления определенных фактов с целью прекращения спора, в частности для проверки счетов (1. 50. D. 35, 1. 1. 5 § 1 D. 40, 1) и определения размера взаимных обязательств (1. 9. 10. D. 2, 8. 1. 5 § 25 D. 25, 3).

Следы международного торгового арбитража, основанного на античных моделях, встречаются на всей территории Римской империи вплоть до ее падения <48>, а затем в Византии (Дигесты Юстиниана), откуда они могли быть заимствованы арабами и итальянцами. К началу Средних веков международный коммерческий арбитраж уже сформировался как культурное и правовое явление. Из важнейших достижений первого периода следует выделить: формирование автономного "права торговцев"; появление постоянно действующих арбитражей; выработку формы и условий третейского соглашения, требований к арбитрам; определение границ полномочий арбитров; выработку подходов к формированию состава арбитров, количеству арбитров (нечетное, преимущественно один или трое); процедуру содействия властей в назначении арбитров <49>. В римском праве были сформулированы три важнейших принципа, способствовавших повышению статуса арбитража: равенство арбитража и суда (D. 4.8.1), окончательность арбитражного решения <50> и наделение арбитражных решений силой принудительного исполнения (вопреки тезису Б. Карабельникова о том, что "третейские суды до новейшего времени не опирались на возможность принудительного исполнения их решений" <51>). В древнем римском гражданском процессе сотрудничали магистрат как представитель публичной власти и арбитр. Сотрудничество предполагало, что за магистратом закрепляется функция поддержки арбитражного решения (предварительные обеспечительные меры и последующее принудительное исполнение арбитражного решения), в то время как арбитр осуществляет функцию разрешения конфликта по существу <52>. Своим успехом арбитраж был отчасти обязан "глобализации" античной экономики. Общность обычаев, универсальные языки торговли и права (латынь, греческий) и наличие общепризнанных обычаев (Родосский морской закон) способствовали распространению сходных моделей урегулирования споров.

<48> Например, древнейшие сохранившиеся документы об арбитраже между римскими (италийскими) и греческими торговцами (печати с острова Делос, ок. 69 г. до н.э.); древнейшее арбитражное решение на территории Англии, датированное 14 ноября 114 г. н.э., обнаруженное и описанное Д. Робэком (Roebuck D. Early English Arbitration. Oxford, 2008), или соглашение египетских и иностранных торговцев о передаче спора на разрешение других сведущих торговцев (427 г. н.э.), обнаруженное среди Оксиринхских папирусов.

<49> Претор назначал арбитра в ситуации, когда избранные сторонами два арбитра не могли вынести согласованного решения.

<50> "Подчиняться следует решению третейского судьи, справедливо оно или нет, и пусть тот, кто согласился (на этого судью) пеняет на себя" (D. 4.8.27.2).

<51> Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. М., 2012. С. 2.

<52> См.: Дыбов Е.А. Взаимодействие судебных и несудебных форм защиты права в Древнем Риме и современном российском праве // Юридические записки. 2011. N 1. С. 150 - 153.

2.2. Арбитраж в Средние века

Средние века стали временем расцвета международного коммерческого арбитража, что связано с преобладанием корпораций и относительной слабостью государственных институтов. Особенности указанной эпохи (дробность феодальных юрисдикций, запутанность и локальный характер законов и "земельных" обычаев в противовес универсальности обычаев торговли) открыли перед торговцами новые возможности в использовании арбитража.

В начале указанного периода (точнее, с VII в. до середины XIII в.) международный коммерческий арбитраж переместился на Восток - в Византию, Арабский халифат, Индию и Китай, а в большинстве западноевропейских стран почти вышел из употребления, что было обусловлено крушением **Pax Romana** и последовавшим за этим упадком торговли, разрушением хозяйственных связей и единого правопорядка, маргинализацией общественных институтов <53>, прекращением торговых обменов между Восточным и Западным Средиземноморьем в конце эпохи Меровингов <54>. Отношения между торговцами возвратились к уровню гомеровских времен: в бурлящем море различных сил купцы действовали на свой страх и риск, заключая сделки с оружием в руках и полагаясь более на законы гостеприимства, силу клятв и оружия, нежели на право, закон и пр. Однако в условиях возврата Западной Европы к "кулачному праву" международный коммерческий арбитраж не исчез, а переместился в более развитые регионы, что доказывает тезис о его неразрывной связи с торговлей, капиталом и купеческими диаспорами. В рамках нового единого рынка, на периферии которого находились Италия, Хазария, Скандинавия и Русь, международный коммерческий арбитраж играл наряду с общей валютой (арабский дирхем <55>) роль **связующего звена между представителями различных культур и вероисповеданий**. В эпоху религиозных войн и барьеров идеальной средой для сохранения и развития международного арбитража стали центры транзитной торговли - Константинополь, Багдад и Басра, где заключали сделки греческие, арабские, персидские и иудейские торговцы. Неудивительно, что следы международного коммерческого арбитража пропадают из Западной Европы, но сохраняются в Дигестах Юстиниана и Базиликах, а также в арабских хрониках и сказках "Тысячи и одной ночи" <56>. При этом культурная поляризация народов по конфессиональному признаку имела следствием более четкое, чем раньше, выделение **международного коммерческого арбитража в качестве самостоятельной разновидности третейского разбирательства** со своей системой источников (права торговцев). Это обуславливало применение арбитража в спорах, **осложненных иноверческим элементом**.

<53> В частности, натуральные формы хозяйствования сделали неизбежным возврат к архаичному социальному укладу и примитивному правовому быту.

<54> Современные археологические исследования комплекса амфор начала VIII в., найденного на территории Рима, подтверждают, что ввоз товаров в Европу из Восточного Средиземноморья, довольно активный в конце VI в., к началу VII в. сходит на нет. **Sagui L.** Roma, i centri privilegiati e la lunga durata della tarda **antichità**. Dati archeologici dal deposito di VII secolo nell'edra della Crypta Balbi // Archeologia Medievale. 2002. XXIX. P. 7 - 42.

<55> Судя по топографическим данным о находках арабских монет за пределами Арабского халифата, в VIII - X вв. между Дар ал-Исламом (мусульманским миром) и северными странами шла самая оживленная торговля.

<56> В седьмом путешествии Синдбад выставляет на продажу свою лодку. Сходятся купцы и начинают набавлять за нее цену, а потом "перестают набавлять". В этот момент появляется шейх, заявляющий, что "такова цена твоего товара в дни, подобные этим", и интересуется, продаст ли Синдбад лодку сейчас или станет ждать, пока не придет время увеличения ее цены. Синдбад оставляет решение за старцем.

Коммерческий арбитраж в VIII в. перешагнул границы общин, поскольку считалось, что к спорам

между торговцами разной веры должно применяться не каноническое (шариатское) право, а "обычай торговцев" <57>. В частности, иудейские торговцы, нередко выступавшие посредниками в торговле между христианами и мусульманами <58>, традиционно пользовались судебной автономией <59> и привилегией разрешать конфликты с иноверцами путем арбитража <60>. В Византии арбитраж, заимствованный из римского права, приобрел дополнительный импульс благодаря популярной в христианской культуре идее примирения (нашедшее специфическое воплощение в арбитраже епископов <61>). У арабов распространение арбитража поощрялось племенными обычаями и канонами шариата <62>, благодаря чему после 650 г. арбитраж получил значительное распространение <63> и сохранялся как минимум до XVIII в. <64>.

<57> См.: Grief A. *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. New York, 2006. P. 71.

<58> Мец А. Указ. соч. С. 376 - 380. Исследователи отмечают, что в V - XI вв. торговля в Европе и в бассейне Средиземного моря находилась преимущественно в руках иудейских торговцев (Cohen M.R. *The Neo-Lachrymose Conception of Jewish-Arab History* // *Tikkun*. May/June. 1991. Vol. 6. Iss. 3. P. 55 - 64), которые вели торговлю между исламскими государствами и Византийской империей; в меньшей степени - греческих.

<59> Право иудейских общин на судебную автономию (из которой проистекала возможность третейского суда с иноверцами) было признано за иудеями в Византии (Cod. Theod. II.1.10, Cod. Iust. I.9.8) и в Арабском халифате (декрет Омара 638 г.), а позднее и в христианской Европе (декрет епископа Шпейера 1084 г.) и существовало до XIV в. Истец-христианин также должен был обращаться к еврейскому суду, если ответчиком являлся еврей. См.: *Краткая еврейская энциклопедия: В 11 т. / Изд. при содействии О-ва по исследованию еврейских общин; гл. ред. И. Орен (Надель), М. Занд. Иерусалим, 1976. Т. 1: Аарон - Высоцкий. Кол. 35 - 37.*

<60> Имеются свидетельства о передаче в арбитраж коммерческих споров внутри еврейской общины Багдада (937). Moshe G. *Jews in Islamic Countries in the Middle Ages*. Boston, 2004. P. 232.

<61> В него по соглашению сторон могли быть переданы любые споры между христианами. Calavros C. *Law of Arbitration; I: National Arbitration - Vol. A: Introduction*. 2nd ed. Athens; Thessaloniki, 2011. P. 95 - 106.

<62> Price R., Haberbeck A. *The Maritime Laws of the Arabian Gulf Cooperations Council States*. Vol. 1. Boston, 1986. P. 18.

<63> Процедура третейского суда у арабов была одинаковой для всех видов споров, включая торговые: стороны избирали одного арбитра (*hakam*) - человека, "сведущего в делах" и пользовавшегося моральным авторитетом. Решение такого арбитра могло иметь силу судебного. Tillier M. *Les cadis d'Iraq et l'État abbasside*. Damascus, 2009.

<64> Dresch P. *The Rules of Barat. Tribal documents from Yemen*. Sanaa, 2006. P. 277 - 310.

Несмотря на изменение "ареала обитания" и окружающей культурной среды (религиозная поляризация, феодальные институты), международный коммерческий арбитраж в своей основе сохранил те же черты и принципы, что и в античности, и собственную, обособленную от национальных правовых систем систему материально-правовых норм - так называемое "право торговцев". Доказательством тому служит морской арбитраж и особенно его правовая основа - морское право (**lex maritima**). Круг обычаев морской торговли и мореплавания, сложившийся в глубокой древности, был под именем Родосского морского закона признан имеющим силу писаного права (II в. н.э.) и частично включен в Дигесты (VI в.), а затем имел хождение в сборниках (Базилики, *Nomos Rhodion Nautikos*), действовавших на всем Средиземном море до 1204 г., когда морская торговля перешла в руки итальянских купцов. Параллельно с этим появились первые локальные сборники морских обычаев: Амальфитанские законы (*Tabula Amalfitana*, 1010 г.), *Ordinamenta et consuetudo maris* (г. Трани, 1063 г.), Олеронские свитки (1160), венецианские морские статуты (*Statuti del mare*, 1227 - 1255 гг.) и каталанский *Consolato del mare* (1320). Споры, связанные с мореплаванием и морской торговлей, издревле решались путем арбитража, что

видно из трудов римских юристов, обильно цитируемых в тексте Дигест. В наиболее "темные" для арбитража века прямое указание на арбитраж по спорам, связанным с морскими перевозками, встречается практически непрерывно в Базилике (53.1.6) <65>, датируемой VII в. и действовавшей до XIII в., а затем в венецианских морских статутах и капитуляриях XIII в. <66>. Вопросы морской торговли рассматривались как арбитражами **ad hoc** (например, путем выбора "трех сведущих людей из лоцманов" для разрешения спора между судовладельцем и грузовладельцем), так и wybranными из числа торговцев **консулами**, а затем постоянно действующими **консулатами** (родоначальниками специализированных торговых судов). К середине XIV в. морской арбитраж стал наиболее формализованным видом, своего рода "ядром" международного коммерческого арбитража и принял вполне современный вид, исключая морское страхование. Достаточно сказать, что приведенный в каталанском Consolato del mare 1320 г. перечень споров, подлежащих разрешению в арбитраже, практически полностью (за исключением морского страхования, появившегося позднее) совпадает с перечнем таких споров, изложенным в п. п. 1 - 10 ст. 1 Регламента МАК при ТПП РФ <67>.

<65> Pardessus J.M. Collection de Lois Maritimes **Antérieures** au XVIIIe **Siècle** ... Paris, 1828. Т. I. P. 184.

<66> Указания на арбитраж споров между фрахтователем и судовладельцем встречаются в гл. 7 статута 1227 г. Pietro Ziani, 1227 - 1228, 12 Martii 1227: "Ordinamenta de saornatione, caricacione et stivacione navium", гл. 45 и 46 "Capitolare navium della Repubblica Serenissima" 1229 г. и гл. 104 - 105 статута "Super navibus et lignis" 1255 г., известных под общим именем Statuti del mare. 49. Marrella F. Unity and Diversity in International Arbitration: The Case of Maritime Arbitration // American University International Law Review. 2005. Vol. 20. Iss. 5. P. 1058 - 1059. Тексты статутов см.: Predelli R., Sacerdoti A. Gli statuti marittimi veneziani fino al 1255, a cura di Riccardo Predelli e Adolfo Sacerdoti. Venezia, 1903. P. 46, 66, 147.

<67> Так, в Consolato del mare арбитраж "двух честных надежных людей, сведущих в морском деле", предусматривался для решения вопросов о возмещении убытков при столкновении судов на якоре (ст. 200), в случае простоя судна под погрузкой (ст. 235), по спорам между судовладельцем и его партнерами о необходимости улучшений судна (ст. 244), об убытках, причиненных крушением судна (ст. 262) и общей аварией (ст. ст. 271, 277), о распределении вознаграждения при отбитии захваченного судна у пиратов (ст. 290), о разделе судна в случае смерти судовладельца (ст. 263), об урегулировании задолженности судовладельца его наследниками (ст. 294) и т.д. См.: Pardessus J.M. Collection de Lois Maritimes. Т. 2. P. 174 - 175 (ст. 200), 119 (ст. 235), 235 - 236 (ст. 244), 275 - 276 (ст. 262), 278 (ст. 263), 295 (ст. 271), 308 (ст. 277), 339 - 342 (ст. 290), 352 (ст. 294).

Таким образом, нельзя сказать, что в Западной Европе арбитраж совершенно вышел из употребления и был восстановлен "с нуля". Роль связующего звена, культурного моста между Востоком и Западом сыграла Италия, находившаяся под сильнейшим византийским культурным влиянием с VI по XII в. Торговые города-республики (Венеция, Генуя, Амальфи) и целые регионы (Южная Италия), формально являвшиеся частями Империи до конца XI в., в ходе регулярных контактов переняли византийские обычаи мореплавания и торговли, а затем, по мере роста культуры и самосознания, присвоили их, творчески переработали и распространили дальше повсюду, где ступала нога вездесущих итальянских торговцев. Некоторые страны Европы (например, Франция) самостоятельно приобщились к этому источнику в ходе Крестовых походов.

На рубеже XII - XIII вв. в истории международного коммерческого арбитража открывается новая страница, связанная с быстрым распространением торгового арбитража по всей Европе, формализацией "права торговцев" в виде сборников **обычаев морской торговли**, возникновением **первых институционных арбитражей**: консульских и ярмарочных судов, судов "пыльных ног". Это была настоящая "арбитражная революция" <68>, по итогам которой торговый арбитраж на 400 лет занял главенствующее место в ряду способов урегулирования коммерческих конфликтов. Причины этого "тектонического" сдвига многообразны. С одной стороны, это аграрно-промышленная "революция XII в." с ее последствиями (рост производства и торговли, появление корпораций, складывание региональных рынков, политика покровительства торговле со стороны королей и крупных феодалов), а с другой - средневековый культ арбитража как универсального средства "горизонтального" урегулирования любых конфликтов между равными по статусу лицами. Арбитраж для средневекового человека (от короля до крестьянина) был универсальным инструментом для разрешения самых разных по содержанию споров -

от взыскания денежного долга, определения границ земельных участков или порядка пользования сельской часовней до урегулирования разногласия между коммунной и феодальной властью (Амьенская миза 1264 г.). В качестве известного и привычного явления третейский суд иногда становился объектом для народной сатиры. Все это убедительно доказывает ошибочность распространенных в отечественной юридической литературе мнений о том, что "период феодализма не способствовал развитию арбитража в силу неограниченной власти феодала" <69> и что арбитраж при феодализме в основном "вызывал нападки" и "лишь при капитализме стал распространенным способом разбирательства гражданско-правовых споров" <70>.

<68> По аналогии с "военной революцией" (концепция М. Робертса), "аграрной революцией 1000 г." и т.д.

<69> Данилевич А.С. Международный коммерческий арбитраж: Курс лекций: В 2 ч. Минск, 2005. Ч. 2. С 7.

<70> Кейлин А.Д. Арбитражное разбирательство гражданских споров в капиталистических странах // Правоведение. 1960. № 1. С. 117. Подробнее см.: Микшис Д.В. Третейский суд как форма защиты частных прав и институт гражданского общества: традиции английской модели // Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 40 / Под ред. А.Г. Диденко. Алма-Ата, 2012. С. 273 - 292.

Совокупность этих факторов обеспечила беспрецедентно лояльное отношение церкви, королей, феодалов и городских коммун к практике разрешения споров с участием торговцев по преимуществу в **арбитраже**, а не в сеньориальных судах или королевских "торговых" судах. Преимущества арбитража были осознаны торговцами, видевшими для себя выгоду в рассмотрении спора равными себе (**parium suorum**) арбитрами, свободно выбранными сторонами из своей среды, а следовательно, беспристрастными и сведущими в торговле <71>, что гарантировало компетентное разбирательство с небольшими издержками, коротким сроком и предсказуемым исходом в противовес феодальному суду (с учетом "мозаичности" конкурирующих сеньориальных юрисдикций и запутанных местных обычаев).

<71> Компетентность стала важным требованием, предъявляемым к арбитрам по мере усложнения торгового оборота (появление векселей, бухгалтерских книг, страхования), поскольку для разбирательства споров между торговцами, кроме "обычного здравого смысла" и "доброй совести", теперь требовались хорошее знание торговых обычаев и грамотность (для чтения хозяйственных книг и документов, представляемых сторонами спора). Так, в 1300 г. в Лондоне для разрешения спора между двумя виноторговцами о количестве купленного вина и неправильном обмере бочонков были приглашены другие виноторговцы. (**Hardel v. Corbel**. Calendar: Roll D, 1 October 1300 - 20 July 1301, Membr. 5, 25 June 1300. Calendar of early mayor's court rolls: 1298 - 1307 (1924). P. 92 - 118.)

В период Средневековья появились особые формы частной юрисдикции, обладавшие признаками постоянно действующих арбитражных учреждений: **консульский арбитраж** <72> и **суды "пыльных ног"** <73>. Споры в них рассматривали выборные представители купеческого сообщества, а не назначаемые королем или сеньором судьи, спор разбирался быстро, без формальностей и "по обычаям торговцев". Например, третейский суд **консулов**, возникший в Италии в конце X в. под византийским влиянием <74>, приобрел международный характер в XI в., когда византийские императоры закрепили за консулами итальянских городов право разрешать споры с участием соотечественников <75>. Далее последовало учреждение **заморских консулов (consuls d'outre mar)** в мусульманских странах Северной Африки и Ближнего Востока <76>. К середине XIV в. Средиземное море было буквально опутано сетями торговых представительств городов, республик, королевств (в одной Барселоне в XIII в. было 55 иностранных консулов). Вскоре появились и **постоянно действующие арбитражи консулов** ("консулаты"), просуществовавшие до середины XVI в.: в Мессине (1128), Барселоне (1262) и других городах <77>. Консулаты рассматривали споры на основе торговых обычаев, а их юрисдикция возникла на основе арбитражного соглашения <78>. В связи с учреждением (под тем же названием **консулатов**) торговых судов с аналогичными функциями, но представлявших государственный <79> или смешанный

частно-публичный институт <80>, функции постоянно действующего арбитража приняли на себя торговые консулы, представлявшие уникальное "арбитражное учреждение" из одного лица. Торговые трактаты европейских держав, заключенные с азиатскими странами (начиная с 1489 г.) <81> и между собой (начиная с 1654 г.) <82>, содержали специальную оговорку о передаче в консульский арбитраж споров по сделкам, заключенным их подданными за границей, что не позволяет считать их формой арбитража **ad hoc** <83>. Особенно востребован был консульский арбитраж в отношениях между европейцами и мусульманскими торговцами - подданными Османской империи. Например, в XVII в. в Стамбуле и Тунисе споры между христианскими и мусульманскими купцами рассматривали соответственно венецианские <84> и французские консулы <85> (начиная с XVII в. ведущая роль в странах Леванта перешла к французским консулам); в Измире и Алеппо в 1751 - 1802 гг. из 117 споров с участием французских и английских коммерсантов 33 были решены путем арбитража французского консула. Примечательно, что инициаторами обращения к иностранным консулам часто были мусульманские торговцы, а мотивом выбора служили **меньшие судебные расходы и скорость разбирательства** по сравнению с судом кади <86>. Консульская юрисдикция в сфере международного коммерческого арбитража была частной (что прямо подчеркивалось в тексте некоторых трактатов <87>): возникала на основании соглашения сторон, при наличии которого консул мог разбирать споры торговцев из любых стран ("по желанию тяжущихся") <88>. Консулы в процессе рассмотрения споров приобретали авторитет и связи в торговой среде, поэтому купцы могли обратиться в арбитраж **ad hoc** к консулу в отставку <89>. В этом нет никакого противоречия, если вспомнить, что частное и публичное в средневековом обществе было переплетено теснейшим образом, - так что подчас невозможно было определить, в каком статусе (судьи, арбитра или медиатора) будет выступать то или иное лицо <90>.

<72> Мартенс Ф.Ф. О консулах и консульской юрисдикции на Востоке. СПб., 1873. С. 328 - 442.

<73> Например, В.Ф. Яковлев, опираясь на авторитет Г.Ф. Шершеневича, считает данные суды формой (или прообразом) коммерческого правосудия, в то время как Д.В. Микшис и А.А. Костин впервые в отечественном правоведении охарактеризовали суды "пыльных ног" как форму коммерческого арбитража. См.: Микшис Д.В. Указ. соч.; Костин А.А. История регулирования и арбитражного разбирательства в Англии и Уэльсе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2014. N 4. С. 722; Яковлев В.Ф., Семигин Г.Ю. Указ. соч. Впервые гипотеза о том, что суды "пыльных ног" относятся к арбитражу, была высказана английским правоведом Ч. Гроссом в 1906 г. (Gross Ch. The court of piepowder // Quarterly Journal of Economics. Feb. 1906. Vol. 20. Iss. 2. P. 231 - 249; Wolaver E.S. The historical background of commercial arbitration // University of Pennsylvania Law Review. December 1934. P. 145.)

<74> Происхождение и функции консульских арбитражей в настоящее время исследованы достаточно слабо (см.: Fugazza E. Arbitri o giudici? Giustizia e magistratura consolare nei primi decenni del XII secolo // *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna.* 4/2013. N 3). Выдвинем следующую гипотезу: возникшие в X - XII вв. итальянские города-государства по инерции продолжали формально считать себя составной частью Римской империи и потому сохраняли атрибуты имперского правления (правитель города номинально считался наместником императора, именуясь "дуксом" (дож), "катепаном", "претором" или "консулом"). Так, по аналогии с древнеримским консулом появилось наименование должности, которая функционально родственна проксенам и преторам перегринов. С появлением самоуправляемых городских коммун потребность юридически оформить защиту торговцев в других городах и странах, ранее находившихся в общем правовом пространстве Византии, привела к учреждению должности преторов, а затем консулов и вскоре между городами Италии были заключены первые соглашения о взаимном признании консульского арбитража. Миланский закон 1154 г. узаконил избрание иностранными торговцами "консулов купцов" для участия в рассмотрении торговых дел. В привилегии, выданной купцам из Амальфи в 1190 г., власти Неаполя разрешают им передавать споры с заморскими купцами в арбитраж их собственного консула, чье арбитражное решение имело силу судебного. Pardessus J.M. Op. cit. T. I. P. 144.

<75> По разным данным венецианцы добились этой привилегии либо в 1082 г., либо в 1199 г.; Пиза - в 1110 г., Генуя - в 1157 г. См.: Мартенс Ф.Ф. Указ. соч. С. 65. В отношении Генуи см.: Cod. Dipl. Genova. Vol. I. P. 166. Lines 6 - 9. N 128, приведенный в книге: Penna D. The Byzantine imperial acts to Venice, Pisa and Genoa, 10th - 12th centuries. A Comparative Legal Study Groningen: Eleven International Publishing, 2012. P. 8 - 9.

<76> Упомянем лишь договоры Венеции с Египтом 1238 г., Арагона с Тунисом 1285 г., Генуи с Египтом 1290 г. и т.д. См.: Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1905. С. 20.

<77> В Валенсии (1283), на Майорке (1343), в Марселе (1472) и Севилье (1543).

<78> Galgano F. Lex mercatoria: Storia del diritto commerciale. Bologna, 1993. P. 38; Coronas G.S. La **jurisdicción** mercantil de los consulados del mar en el Antiguo **Régimen** (1494 - 1808) // Simposio Internacional "el Consulado de Burgos" / Ed. by C.F. Ballesteros et al. Burgos, 1994. P. 251 - 279.

<79> В Испании в 1511 г. был создан особый суд - "по делам, относящимся к заморской торговле", при торговой палате Севильи. См.: Belem F.C.A. A Transnational Empire Built on Law: The Case of the Commercial Jurisprudence of the House of Trade of Seville (1583 - 1598) // Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History / Ed. by Duve T. Frankfurt am Main, 2014. P. 187 - 212.

<80> В 1563 г. во Франции наименование консульского трибунала получил королевский коммерческий суд.

<81> Например, договоры Флоренции с Египтом 1489 г., Османской империи с Францией 1535 г. и англо-китайский Тяньцзиньский трактат 1858 г. См.: Boisard M. On the Probable Influence of Islam on Public International Law. Cambridge, 1980. P. 432 - 433; Wansbrough J. A Mamluk Commercial Treaty Concluded with the Republic of Florence, 894/1489 // Documents from Islamic Chanceries / Ed. by S.M. Stem Oriental Studies III. Oxford, 1965. P. 39 - 79; Мартенс Ф.Ф. О консулах.

<82> Первым из таких договоров является англо-португальский торговый трактат 1654 г. Торговые договоры Российской империи XVIII - XIX вв. часто включали оговорку о консульском арбитраже, например: в ст. 18 договора с Королевством обеих Сицилий в 1769 г., ст. 7 договора с Францией 1786 г. и ст. 11 русско-шведского торгового договора 1801 г. См.: Borel F. De l'origine et des fonctions des consuls. Leipzig, 1831. P. 90, 154, 155, 156; Мартенс Ф.Ф. Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами. СПб., 1902. Т. XIII. Трактаты с Францией. С. 205.

<83> Заметим, что статус суда консулов мог отличаться в зависимости от характера рассматриваемого спора (например, жалобы местных властей о нарушениях публичного права консул рассматривал как магистрат, а частноправовые споры в качестве избранного сторонами частного посредника).

<84> Dursteler E.R. Venetians in Constantinople: Nation, Identity, and Coexistence in the Early Modern Mediterranean. Boston, 2006. P. 27.

<85> Grandchamp P. La France en Tunisie au XVIIe **siècle** (1621 - 1630). IV. Suite des documents **inédits publiés** sous les auspices de la **Résidence Générale** de France **à** Tunis... Tunis, 1926; Trivellato F, Halevi L., Antunes C. Religion and Trade: Cross-cultural Exchanges in World History, 1000 - 1900. Oxford, 2014. P. 123.

<86> По данным дипломатического архива в Нанте. Centre des archives diplomatiques de Nantes (CADN) 166PO/D1/1-4, 5, 7 - 10, 12, 15, 18 - 21, 23, 24, 26, 27, 29; 166PO/D71/1 - 3, 11; 166PO/D84/7-9, 11, 12, 14 - 20; 18PO/B/40; BL Add MS 45933; TNA FO 261/3-7; SP 105/191; SP 110/26, 53, 58.

<87> Так, согласно ст. 19 русско-австрийского торгового договора 1785 г. консулам договаривающихся сторон предоставлено право осуществлять разбирательство всех торговых дел в качестве третейского суда ("Повелеваем, чтобы консулы, хотя и не властны они отправлять судопроизводство, могут, однако ж, по желанию тяжущихся избираемы быть посредниками (arbitres) в спорах их". (Мартенс Ф.Ф. Указ. соч. Т. II. Трактаты с Австрией. С. 146, 147, 163).

<88> Например, русские купцы в Марокко в 1760-е гг. обращались к шведскому консулу. Мусатова Т.Л. Россия - Марокко: далекое и близкое прошлое. Очерки истории русско-марокканских связей в XVIII -

нач. XX в. М., 1990. С. 12.

<89> В 1606 г. торговец и бывший венецианский консул Эдоардо Гальяно был избран для рассмотрения спора между турецким чаушем (*çavuş*) и венецианским торговцем. См.: Dursteler E.R. Op. cit. P. 134.

<90> В этом отношении показателен арбитраж папы Бонифация VIII в конфликте между королем Англии Эдуардом и королем Франции Филиппом Красивым, когда папа на правах "судьи мира" потребовал передать дело на его верховный суд, однако стороны не подчинились папе. В итоге они согласились передать свои разногласия Бонифацию VIII для третейского урегулирования, но не как папе, а как частному лицу (в арбитражном соглашении говорилось, что "в качестве частного лица господин Бонифаций Гаэтани действовал как арбитр, посредник, советник, медиатор, арбитражный судья, дружеский услужитель, разрешающий, урегулирующий, распорядитель и провозгласитель"). См.: *Fontes Historiae Juris Gentium: Sources Relating to the History of the Law of Nations* / Ed. by W.G. Grewe. Berlin; New York, 1995. Vol. 1: 1380 B.C. 1493. P. 524.

Торговые арбитражи успешно выдерживали конкуренцию с торговыми судами, создаваемыми королевской властью <91>. Важным преимуществом арбитражей, отмечавшимся авторами первых трактатов о торговле, была возможность рассматривать дело **ex aequo et bono**, исходя из торговых обычаев <92>.

<91> В частности, британские торговые или рыночные суды (Courts of the Staple) имели тот недостаток, что их решения не могли быть исполнены, если ответчик не имел товара на складе рынка (как, например, в споре 1362 г. между ломбардскими купцами на территории Англии, который был в итоге передан в арбитраж (**Gascoigne v. Gysane**, Cal. P. & M. Rolls, i, P. 258 - 259). Суд мэра отличался неповоротливостью (избрание присяжных и другие формальности). Кроме того, применение этими судами принципа коллективной ответственности (согласно статуту 1351 г. (25 Edw. III. St. 5. C. 23), если ломбардский купец скрывался, не уплатив долгов, за него должны были отвечать другие ломбардцы) и процедуры захвата (ареста) имущества купцов в упрощенном порядке также не способствовали доверию. См.: Levinthal L.E. *The Early History of English Bankruptcy* // *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*. 1919. Vol. 67. N 1. P. 1 - 20.

<92> Stracca B. *De Mercatura sive de Mercatore. Venetiis*, 1553. P. 84.

Для понимания роли арбитража в средневековой Европе необходимо обратиться к архивам крупнейших городов: Венеции, Брюгге, Антверпена и Амстердама, игравших роль центров мировой и региональной торговли. В венецианских архивах за период с XIV по XVI в. сохранилось 730 нотариальных дел, содержащих около 17 000 актов, в которых упоминается арбитраж, а также 1 500 актов о приведении в исполнение либо отмене арбитражных решений за период с 1350 по 1520 г., что свидетельствует о заключении в этом торговом центре примерно 50 - 60 арбитражных соглашений и рассмотрении не менее 8 - 9 обращений о приведении в исполнение арбитражных решений ежегодно <93>. Правительство Венеции целенаправленно развивало и поощряло арбитраж, в том числе коммерческий <94>. Венеция наряду с Арагоном ("Семь Партид мудрого короля Альфонса", 1277 г., содержали целую главу об арбитрах и арбитраже) была пионером регулирования коммерческого арбитража. Помимо статуты 1229 и 1255 г. сеньорией Венеции в 1433 - 1609 гг. было принято свыше 19 постановлений по вопросам торгового арбитража, а в XVI в. было издано несколько десятков трактатов об арбитраже. В Брюгге XV в. арбитражи рассматривалось свыше трех четвертей споров с участием иностранных торговцев <95>. В Антверпене с XVI в. широко применялся рекомендательный арбитраж для определения обязательств по векселю, размера долга или ущерба с последующим соглашением сторон или вынесением судебного решения на основе оценки ("совета") арбитров <96>.

<93> Что видно из преамбулы Акта Большого совета от 20.10.1433, начинающейся словами: "[Большой Совет], признавая, что разрешение разногласий между нашими гражданами посредством арбитража служит к чести и пользе нашей [Республики], постановляет, чтобы все споры по торговым

делам передавались в арбитраж" (перевод наш. - **Прим. авт. главы**). Цит. по: Marrella F., Mozzato A. *Alle origini dell'arbitrato commerciale internazionale: l'arbitrato a venezia tra medioevo ed eta moderna*. Padova, 2001.

<94> 1433, 20 ottobre. Archivio di Stato di Venezia (далее - ASV). *Compilazione Leggi, serie 1, b. 142. Giudici, sentenze arbitrarie e compromessi*, с. 507 г. [Maggior Consiglio]. Опубликовано в книге: Marrella F. *Op. cit.* P. 112.

<95> Gilliodts-van Severen L. *Cartulaire de l'ancienne estaple de Bruges: Recueil de documents*. Bruges, 1902. P. 35.

<96> Antwerp city Archives V. N 1235, Fol. 202v (22.10.1519); V. N 1233, Fol. 110r (27.06.1506).

Не осталась в стороне от указанной тенденции и Россия. Если верить А.Ф. Волкову, первыми выборными судами по торговым делам на территории России стали учрежденный в Новгороде в 1135 г. суд при церкви Святого Иоанна (суд Ивановского купечества) и учрежденный для рассмотрения споров между новгородскими и немецкими купцами по договору Древнего Новгорода с Ганзой, 1189 - 1199 гг., особый суд по торговым спорам с участием выборных представителей от иностранных купцов (хотя относительно природы этих "смесных" судов в литературе по сей день ведется дискуссия) <97>. Во всяком случае международный арбитраж **ad hoc** был знаком нашим соотечественникам не позднее XV в. (сохранилась мировая грамота 1411 г. об урегулировании спора Ивана Кочерина и Ганса Вреде "перед добрыми людьми, Василием Игнатьевичем и Андреем Ивановичем, боярами и послами Великого Новгорода, и Иоганом Эппеншеде, посадником, Иоганом Гультшеде и Тидеманом Фос, ратманами юрьевскими [дерптскими]") <98>.

<97> См.: Поляков Ю.В. Основные тенденции развития международного коммерческого арбитража и определения примененного им права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 10 - 11; Волков А.Ф. Указ. соч.

<98> Список в письме Дерпта Ревелю от 19 мая 1411 г. LUB, IV, N 1882; HUB, V, N 1002. Текст воспроизведен по изданию: Грамоты Великого Новгорода и Пскова. М.; Л., 1949. С. 90.

2.3. Арбитраж в Новое и Новейшее время

В Новое время (XVI - XVIII вв.) традиционные каналы распространения международного коммерческого арбитража (ярмарки) утратили свое значение, однако арбитраж продолжал существовать и развиваться, выйдя за пределы Евразийского материка. Быстрому развитию международного коммерческого арбитража способствовали, как уже упоминалось, неформальные торговые сети (семейные кланы, землячества и диаспоры), поддерживающие арбитраж (впервые практика распространения культуры арбитража через сети торговцев зафиксирована в конце XI в.). Благодаря разнонаправленной миграции капитала и диаспор торговцев (например, генуэзцев в Испанию, евреев из Испании и Португалии - в Нидерланды и Италию и т.д.), расширению и "глобализации" торговли (появлению голландской транзитной торговли, впервые с римских времен связавшей все торговые маршруты в единое целое) произошла настоящая **интернационализация коммерческого арбитража** - масштабное и быстрое распространение региональной практики разрешения споров за пределы традиционных торговых центров и маршрутов. Пути "взрывного" распространения международного коммерческого арбитража **ad hoc** были следующими:

1) через семейные фирмы, клиентулу и торговые связи крупных коммерсантов, у которых практику перенимали коллеги;

2) вследствие возникновения в торговых центрах различных неформальных объединений (диаспор, религиозных братств и т.д.), внутри которых практиковался арбитраж лицами из числа "общих друзей" или просто "добрых людей";

3) в результате изгнания или добровольной миграции диаспор, "переносящих" практику разрешения споров в новое место. Наиболее показательна в этом отношении история еврейских и армянских торговых колоний, кочевавших из одного региона в другой вследствие религиозных гонений <99>.

<99> Например, еврейская община только в период с 1490 по 1690-е гг. переместилась из Севильи и Валенсии в Стамбул и Лиссабон, далее в Антверпен, оттуда в Амстердам и, наконец, в Лондон.

Одними из первых практику арбитража начали распространять еврейские (сефардские) общины Европы, в которых господствовала точка зрения, согласно которой торговля должна была регулироваться не иудейскими религиозными предписаниями и традициями, но собственным сводом "повсеместно распространенных торговых обыкновений" <100>. Практика мирного разрешения споров между торговцами, формально являвшимися подданными разных государств, но ощущавшими себя частью одной этнической и культурной группы, вскоре перешагнула границы общины и практиковалась в спорах с "иноверцами". Например, венецианские евреи обращались в государственные суды <101>, но чаще прибегали к арбитражу возникавших торговых споров с привлечением иностранцев и иноверцев в качестве арбитров. Хорошим примером служит венецианский купец еврейского происхождения Хаим Сарук, имевший сеть торговых партнеров в Венеции, Ферраре и портах Далмации, а также торговые связи в Константинополе и Анконе. Он занимался импортом шерсти, кож и изделий из верблюжьих шкур из Османской империи и, кроме того, кредитными операциями. Документы фиксируют, что он часто становился участником арбитражных разбирательств по торговым делам <102>. Национальные диаспоры приносили обычаи разрешения споров вне суда в каждый город и регион, в котором обосновывались их соотечественники. Таким способом практика торгового арбитража получила новый дополнительный импульс сначала через еврейские (марранские), а затем протестантские "колонии". Так, в XVI в. появление еврейских общин и гетто в крупнейших итальянских портах сопровождалось предоставлением им привилегий, включавших право на арбитраж по торговым делам. Например, в Ливорно такая практика существовала практически с момента получения им статуса "свободного порта" (1590) с одобрения Великого герцога Тосканы, издавшего в 1593 г. для привлечения еврейских торговцев специальный эдикт (так называемую Ливорнскую конституцию), ст. XV которого предусматривала право членов еврейской общины передавать споры по торговым делам в суд или в арбитраж **ad hoc** ("в обеспечение притязания купца на товары ответчика может быть наложен арест (секвестр), который должен быть снят, если по истечении месяца иск не передан судье или арбитру" (перевод наш. - **Прим. авт. главы**) <103>. В архивах Ливорно содержится множество документов, рассказывающих, как местным еврейским торговцам удавалось улаживать торговые споры между единоверцами из Амстердама, Смирны, Флоренции, Стамбула, а также с местными купцами других "наций". Задача зачастую облегчалась принадлежностью купцов к одной семье, чей разветвленный бизнес охватывал сеть формально самостоятельных торговых контор в различных городах <104>. В тот же период практика арбитража получила более широкое распространение в крупнейших центрах транзитной торговли - Антверпене и в заменившем его в этой роли после 1585 г. Амстердаме <105>. Космополитичная коммерческая среда Соединенных Провинций Нидерландов, привлекавшая купцов, стала настоящим "питательным бульоном" для распространения деловых практик, включавших в себя приверженность арбитражу вне зависимости от происхождения и "национальности" (капитал национальности не имеет). Соединенные Провинции Нидерландов в XVII - XVIII вв. были лидером в развитии международного коммерческого арбитража. Голландские купцы и судовладельцы, державшие в своих руках морскую торговлю ("извозчики Европы"), распространяли практику арбитража во всех направлениях, куда вели торговые маршруты, включая голландские колонии <106>.

<100> Shmuelevitz A. The Jews of the Ottoman Empire. Leiden, 1984. P. 129.

<101> В качестве иллюстрации, подчеркивающей издержки обращения евреев к государственному суду в споре с иноверцем, нельзя пройти мимо "Венецианского купца" Шекспира. В сцене суда (акт IV, сцена 1) вместо правосудия венецианский судебный трибунал лицемерно осуждает Шейлока к конфискации половины имущества и рекомендует для сохранения жизни и другой половины - перейти в христианство. См.: Шепелевич Л. Венецианский купец: Предисл. к изд. // Шекспир В. Полное собрание сочинений. СПб., 1903. Т. 1. С. 428, 430. (Библиотека великих писателей / Под ред. С.А. Венгерова.)

<102> Arbel B. Trading Nations: Jews and Venetians in the Early Modern Eastern Mediterranean. Leiden, 1995. P. 190 - 191.

<103> Documento che invita i mercanti ebrei a stabilirsi in Livorno e Pisa. Текст цитируется по электронной копии манускрипта 1593 г., хранящегося в пенсильванской библиотеке. Philadelphia, University of Pennsylvania, Rare Book & Manuscript Library Shoenberg Collection - Manuscript Number: LJS 379 (<http://openn.library.upenn.edu/Data/0001/html/ljs379.html>; дата посещения - 18.01.2017).

<104> Fisher L.F. Reti locali e reti internazionali degli ebrei di Livorno nel Seicento // Commercial networks in Early Modern world / Ed. by D.R. Courto, A. Molho. Florence, 2002. P. 149, 155 - 157. Например: 5 ACDF, SO, St. BB 5. b, c. 226, lettera di P. Zaccaria di Venezia, l 29 luglio 1594.

<105> Джессика Ройтман в монографии о межкультурных связях сефардской общины Амстердама 1595 - 1610 гг. приводит несколько арбитражных дел, хранящихся в муниципальном архиве Амстердама и других портов Голландии, которые иллюстрируют не только приверженность еврейских купцов, прибывших из Португалии, Испании и других стран, а также их торговых партнеров практике арбитражного урегулирования коммерческих споров, но и подлинно внешнеторговый характер многих рассматриваемых споров. Упомянем здесь для примера лишь два документа из этого массива: 1) арбитражное решение, вынесенное в Амстердаме в 1609 г. по спору между амстердамским коммерсантом Родригесом Вега, выступавшим фактором и иностранным (антверпенским) купцом из договора 1602 г. о завышении комиссионных платежей за серию заключенных по доверенности от имени клиента сделок по поставке бразильского дерева и сахара из Бразилии и Португалии в Гамбург и другие балтийские порты; 2) доверенность, выданную в 1606 г. крупным бразильским поставщиком бразильского дерева Жоао Нуньесом Коррейрой амстердамскому купцу Корнелису Шнеллинку на представительство от его имени в арбитраже, сформированном для разрешения спора о поставке партии ценной древесины. Кандидатура Шнеллинка была выбрана, поскольку он специализировался на торговых операциях с Бразилией и Португалией, поддерживал контакты и кооперацию со многими купцами из различных стран, работавшими в этой сфере (SR 98). См.: Roitman J. The Same but Different? Inter-cultural Trade and the Sephardim, 1595 - 1640 // Brill's series in Jewish studies. Vol. 42. Leiden; Boston, 2011. P. 115, 158. Доказательства того, что практика арбитража широко применялась иностранными торговцами, можно встретить также в работе Оскара Гельдерблома, который по материалам нотариальных актов из архива Амстердама насчитал между 1590 и 1620 г. как минимум 25 коммерческих конфликтов, разрешенных путем арбитража только между португальскими купцами, эмигрировавшими из Лиссабона. Gelderblom O. Cities of Commerce. The Institutional Foundations of International Trade in the Low Countries, 1250 - 1650. Princeton, 2015. P. 102 - 141.

<106> Уже в 1647 г. в Новом Амстердаме появился постоянно действующий "Совет девяти" (Board of Nine), выполнявший кроме прочего функции арбитражного учреждения. См.: Rosenblatt A.M., Rosenblatt J.C. Opening Statements: Law, Jurisprudence, and the Legacy of Dutch. New York, 2013. P. 41 - 42.

Другие ведущие европейские державы и их колонии <107> не остались в стороне от вышеуказанной тенденции. Франция и Англия в середине XVII в. уверенно встали на путь расширения международного коммерческого арбитража. Однако если Франция избрала путь "институционализации" арбитража, придав ему смешанную частно-государственную природу (Ордонанс, 1673 г.), из которой в XIX в. родится оригинальная система коммерческих судов (представлявших собой смешанные частно-публичные учреждения), то Англия культивировала арбитраж **ad hoc** как форму частной инициативы при урегулировании конфликтов "в тени закона" в противовес системе государственных судов. Последняя хотя и пользовалась уважением как часть "древней конституции этого королевства", однако, по отзывам хорошо знакомых с ней современников, мало подходила для чисто практических целей - быстрого и справедливого урегулирования споров, а правосудие было сопряжено с потерей времени и расходами, превышавшими цену иска <108>. Джонатан Свифт в "Путешествиях Гулливера" дает весьма колоритную и язвительную сатиру на судебные порядки <109>, а Даниэль Дефо, сам занимавшийся коммерцией, был настолько разорен продолжительными судебными тяжбами <110>, что в написанной им книге "Идеальный английский торговец" ("Complete English Tradesman") советовал "избегать судов как чумы" <111> и решать разногласия путем переговоров или в крайнем случае **путем арбитража** <112>. Надо сказать, что Дж. Свифт и Д. Дефо были не одиноки в уничижительной характеристике судебной системы, если судить по дневникам их современников (например, С. Пипса и Д. Ивлина) <113>, а письма итальянских торговцев показывают, что эта проблема носила международный характер <114>. Классики мировой литературы (М. Сервантес, Ф. Рабле, К. Марло, Ж.Б. Мольер и Ж.Б. Расин) также высмеивали архаические формы судопроизводства и манию сутяжничества. "Судиться - это все равно, что в аду гореть!" - восклицает герой Мольера. В Англии даже судьи на стадии подготовки дела к рассмотрению настоятельно рекомендовали разрешить разногласия в арбитраже <115>. Неудивительно, что популярность арбитража, особенно в

Англии, была невероятно высока в среде коммерсантов: достаточно сказать, что в XVII в. появляются первые в мире памфлеты о пользе арбитража и учебники по арбитражу, выдержавшие множество изданий <116>. Важным шагом на пути развития коммерческого арбитража, в том числе международного, можно считать принятие 11.05.1698 Арбитражного акта <117>, который стал первым в истории Европы нормативным актом, наделившим решения третейского суда свойством принудительного исполнения. Закон разрабатывался по личному поручению короля Вильгельма III, являвшегося также штатгальтером Нидерландов, а его основным автором был философ Джон Локк, видевший в реформе третейского разбирательства предпосылку для развития торговли. Арбитражный акт 1698 г. установил правила, которые до настоящего времени повсеместно используются в регулировании арбитража, среди них следующие:

<107> Например, английские североамериканские колонии (Пенсильвания) и колонии Испании и Португалии в Южной Америке. Торговцы португальской колонии в Лиме (Перу) в 1630-х гг. часто прибегали к арбитражу главы португальской общины - торговца Мануэля Переса. Сохранилось письмо торговца Х.Р. де Сильвы, в котором он передает свои торговые споры под "покровительство" Переса. См.: Studnicki-Gizbert D. *Interdependence and the Collective Pursuit of Profits: Portuguese Commercial Networks in the Early Modern Atlantic // Commercial networks in Early Modern world / Ed. by D.R. Courto, A. Molho. Florence, 2002. P. 114.*

<108> Д. Дефо приводит пример процесса с ценой иска в 100 фунтов, в котором судебные издержки обошлись проигравшей стороне в 300 фунтов. См.: Defoe D. *The Complete English Tradesman. London, 1841. Ch. XXXIX. P. 116 - 119.*

<109> Свифт отмечает запутанность и сложность процесса, увлечение несущественными деталями и пренебрежение существом дела, "птичий язык" (представлявший собой жаргон из смеси латыни и старофранцузского, разбавленного английским), коррупцию и злоупотребления, невозможность самостоятельно защищать свои права и, как следствие, огромные издержки, которые потом невозможно возместить, даже если решение состоялось в пользу истца. Вот лишь краткая выдержка из его язвительных замечаний, в изобилии рассыпанных по книге: "Например, если моему соседу понравилась моя корова, то он нанимает стряпчего с целью доказать, что он вправе отнять у меня корову. Со своей стороны, для защиты моих прав мне необходимо нанять другого стряпчего, так как закон никому не позволяет защищаться в суде самостоятельно. Кроме того, мое положение законного собственника оказывается в двух отношениях невыгодным. Во-первых, мой стряпчий, привыкнув почти с колыбели защищать ложь, чувствует себя не в своей стихии, когда ему приходится отстаивать правое дело, и, оказавшись в положении неестественном, всегда действует крайне неуклюже и подчас даже злонамеренно". Далее: "При разборе тяжб они [судьи] тщательно избегают входить в существо дела; зато кричат, горячатся и говорят до изнеможения, останавливаясь на обстоятельствах, не имеющих к делу никакого отношения". См.: Свифт Д. *Путешествия Гулливера. Сказка бочки. Дневник для Стеллы. Сатира на смерть доктора Свифта. М., 2003. С. 227 - 228.*

<110> В гл. 39 "О том, что разумный человек должен избегать тяжб" Дефо на примере "одного торговца" (вполне возможно, что это личный опыт автора, преподносимый от третьего лица) рассказывает, как тот пытался судиться с соседями, но платил юристам по 200 фунтов в год, не получая практически ничего. И так продолжалось до тех пор, пока другой торговец не "наказал" сутягу на 300 фунтов, не считая судебных издержек. Заканчивается эта история советами всегда платить надлежащие долги, стараться мирным путем получить причитающийся долг и стремиться урегулировать спор в суде максимально цивилизованно и в духе сотрудничества. См.: Defoe D. *Op. cit. P. 116 - 120 (перевод наш. - Прим. авт. главы).*

<111> Defoe D. *The Complete English Tradesman. London, 1727. P. 344 (перевод наш. - Прим. авт. главы).*

<112> Глава "Против судебных исков и процессов и привычки прибегать к суду по пустякам с изложением причин, по которым **разногласия между торговцами должны разрешаться в арбитраже**" ("Against being Litigious and Vexatious, and apt to go to Law for Trifles; with some Reasons why Tradesmen's Differences should, **if possible, be all ended by Arbitration**") (выделено нами. - Прим. авт. главы). Ценность свидетельства Дефо заключается в детальном описании преимуществ арбитража, из которого

видно глубокое знакомство автора со спецификой процедур этого способа разрешения споров. Так, описывая в гл. XLIII портрет "идеального торговца", он называет в числе важнейших его добродетелей способность быть "для своих друзей и коллег миротворцем и арбитром во всех торговых спорах, и пользоваться общим уважением... в то время как законники, как всем известно, плохо делают свою работу, когда берутся помогать по торговым спорам в суде...".

<113> Запись от 06.02.1663 в дневниках Пипса; запись от 21.05.1671 в дневниках Ивлина. The diary of Samuel Pepys, M.A., F.R.S., clerk of the acts and secretary to the admiralty transcribed from the shorthand manuscript in the pepysian library magdalene college cambridge by the rev. mynors bright m.a. late fellowand president of the college. London, 1893; The Diary of John Evelyn. 2004. P. 179.

<114> Так, итальянские торговцы в завещании 1661 г. заклинаят своих наследников избегать судов и пользоваться услугами частных арбитров, "где только возможно", что почти дословно повторяет филиппику Дефо! ASV, NA, Angelo Maria and Giovanni Piccini, 10840 (4 August 1661).

<115> Пример такой рекомендации в записи дневника Джона Ивлина 21.05.1671: The Diary of John Evelyn. P. 179.

<116> March J.O. March's Actions for Slander; And, Arbitrements... London, 1648; Anon. [Author of Regula Placandij]. Arbitrium redivivum, or The law of arbitration... London, 1694.

<117> Некоторые исследователи ошибочно датируют указанный закон 1697 г., что связано с незнанием особенностей указания дат в Англии XVII в. William III, 1697 - 1697. An Act for determining Differences by Arbitration. [Chapter XV. Rot. Parl. 9 Gul. III. p. 3. n. 5]. Вступил в силу 11 мая 1698 г. Текст см.: Statutes of the Realm: London, 1820. Vol. 7: 1695 - 1701. P. 369 - 370 или Statutes: Revised edition. London, 1871. Vol. II. P. 70 - 71.

- 1) третейским судам подсудны торговые споры ("могущие быть предметом личного иска");
- 2) третейское соглашение должно заключаться в письменной форме;
- 3) арбитражное решение, полученное путем подкупа либо незаконным образом, недействительно.

Важнейшей новеллой Арбитражного акта 1698 г. стало наделение решения третейского суда свойством принудительного исполнения <118> либо обязанность выдачи арбитру расписок о денежном залоге, который сторона, уклоняющаяся от выполнения арбитражного решения, теряла в пользу выигравшей стороны.

<118> До 1698 г. стороны могли обеспечить исполнение решения третейского судьи только путем иска о взыскании долга, подтвержденного арбитражным решением. См. решения по делам: **Sharley v. Richardson** (1592) (34 Eliz. Roll 462), **Sower v. Bradfield** (1595) (37 Eliz. Roll), **Samon v. Pitt** (1594) (36 Eliz. Roll 877) в кн.: Reports of Sir George Croke, Knight: Formerly One of the Justices of the Courts of Kings-bench, and Common-pleas, of Such Select Cases as Were Adjudged in the Said Courts [1582 - 1641]. Vol. 1, part 1. London, 1790. P. 291, 422, 432. См. также: Offutt W.M. Of "good laws" and "good men": law and society in the Delaware Valley, 1680 - 1710. Urbana and Chicago, 1995. P. 113.

В XVI - XVIII вв. появились и формы постоянно действующих арбитражей - арбитражи при торговых и страховых палатах. Например, постоянно действующие суды при объединениях голландских виноторговцев в Роттердаме и Нанте (Франция) регулярно, по определенным дням недели и в определенном заранее месте, проводили заседания по спорам о качестве вина (в том числе о том, не разбавлено ли старое вино молодым), о его сорте, урожае и стране происхождения (что имело особое значение в условиях эмбарго на импорт французских вин в период войны) <119>. Эта практика получила распространение по всей континентальной Европе <120>. Страховые палаты, появившиеся в континентальной Европе в 1598 г., рассматривали споры, связанные с морским страхованием <121>.

<119> Процедура арбитража была следующей. После оглашения позиций сторон эксперты из числа авторитетных виноторговцев брали несколько проб (8 - 9) и после совещания оглашали вердикт, что сближало данный вид арбитража с экспертизой. См.: Bruyn Kops H. de. A Spirited Exchange: The Wine and Brandy Trade between France and the Dutch Republic in its Atlantic Framework, 1600 - 1650. Leyden, 2007. P. 80, 113 - 115, 217.

<120> Английские коммерсанты для подобных споров предпочитали арбитраж **ad hoc**, примером чего может служить решение арбитража двух гамбургских сахароторговцев, вынесенное в 1761 г. по спору между поставщиком - английским купцом из Бристоля, перевозчиком - судовладельцем из Гамбурга и покупателем - гамбургским кондитером относительно снижения цены тростникового сахара с Барбадоса ввиду его неправильной упаковки, повлекшей снижение качества. Текст решения и комментарий к нему см.: The Trade of Bristol in the Eighteenth Century / Ed. by W.E. Minchinton // Bristol Record Society's publications. Bristol, 1957. Vol. 20. P. 138, 164 - 166. Doc. N 65.

<121> Первая страховая палата была создана в Амстердаме в 1598 г. Затем подобные объединения появились в Лиссабоне, Лондоне (1601), Роттердаме (1614), Марселе (1669) и Париже (1671).

Период с середины XVI до конца XVIII в. стал периодом наибольшего расцвета международного коммерческого арбитража. Показателем такого расцвета стало не только увеличение количества споров по сравнению с XII - XV вв., но и **расширение компетенции арбитражей и круга арбитрабельных споров**. Так, если в период с V по XV в. предметом арбитражного разбирательства были споры, регулируемые нормами морского права <122>, а также сделки купли-продажи, то с XVI в. в арбитражной практике начинают встречаться споры из договоров товарищества, поручения (известные еще по Дигестам), а также новые категории споров: **вексельные (1507) и страховые (1555), призовые, споры по военным поставкам и подрядам для армии и флота (конец XVII в.), корпоративные споры (1708) и споры из банкротства (1732), инвестиционные споры держателей государственных ценных бумаг (1827)**.

<122> Впрочем, круг таких сделок сам по себе, как было показано ранее, был весьма широким.

Предшественниками страховых споров были споры об убытках грузу и судну, первый из которых зафиксирован в нотариальном архиве Жиро Амальрика 1248 г. <123>. С появлением первых страховых полисов в них стали включать арбитражные оговорки <124>, например, в форме условия о рассмотрении спора относительно размера страхового возмещения "без обращения к суду" путем обращения к "добрым и беспристрастным людям из числа торговцев" (первый полис с такой оговоркой датируется 1555 г.) <125>. Примечательно, что в арбитражной оговорке специально подчеркивалось, что спор будет рассматриваться не "по законам Королевства", а "на морских и торговых обычаях" <126>. Голландские торговцы использовали арбитраж и в страховых спорах, не относящихся к морской торговле <127>. Примером типично международного спора той эпохи может служить страховой спор 1619 г. между группой португальских и голландских коммерсантов (грузовладельцев и судовладельцев) и голландским страховщиком относительно захвата французским кораблем принадлежавшего им груза бразильского сахара на зафрахтованном в Испании судне, следовавшем в английские колонии <128>.

<123> Tetley W. Marine Cargo Claims. 4th ed. Cowansville, 2008. Vol. 1. P. 1417. Footnote 2.

<124> Jones W.J. Elizabethan marine insurance: The judicial undergrowth // Business History. 1960. Vol. 2. P. 55, 59.

<125> The National Archives, Kew (TNA), High Court of Admiralty (HCA), TNA, HCA, 24/29 f. 45, policy underwritten for Anthony de Salizar, 05.08.1555. В полисе указано: "Yf godes will be that the said shippe shall not well procede, we promys to remyt yt to honist m'chaunts and not to go to the lawe". Автор выражает признательность А.Б. Леонарду, Кембриджский университет (А.В. Leonard, Trinity Hall, University of Cambridge, UK), за ссылку на данный документ.

<126> Vance W.R. The early history of insurance law // Columbia Law Review. 1908. Vol. 8. P. 12.

<127> О. Гельдерблом приводит в качестве примера контракт между двумя торговцами шелком и владельцем товарного склада 1629 г. о том, что при уменьшении количества товаров на складе для определения того, является ли такой случай страховым, будет избран арбитраж из числа "добрых людей" (**goede mannen**), а также аналогичную оговорку в контракте 1616 г. о поставке гребней из моржового бивня из России (Van Dillen, Bronnen Bedrijfsleven, II, nr. 1202). Cf. also a contract for the sales of ivory combs in Russia in 1616. (Amsterdam City Archives, Notarial Archives (NA) 145 - 195, 14 December 1616 // Gelderblom O. Op. cit. P. 102 - 141.)

<128> Ebert C. Between Empires: Brazilian Sugar in the Early Atlantic Economy, 1550 - 1630 (The Atlantic World). Leyden, 2008. P. 119.

В XVIII в. сфера международного арбитража расширилась за счет включения в нее новых правоотношений: банкротства и корпоративных споров. Первым **корпоративным спором** с международной составляющей, рассмотренным в коммерческом арбитраже, насколько нам удалось установить, является спор о распределении прав и обязанностей при слиянии конкурирующих Ост-Индских компаний (ОИК), разрешенный лордом-казначеем Англии в 1708 г. <129>. Иностраный элемент в данном споре обусловлен наличием среди акционеров Английской Ост-Индской компании в 1693 - 1709 гг. нескольких иностранцев (от 29 до 65 человек), владевших в совокупности от 9 до 12,2% акций <130>. Споры в сфере банкротства стали частично арбитрабельными в некоторых странах. Так, в Англии с принятием в 1732 г. Акта о предотвращении мошенничества при банкротствах разрешалось урегулировать **претензии кредиторов банкрота путем арбитража ad hoc** при условии, что управляющие делами банкрота (**assignees**) получили на это согласие собрания кредиторов (ст. ст. 34 - 38 указанного Акта) <131>. Подобная практика в Англии и ее колониях была весьма распространенной, о чем свидетельствуют многочисленные объявления в "Лондонской газете" <132> о проведении собраний кредиторов для урегулирования претензий путем арбитража. Международная составляющая в арбитраже при банкротстве могла появиться, например, при урегулировании спора иностранного судовладельца с командиром (**master**) принадлежащего ему торгового судна относительно долгов, связанных с судном и грузом (в том числе о распределении прибыли от фрахта) <133>, либо по спорам между торговцем и его иностранным агентом (**B. Cazenove v. Prevost**, 5 B. & A. 70). Востребованность арбитража объяснялась возможностью договориться об условиях прекращения либо приостановления процедуры банкротства <134>.

<129> В этом разбирательстве были урегулированы сложнейшие вопросы, возникшие в ходе многолетнего конфликта между конкурирующими Английской и Лондонской Ост-Индскими компаниями, а также в ходе реализации соглашения 1702 г. о слиянии данных компаний: о докапитализации создаваемой при слиянии компании, распределении долей в новой компании, правопреемстве по обязательствам компаний-правопредшественниц, публичных обязательствах (займе короне на новых условиях, отличающихся от займов реорганизуемых компаний), порядке перерегистрации компании и получения ею прав и привилегий правопредшественниц.

<130> В зависимости от того, считать ли иностранцами постоянно проживающих в Англии еврейских коммерсантов, не являвшихся подданными английской короны, или только иностранцев, постоянно проживавших за пределами Англии. Насколько удалось установить автору, в 1699 г. среди 423 акционеров ОИК было 29 еврейских коммерсантов, часть из которых формально была голландскими и португальскими подданными, а также четыре голландских торговца нееврейского происхождения (см.: Fhber E. Jews, Slaves, and the Slave Trade. Setting the Record Straight. New York, 1998. P. 24 - 29, 267 - 268). Иностранцами были крупнейший акционер ОИК Соломон де Медина и четыре других голландских коммерсанта, чьи имена установлены автором по подлинному списку вкладчиков по состоянию на 12.04.1684: Петер Отгер, Юстус Отгер, Адриан ван дер Пост и Петер Винк. См.: A List of the names of all the adventurers in the Stock of the Honourable East India Company, the 12th day of April, 1684. London, 1684. Courtesy of the Beinecke Rare Book and Manuscript Library, Yale University, New Haven, Connecticut (Wing-E100E-3611b-p4 (1)). В хартиях и уставах ОИК с 1657 по 1730 г. прямо предусматривалась продажа акций иностранным подданным без ограничений. Акции ОИК не позднее 1723 г. свободно торговались на Амстердамской бирже. Сведения об этом, а также о наличии иностранных (преимущественно голландских) акционеров в компании не позднее 1702 г. можно найти в диссертации Л. Нила (1983). См.: Neal L. The Stock Markets of the Eighteenth Century in London and Amsterdam: How Efficient Were They?

University of Illinois library at Urbana-Champaign, 1983. P. 2, 6.

<131> An Act to Prevent the Committing of Frauds by Bankrupts 1732 (5 Geo. 2. c. 30. § 38). Текст акта цитируется по диссертации: Cadwallader F.J.J. In pursuit of the merchant debtor and bankrupt: 1066 - 1732. Doctoral thesis. University of London, 1965. P. 834 - 837. Смысл указанного положения закона и мотивы законодателя (не допускать удовлетворения требований одних кредиторов преимущественно перед другими, обеспечить сохранность имущества) разъяснены У. Блэкстоном (Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Book II. The Rights of Things. Oxford, 1765 - 1769. Ch. 31. P. 486 - 487).

<132> Одно из первых объявлений: The London Gazette. 1732. Iss. 7175. P. 2.

<133> Bacon M. The Compleat Arbitrator. London, 1731. P. 56 - 57.

<134> Bird G. The Practicing Scrivener and Modern Conveyancer. London, 1729. P. 389.

Начиная с XVIII в. и до 1872 г. в международном коммерческом арбитраже разрешались и **частноправовые споры, вытекающие из "права войны"**, например выкуп военнопленных и работоторговля <135>; распределение военной добычи при захвате морских судов; споры по сделкам, связанным с войной и каперством (страхование каперского судна, распределение убытков от его гибели), а также поставка и частный подряд для нужд армии и флота (которые были крупнейшими заказчиками своего времени <136>). Такие споры считались вытекающими из торговли, что неудивительно, если вспомнить знаменитые строки Гете ("Война, торговля и пиратство - три вида сущности одной"). В частности, "призовое право", регулирующее захват судна и груза, впервые было включено в Consolato del mare. Согласно этому сборнику суда с грузом, идущие под неприятельскими флагами, и неприятельский груз, перевозимый судами нейтральных государств, являлись законным призом (не случайно Мефистофель у Гете говорит Фаусту: "Флот этот твой! Таков устав: в ком больше силы, тот и прав"). В этом смысле частные сделки корсаров между собой и с государством (получение патента в обмен на уплату сбора и обязательство уплатить долю из будущих трофеев) ничем не отличались от иных форм частного подряда. Деятельность корсаров, помимо вопроса о распределении призов, ставила вопрос об урегулировании убытков, который решался частным арбитражем **ad hoc**. Такие арбитражи носили международный характер, поскольку рассматривали споры между подданными разных государств. Так, в 1773 г. после захвата **русскими** крейсерскими судами в Греческом архипелаге (Эгейское море) нескольких **французских** купеческих судов с **турецкими товарами** на борту командующий французским военным судном Леклер Мартели де Шотард был выбран турецкими и французскими купцами для рассмотрения взаимных претензий французских судовладельцев и турецких грузовладельцев <137>, а в 1774 г. Мартели де Шотард и адмирал Г.А. Спиридов договорились о создании совместной "призовой комиссии", рассматривавшей жалобы купцов к русским морякам и компенсировавшей часть потерянного ими имущества <138>, причем подобная практика получила дальнейшее распространение <139>.

<135> 1367 January 23, Genoa/Genova, AS, Cartolari Notarili, 291, fol. 30 r-v.

<136> Так, в 1572 г. для осады Ла-Рошели король Генрих III заключил с купцами Ниора договор о ежедневной поставке в армию 30 000 караваев хлеба, 10 800 пинт вина и 20 000 фунтов говядины.

<137> Lettre de M. Martelli de Chautard, commandant l'Eclair, de Smyrne Arbitrage entre des negociants francais a Tripoli de Syrie - 1773 // Archives Nationales. Fonds Marine. **Sous-série** B/4: Campagnes. 1571 - 1785 [1787]. Mar/B/4/119 (1772 - 1773). F. 336.

<138> РГА ВМФ. Ф. 190. Оп. 1. Д. 121. Л. 8, 13 - 15. Цит. по: Велижев М.Б., Смилянская И.М., Смилянская Е.Б. Россия в Средиземноморье. Архипелагская экспедиция Екатерины Великой. М., 2011. С. 125.

<139> Нам удалось обнаружить данные о создании в 1774 г. аналогичной комиссии адмиралом Елмановым и капитаном де Пейнье. Lettres du chevalier de Peynier, commandant la Flore, d'Alger, Mandri, Smyrne et Paros - Commission instituee apres de la flotte russe pour examiner les pretentions des negociants francais - Lettres de l'amiral Almanoff, commandant le Pobedonock // Archives Nationales. Fonds Marine.

Sous-série B/4: Campagnes. 1571 - 1785 [1787]. Mar/B/4/122. 1774 F. 235.

К концу XVIII в. наступил период упадка арбитражных учреждений. Их количество заметно уменьшилось, многие существовавшие институциональные арбитражи либо прекратили свою деятельность (в Англии), либо трансформировались в государственные коммерческие суды (во Франции, Испании, Нидерландах). На смену им пришли новые формы, такие как арбитражи при торговых палатах (**chambers of commerce**). Такие палаты открылись в Нью-Йорке в 1768 г., в Нью-Хейвене в 1794 г., в Филадельфии в 1801 г. <140>. К концу XVIII в. арбитраж осуществлялся преимущественно в форме **ad hoc**. Причинами подобного упадка коммерческого арбитража были 1) упадок традиционных объединений коммерсантов (гильдий, цехов) по мере разрушения сословной структуры общества; 2) рост национализма и разрушение единого вненационального "торгового сословия"; 3) улучшение правосудия (внесословный состязательный процесс), а также "местные" факторы - недобросовестная конкуренция со стороны государственных судов (в Англии, Шотландии и Ирландии) <141> либо целенаправленная политика государства по "огосударствлению" арбитража (Франция, Испания, Нидерланды, Пруссия).

<140> Интересный штрих: Нью-Йоркская ТПП рассматривала дела в период американской Войны за независимость (1775 - 1783), когда королевские колониальные суды не функционировали.

<141> Например, в Великобритании и Франции судьи, чей доход напрямую зависел от количества рассмотренных дел, не скрывали своего враждебного отношения к арбитрам, своей деятельностью "покушавшимся" на источники этих доходов.

Так, во Франции в течение почти 420 лет (с издания эдикта 1563 г. до принятия в 1981 г. третьей и четвертой книг Нового гражданского процессуального кодекса, в последней из которых содержатся правила третейского производства, а специальные разделы посвящены международному арбитражу и признанию и исполнению иностранных арбитражных решений) в противовес арбитражу развивалась система частно-государственных торговых судов, именовавшихся до 1790 г. "консульскими", а позже - коммерческими <142>. Даже в период наибольшего благоприятствования идее арбитража (1790 - 1804) и неудачных экспериментов по замене юрисдикции государственных судов по гражданским спорам частной юрисдикцией (красноречиво описанных А.Ф. Волковым) систему созданных в годы Французской революции частных арбитражей не пытались распространить на торговлю. Напротив, позиции 184 торговых судов, существовавших к 1789 г., еще более упрочились. В докладе Совету пятисот комиссия, которой было поручено исследовать вопрос о целесообразности расширения торговых судов (1796), прямо говорила: "Торговый суд является наилучшим, поскольку он состоит из торговцев, свободно избираемых другими торговцами, и рассматривает споры между равными безвозмездно и без каких-либо формальностей" <143>. Однако поскольку за пределами Франции эта уникальная частно-государственная модель не получила распространения, то начиная с 1830-х гг. многие европейские государства отказались от монополии в сфере коммерческого правосудия.

<142> Lemerrier C. Un **modèle français** de jugement des pairs. Les tribunaux de commerce, 1790-1880. Histoire. **Université** Paris VIII Vincennes-Saint Denis, 2012. 522 p.

<143> Rapport fait au Conseil des cinq-cents, par Villers, au nom de la commission **chargée de présenter** le placement et l'arrondissement des tribunaux de commerce: **séance** du 11 **ventôse**, an IV. [Paris]: De l'Imprimerie nationale, **ventôse**, an IV [1796] p. 2. [**Bibliothèque** nationale de France, Le43-128]. ("Des **commerçans** choisis librement par des **commerçans** Jugent leurs pairs fans fiais, fans honoraires & prefque faus **Formalités** chaque partie pouvant venir **à** ce tribunal y expofer **elle-même** fes droits n'employant d'aurre **élo-** quence que celle de la nature").

В Англии в XIX в. международный коммерческий арбитраж уступил свои позиции в регулировании трансграничных сделок, связанных с перемещением товаров по суше, однако сохранил сильные позиции в сферах международной морской торговли и морского страхования <144>. По свидетельству современников, арбитраж продолжал пользоваться популярностью у британских коммерсантов, особенно если осуществлялся по британским обычаям <145>. Вместе с тем именно здесь в 1827 г. появился **международный инвестиционный арбитраж** - коллективные "биржевые" споры с участием держателей иностранных ценных бумаг <146>. Новый импульс арбитраж в Англии получил на рубеже XIX - XX вв. с принятием Арбитражного акта 1889 г., установившего презумпцию окончательности решения третейского суда, развернутую систему судебной проверки законности решений частных арбитражей и содействия третейскому разбирательству <147>.

<144> Лондон принял у Амстердама эстафету важнейшего арбитражного центра с основанием Балтийской биржи (1744).

<145> Macfarlane J. Dispute Resolution: Readings and Cases. Toronto, 1999. P. 533.

<146> Первые споры такого рода (греческий заем 1827 г. и венесуэльский заем 1846 г.) были рассмотрены Комитетом Лондонской фондовой биржи по правилам об оговорках по коллективным искам (Collective Action Clauses). Flandreau M. Collective Action Clauses before they had Airplanes: Bondholder Committees and the London Stock Exchange in the 19th Century (1827 - 1868) // Oxford Review of Economic Policy. 2003. Vol. 29. N 4. P. 668 - 696. См., например, историю арбитража с реструктуризацией займа Венесуэлы 1862 г. Ibid. P. 679 - 681.

<147> В Арбитражном акте 1889 г. законодатель, упоминая компетенцию третейских судов (ст. ст. 13 - 14), ограничился исключением из нее споров, связанных с уголовным преследованием, что не внесло большой ясности в вопрос о возможности рассмотрения третейским судом семейных, корпоративных споров и дел о банкротстве. Не были систематизированы и многочисленные ссылки на компетенцию третейского суда, содержащиеся в других законодательных актах, и судебные прецеденты, что сделало систему арбитрабельных споров крайне "мозаичной".

В России с 1649 г. арбитраж торговых споров с иностранцами допускался по закону (так, в гл. XV "О третейском суду" Соборного уложения 1649 г. нет никаких особых оговорок относительно иностранцев). Первым постоянно действующим международным коммерческим арбитражем в России стал Архангельский таможенный суд, в который входили "по очереди и выбору из гостей и из лучших торговых людей головы и целовальники в царствующем граде Москве и в порубежных городах великия России" (ст. 2 Новоторгового устава 1667 г.). В XVIII в. в некоторых пунктах пограничной торговли существовало несколько постоянно действующих третейских судов, например в Оренбурге. В период с 1727 по 1831 г. в России было принято более 20 нормативных актов, регламентирующих возможность рассмотрения и разрешения споров в третейских судах и порядок их деятельности. К компетенции коммерческих третейских судов относились следующие споры коммерческого характера: дела "о притязаниях, обманах и неустойках по коммерции"; должниках конкурсной массы; откупках (налогах); "принадлежности какой-либо книги" (авторском праве); выплате страховок; привилегиях; по договорам займа и найма и ряд других, причем решения таких судов признавались окончательными, закреплялась окончательность их решений. В дальнейшем был учтен французский опыт: учреждены коммерческие суды <148>, и принято Положение о третейском суде (1831), которое предусматривало две формы третейского суда - добровольный суд **ad hoc** и узаконенный третейский суд по французскому образцу. Это стало началом упадка коммерческого арбитража в России <149>.

<148> В Одессе (1808), Таганроге (1818), Феодосии (1819), Архангельске (1820), Измаиле (1824), Санкт-Петербурге (1832), Москве (1833), Новочеркасске (1835) и других городах.

<149> По свидетельству А.И. Вицына, после 1831 г. к добровольному третейскому суду никто не обращался. Узаконенный же третейский суд был невыносимой тяжестью не только для сторон, но нередко и для судей. Вицын А.И. Указ. соч. С. 5.

К началу XX в. "глобализация" мировой торговли, упадок традиционных арбитражных институтов, недостаточность консульского арбитража и третейских судов **ad hoc** для регулирования бурно растущего международного торгового оборота привели к революционным изменениям в регулировании международного коммерческого арбитража - возникновению международных арбитражных институтов и появлению международных конвенций о коммерческом арбитраже. Идея создания постоянно действующих арбитражей при биржах и иных объединениях коммерсантов в Англии "витала в воздухе" <150>, а в США была частично воплощена в жизнь (арбитраж при Нью-Йоркской торговой палате). Во Франции, несмотря на установленную Торговым кодексом 1807 г. <151> монополию торговых судов, а также господствовавшие до 1925 г. жесткие правовые ограничения юрисдикции арбитражей (вплоть до судебного запрета арбитражных оговорок о передаче в арбитраж споров, могущих возникнуть из контракта в будущем, под угрозой ничтожности таких оговорок <152>), осуществлялась популяризация коммерческого арбитража. В юридическом и деловом сообществе обсуждалась идея автономных постоянно действующих арбитражных учреждений (**l'arbitrage collectif autonome**) <153>. Существовали и коммерческие третейские суды, рассматривавшие сотни коммерческих споров в год, хотя по данному показателю они далеко уступали торговым судам <154>.

<150> Например, в 1865 г. члены Манчестерской товарной биржи провели голосование по вопросу учреждения Торгового трибунала при бирже, аргументируя это сложностью, формализмом и дороговизной судебных процедур, особенно в случаях "технической задолженности", не оспариваемой сторонами контракта по существу. Однако торговый трибунал был учрежден лишь в 1881 г., после показательного дела **Provand v. Riley**, в котором взыскание долга в 1 600 фунтов обошлось сторонам в 4 000 фунтов судебных издержек. Начиная с 1881 г. арбитраж начал функционировать, однако рассматривал лишь несколько десятков дел в год (рекорд в 91 дело был поставлен в 1908 г.). См.: Redford A. *Manchester Merchants and Foreign Trade: Vol. 2. 1850 - 1939.* Manchester, 1956. P. 133 - 135.

<151> Статья 631 Торгового кодекса гласила: "Торговые суды компетентны по спорам, относящимся к обязательствам и сделкам между негодантантами, торговцами и банкирами; по спорам, относящимся к торговому товариществу, между его участниками; по спорам, относящимся к торговым сделкам, между всеми лицами". Законом от 31 декабря 1925 г. была добавлена оговорка: "Однако стороны в момент заключения договора могут условиться передать перечисленные выше споры, как только они возникнут, на рассмотрение арбитрам". Текст приводится по кн.: Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов: гражданские и торговые кодексы: Учеб. пособие / Под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. М., 1986. С. 119.

<152> Решением Верховного Суда Франции от 10.07.1843 было установлено, что "только государственный суд может обеспечить правосудие, а арбитражные оговорки ничтожны". *Cour de cassation of 10 July 1843 (Cass. civ., 10 July 1843, S.1843.11.561).*

<153> См.: Mehren A.T. von. *International Commercial Arbitration: The Contribution of the French Jurisprudence // Louisiana Law Review.* 1986. Vol. 46. P. 1048 - 1049.

<154> Крупнейшие во Франции арбитражные учреждения рассматривали в 10 раз меньше споров, чем аналогичные коммерческие суды. Например, арбитраж при Национальном союзе промышленников и предпринимателей, объединявшем 42 торгово-промышленные палаты и свыше 4 000 коммерсантов (*L'Union nationale du commerce et de l'industrie*), за 1864 г. рассмотрел 750 дел, а в период с апреля 1874 по апрель 1875 г. 800 дел, в том числе 714 торговых, а арбитражи при объединениях виноторговцев и мясников - по 700 дел в год, в то время как Коммерческий суд Парижа (крупнейший частно-государственный институт разрешения споров) в указанный период рассматривал 75 000 дел в год.

Коммерческими кругами предпринимались попытки выработки единых правил признания арбитражных решений с тем, чтобы решения третейских судов могли быть исполнены в рамках системы государственного правосудия вне зависимости от места вынесения решения и национальности спорящих сторон. В 1912 г. в Бостоне на заседании Конгресса торговых палат была принята резолюция, согласно которой признавалась необходимость в разработке международных правил для арбитражного разрешения споров, возникающих в сфере международной торговли, а в 1919 г. на международной торговой конференции в Атлантик-Сити была принята резолюция об учреждении Международной торговой палаты. В 1923 г., на II конгрессе МТП, палата учредила постоянно действующий

Международный арбитражный суд (МАС) для разрешения международных коммерческих споров, действующий как обособленная организация.

Задача унификации международно-правового режима заключения арбитражных соглашений и исполнения арбитражных решений была решена путем принятия под эгидой Лиги Наций двух основополагающих международных документов: Женевского протокола об арбитражных оговорках 1923 г. и Женевской конвенции об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г. <155>. Основной их целью было обеспечение приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных по международным коммерческим спорам, за пределами государств, на чьей территории выносились соответствующие решения. Таким образом, в середине 1920-х гг. были созданы предпосылки для построения "единой системы международного арбитража". Улучшалось и национальное законодательство в сфере международного коммерческого арбитража (Федеральный арбитражный акт США 1925 г. и др.). Национальным законодательством некоторых стран процедура исполнения арбитражных решений была значительно упрощена (например, в Германии). Многие государства заключают между собой двусторонние договоры, предусматривающие взаимное признание и исполнение арбитражных решений (например, соглашение между СССР и Германией 1922 г.).

<155> Протокол об арбитражных оговорках, Женева, 24 сентября 1923 г. // Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк, 1973. С. 9 - 13; Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений, Женева, 26 сентября 1927 г. // Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк, 1973. С. 14 - 20. Ценность Женевского протокола для развития и функционирования международного коммерческого арбитража оказалась настолько высока, что впоследствии его текст был практически без изменений инкорпорирован в Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г.

Начинается процесс воссоздания **lex mercatoria**. Лига Наций ввела Конвенцию о Единообразном законе о переводном и простом векселе (07.06.1930, Женева), а Международная торговая палата опубликовала первую редакцию Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов (1933) и первую версию Инкотермс (1936).

Появились и первые постоянно действующие международные коммерческие арбитражные учреждения: Лондонская арбитражная палата, основанная по инициативе Муниципального совета лондонского Сити в 1892 г. (предшественница современного ЛМТС/LCIA), а также учреждения при ассоциациях по торговле хлопком (Ливерпуль и Бремен), шерстью (Лейпциг, Брэдфорд, Рубе, Туркуэн), шелком (Лион, Милан) и зерном (Париж, Милан). В первой половине XX в. были учреждены такие авторитетнейшие арбитражные институты, как арбитраж при Стокгольмской торговой палате (1917), Американская арбитражная ассоциация (1926), Внешнеторговая арбитражная комиссия и Морская арбитражная комиссия при Всесоюзной торговой палате (1932) (предшественницы МКАС и МАК при ТПП РФ).

Дальнейшее развитие международного коммерческого арбитража было прервано Второй мировой войной.

Глава 3. ОСНОВНЫЕ ТЕОРИИ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ АРБИТРАЖА

3.1. Дискуссии о правовой природе арбитража

Несмотря на то что исследование третейского разбирательства занимает не одно столетие, дискуссии о правовой природе этого феномена не утихают и в настоящее время.

Доктринальное обоснование правовой природы третейских судов, третейского соглашения и третейского разбирательства имело место еще в римском праве. В сохранившихся источниках имеются свидетельства различия между государственным судьей (**judex**) и частным арбитром (**arbiter**), назначаемым сторонами и утверждаемым претором. Что касается правовой основы деятельности третейских судей, то таковая базировалась на двух договорах, заключаемых тяжущимися сторонами: 1) соглашении, в котором стороны принимали обязательство подчиниться решению арбитра, и 2) договору с

арбитром, согласно которому арбитр принимал на себя обязанность разрешить переданный на его рассмотрение спор. Оба указанных договора рассматривались как частноправовые соглашения <1>.

<1> Подробное описание механизма арбитража по римскому праву и его правовой природы см.: Волков А.Ф. Торговые третейские суды. СПб., 1913. С. 1 - 27.

Целостные теории, в рамках которых объяснялась природа арбитража, не утратившие своего значения и сейчас, были сформулированы в XIX в. в Германии. В российскую юриспруденцию они пришли в середине XIX в. с помощью молодых юристов, направленных императором для учебы в Германию. Наиболее значительной работой в этой сфере стала книга А.И. Вицына "Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение" <2>. В ней впервые в российской юридической литературе были изложены основные доктрины юридической природы арбитража. Вслед за А.И. Вицыным вопрос о правовой природе арбитража в начале XX в. глубоко исследовал А.Ф. Волков <3>. Его исследование и поставленные вопросы не потеряли своей актуальности и сегодня.

<2> Вицын А.И. Третейский суд по русскому праву. Историко-догматическое рассуждение. М., 1856. Переиздание в журнале "Третейский суд". 1999. N 2/3, 4/6; 2000. N 1, 3, 6.

<3> Волков А.Ф. Указ. соч. Переиздание в журнале "Третейский суд". 1999. N 2/3; 4/6; 2000. N 1, 2, 4; 2001. N 1, 2, 3/4, 5/6.

За прошедшие со времен выхода книги А.И. Вицына полтора века споры о правовой природе арбитража, третейского соглашения не утратили своей актуальности и остроты. Дебаты о природе третейского суда и третейского соглашения шли на протяжении всего XX столетия в юридической литературе многих государств <4>, включая Россию.

<4> См., например, обзор литературы в кн.: Lew J., Mistelis L., Kröll S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague; London; New York, 2003. P. 71 - 81.

Отсутствие бесспорных, признаваемых всеми юристами подходов к оценке правовой природы арбитража - не только теоретическая проблема. Ее нерешенность влечет трудности и в правоприменительной практике. Одна из главных проблем практической деятельности касательно вопроса правовой природы арбитража состоит в том, чтобы определиться, нормы каких отраслей права подлежат применению в отношении арбитражного соглашения и третейского разбирательства. Выбор соответствующей группы норм, регулирующих отношения между сторонами арбитражного разбирательства, должен определяться исходя из генетической природы института арбитража.

Исследование правовой природы арбитража традиционно осуществляется юристами-международниками. Это накладывает отпечаток на дискуссии, поскольку проблема осмысления этого правового явления осложняется необходимостью оценки соотношения международного частного права и национального права. Такая ситуация чревата тем, что стремление государств к единообразию регулирования арбитража может привести к отрыву от традиционных принципов национально-правовой системы той или иной страны <5>.

<5> См.: Ануров В.Н. Юридическая природа международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. М., 2000. С. 7.

Кроме того, конкуренция теорий объясняется тем объективным фактом, что арбитраж находится на стыке материально-правовых и процессуально-правовых явлений, имеет как публично-правовые, так и частноправовые аспекты <6>.

<6> В свое время Л. Фридман заметил, что арбитраж сравним "с коктейлем, состоящим из смеси публичного и частного права". Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 25.

Таким образом, на сегодняшний день все подходы к объяснению феномена третейского разбирательства не имеют единого знаменателя. Также в настоящее время не просматривается тенденций объединения в рамках единой доктрины правоведов, дискутирующих о природе арбитражного разбирательства, его принципах и месте в системе права. Это имеет зримые негативные последствия в текущей правоприменительной практике. Может быть, именно поэтому в юридической литературе появляются сомнения в практической ценности теорий, объясняющих правовую природу третейского суда (международного коммерческого арбитража) <7>.

<7> Карабельников Б.Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений: Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. М., 2001. С. 62; Петров М.В. Взаимодействие государственного суда и международного коммерческого арбитража: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 6.

Мы не можем согласиться с этими сомнениями. С нашей точки зрения, следствием отсутствия единства теоретических представлений о природе третейского соглашения и третейского разбирательства являются:

1) существенные неопределенности в правовом регулировании третейского разбирательства <8>;

<8> Так, например, французские правоведы указывают на трудности регулирования арбитража, поскольку необходимо оптимально расположить соответствующие нормы, с одной стороны, в Гражданском кодексе, а с другой - в Гражданском процессуальном кодексе. Delvolve J.-L., Pointon G.H., Rouche J. French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 16.

2) ошутимые противоречия практики третейского разбирательства и судебно-арбитражной практики по вопросам оспаривания и исполнения решений третейских судов и международных арбитражных учреждений, поскольку суды не имеют ориентиров правоприменения.

Это диктует настоятельную необходимость осмысления третейского разбирательства с точки зрения существующих представлений о праве и месте арбитражного разбирательства в системе права. Далее рассмотрим основные теории правовой природы арбитража.

3.2. Договорная (консенсуальная) теория

Договорная теория третейского соглашения связывается с именем прокурора французского кассационного суда начала XIX в. Ф. Мерлена <9>. Однако, как нам представляется, ее истоки следует искать в римской юриспруденции.

<9> Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. М., 1961. Ч. 3. Арбитраж. С. 50.

Договорная, или консенсуальная, теория арбитража исходит из того, что третейское соглашение представляет собой гражданско-правовой договор, который влечет для его сторон гражданско-правовые обязательства, в том числе и обязательство подчиниться решению, принятому арбитражем.

В римском праве имел место дифференцированный подход к третейскому разбирательству. Институт, получивший наименование **compromissum sub poena**, предполагал, что арбитражное

разбирательство основывалось на двух договорах: соглашении о том, что споры, которые возникли или могут возникнуть между сторонами, передаются на рассмотрение арбитражу, и соглашении о том, что, если решение арбитража добровольно не будет исполняться той стороной, которая проиграла спор, то на нее будет возложена обязанность уплатить штрафные санкции. Исполнение решений арбитражей обеспечивалось тем, что государственные суды взыскивали штрафы со стороны, не желавшей исполнять решение арбитража. При этом государственные суды не вторгались в оценку решений третейского суда по существу <10>.

<10> David R. Arbitration in International Trade. Kluwer Law International, 1984. P. 84 - 85.

Договор об арбитраже представляет собой сложно структурированное явление, поскольку включает в себя в качестве необходимых элементов третейское соглашение и третейское решение. Заключая арбитражное соглашение, стороны принимают на себя обязательство в дальнейшем подчиниться решению третейского суда. Таким образом, в контексте данной теории отношения между сторонами приобретают характер гражданско-правового договора. Единство статута арбитража обеспечивается тем, что все стадии арбитража, начиная от заключения третейского соглашения и заканчивая принятием арбитражного решения, являются звеньями единого процесса <11>.

<11> Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права: В 3 т. М., 1976. Т. 3. Международный гражданский процесс. С. 217.

Радикальное выражение интерпретация гражданско-правовой природы арбитража находит в доктрине, которая объясняет взаимоотношения арбитра и сторон с точки зрения заключаемого ими агентского договора (или более узко - договора поручения) или договора возмездного оказания услуг <12>. Предпосылкой этой теории выступает указание на то, что участники арбитража заключают два вида договоров: соглашение сторон о передаче споров на разрешение третейского суда (**compromissum**) и соглашение между сторонами и арбитрами (**receptum**) <13>. В свою очередь, третейское соглашение с арбитрами интерпретируется в качестве мандата, которым удостоверяется право третейского суда разрешить спор. Исполняя это поручение, третейские судьи выступают в роли поверенных сторон. В литературе указывается на то, что такое отождествление третейского соглашения с одним из видов гражданско-правовых договоров носит радикальный характер <14>. По этой причине третейского судью иногда именуют "нанятым судьей" <15>.

<12> Комментарий к Федеральному закону от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации". М., 2015. С. 26 - 27 (автор комментария - Д.Х. Валеев). Один из последовательных сторонников взгляда на арбитраж как на оказание услуг А.И. Муранов иронизирует по этому поводу: "Нельзя также не отметить, что в России и многие нотариусы, и адвокаты, и третейские судьи/судьи стыдливо отказываются признавать свою деятельность по рассмотрению спорных ситуаций услугами, "гордо" пытаясь объяснить ее публично значимой деятельностью. Конечно же, она публично значима, но оказанием услуг от этого быть тем не менее не перестает". Цит. по: Муранов А.И. В поддержку третейских проектов Минюста России // Третейский суд. 2014. N 2/3. С. 281.

<13> Кейлин А.Д. Указ соч. Ч. 3. С. 44

<14> Ануров В.Н. Третейское соглашение: Монография. М., 2009. С. 22.

<15> Фридман Л. Введение в американское право. М., 1993. С. 26.

В рамках договорной теории имеет место еще одна интерпретация арбитража, которая основывается на тезисе о том, что третейское решение представляет собой разновидность мирового соглашения. Однако такой подход критиковался еще в начале XX в. При этом А.Ф. Волковым констатировалось, что если мировое соглашение - это всегда компромисс, согласование, основанное на взаимных уступках, то арбитражное решение может быть принято с игнорированием воли тяжущейся

стороны <16>.

<16> Волков А.Ф. Указ. соч. С. 114 - 115.

Критика теории "нанятого судьи" основана на том, что возможности арбитра, определяемые его усмотрением, вступают в конфликт с обязанностями агента следовать указаниям доверителя. Завершение деятельности поверенного имеет своим итогом отчет перед доверителем, что несовместимо с функциями независимого от сторон арбитража <17>.

<17> Кейлин А.Д. Указ. соч. Ч. 3. С. 45.

Еще одна интерпретация третейского соглашения как разновидности гражданско-правовой сделки - указание на арбитров как на представителей сторон в судебном разбирательстве. Если два "арбитра-представителя" не приходят к единому мнению, они избирают третьего арбитра (суперарбитра), мнение которого оказывается решающим <18>.

<18> Такая модель арбитражного разбирательства в недавнем прошлом была реализована в Англии. См.: Ануров В.Н. Указ. соч. С. 23.

Важное практическое последствие договорной теории для правоприменения состоит в том, что в случае необходимости оценки действительности/недействительности, заключенности арбитражного соглашения к нему применяются нормы гражданского законодательства. Так, при определении заключенности арбитражного соглашения необходимо исследовать предмет и существенные условия арбитражного договора; при рассмотрении вопроса об изменении, расторжении или прекращении арбитражного соглашения следует прибегать к нормам гражданского законодательства, регулирующим изменение, расторжение или прекращение гражданско-правовых договоров; в том случае, если ставится вопрос о недействительности арбитражного соглашения, соответствующую оценку следует давать с позиций теории недействительности гражданско-правового договора, сформулированной в действующем гражданском законодательстве.

С точки зрения международного частного права договорная теория позволяет обосновать возможность коллизионной привязки к арбитражной процедуре, т.е. необходимость применения норм иностранного права для регулирования процессуальных вопросов.

Вместе с тем сторонники этой теории не принимают во внимание тот факт, что, строго говоря, само арбитражное соглашение не порождает гражданско-правовых последствий <19>. Правовой эффект, возникающий в связи с заключением арбитражного соглашения, состоит в процессуальных последствиях, которые исключают возможность рассмотрения споров государственным судом.

<19> В практике можно встретить судебные решения, в которых прямо указывается на то, что третейское соглашение не направлено на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Например, Постановление ФАС Центрального округа от 05.03.2009 по делу N А35-6404/08-С4. Или: "Соглашение о передаче спора на разрешение его третейским судом фиксирует результат распоряжения сторонами своими процессуальными правами и обязанностями". Цит. по: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16.06.2005 по делу N А56-21019/2004. Также в Определении ВС РФ от 02.11.2016 N 306-ЭС16-4741 говорится, что арбитражное соглашение не является соглашением, определяющим взаимные гражданские права и обязанности.

Обоснование гражданско-правовой природы арбитражного соглашения иной раз сводится к тому, что оно предоставляет обеим сторонам средства защиты их прав и интересов, поскольку влияет на возникновение, изменение и прекращение правоотношений опосредованным образом <20>.

<20> Рожкова М.А. Миротворение: использование в коммерческом обороте. М., 2005. С. 36 - 37.

Однако следует учитывать, что арбитражное соглашение представляет собой акт частного права. Другими словами, арбитражное соглашение - это частноправовой договор, который, однако, нельзя отождествлять с гражданско-правовым договором. Понятие частноправового договора шире, чем понятие гражданско-правового договора; гражданско-правовой договор является разновидностью частноправового договора. При этом следует согласиться со сторонниками договорной теории арбитража в том, что арбитражное соглашение служит средством обеспечения действительности и эффективности гражданско-правовых договоров, но это обстоятельство не влияет на правовую характеристику сути третейского соглашения.

Критики договорной теории арбитража говорят и о том, что единство воли сторон в арбитраже не находит своего выражения - ни в процедуре, ни в арбитражном решении. Таким образом, отсутствие единства воли сторон исключает договорную природу арбитража <21>. Возражения против практической реализации договорной теории, особенно с точки зрения представления арбитража как "обычной" услуги в ее гражданско-правовом смысле, имели место и во время проведения последней реформы арбитража в России. Такой подход не соответствует "подходам Европейского суда по правам человека, ни подходам Конституционного Суда Российской Федерации, несмотря даже на то, что во многих западных "протретейских" юрисдикциях "арбитраж" приравнивается к услуге с точки зрения налогообложения и признается таковой в различных экономических классификаторах (в том числе ВТО)" <22>.

<21> Лунц Л.А., Марышева Н.И. Указ. соч. Т. 3. С. 218.

<22> Савранский М.Ю. Нужна ли революция в российском третейском разбирательстве? // Третейский суд. 2014. N 2/3. С. 16.

Российская правоприменительная практика противоречива в отношении применения договорной теории. С одной стороны, имеют место массовые случаи применения норм гражданского законодательства в исках о недействительности арбитражного соглашения <23>. С другой стороны, государственный суд признает недействительным штраф, который налагается третейским судом на одну из сторон в соответствии с арбитражным соглашением, несмотря на то, что таковой может быть предусмотрен правилами арбитража и соглашением сторон <24>.

<23> См., например, Определение ВС РФ от 25.11.2015 N 308-ЭС15-10232 по делу N А63-1891/2013; Постановление ФАС Уральского округа от 19.12.2000 по делу N Ф09-1863/2000; Постановление АС Северо-Западного округа от 22.05.2015 по делу N А26-7793/2013.

<24> Определения ВС РФ от 14.06.2016 N 305-ЭС16-5449 по делу N А40-131620/2015, от 09.08.2016 N 305-ЭС16-8895 по делу N А40-173700/2015, от 15.08.2016 N 305-ЭС16-9450 по делу N А40-79284/2015.

3.3. Юрисдикционная (процессуальная) теория

В основе аргументационной системы юрисдикционной (процессуальной) доктрины находятся тезисы о том, что заключение арбитражного соглашения порождает единственный эффект, который носит процессуальный характер. Из этого следует, что арбитражное соглашение есть процессуальный договор. Целью этого договора является исключение возможности рассмотрения спора государственным судом, т.е. изменение подведомственности дела. При этом деятельность третейского судьи по своей форме схожа с процессуальной формой, в которой реализуется деятельность государственного судьи.

Таким образом, арбитраж - это совокупность процедур, подчиненных процессуальной форме. В отличие от адептов договорной теории сторонники юрисдикционной теории утверждают, что материально-правовых последствий арбитражное соглашение не порождает.

Несмотря на то что арбитражные процедуры существенно отличаются от процедур в государственных судах, они не перестают оставаться процедурами, т.е. нормативно организованными действиями, направленными на организацию разрешения спора, переданного на рассмотрение третейского суда.

Одно из существенных отличий юрисдикционной теории от договорной доктрины арбитража состоит в том, что если договорная теория рассматривает третейское соглашение и арбитражное решение в качестве двух неразрывно связанных звеньев, то процессуальная доктрина исходит из того, что в арбитражном соглашении действительно выражена воля сторон, в то время как в арбитражном решении - воля третейских судей, не зависящая от усмотрения сторон. При этом, в отличие от третейского компромисса, "арбитражное решение может быть пересмотрено, изменено апелляционным судом, что, по мнению сторонников данной теории, решительно подтверждает, что оно является судебным решением, а не договором" <25>.

<25> Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. М., 2013. С. 11.

Противники юрисдикционной теории указывают, что арбитражное соглашение непосредственно не влечет процессуальных последствий. В цепочку причинной связи между действиями сторон третейского соглашения должны быть включены и действия государственного суда <26>.

<26> Рожкова М.А. Указ. соч. С. 143.

Кроме того, оппоненты процессуальной теории третейского соглашения говорят, что эта доктрина наделяет арбитражный договор несвойственным ему публичным процессуальным содержанием. Между тем компромисс (третейское соглашение) не является ни публичным договором вообще, ни процессуальным договором в частности, поскольку не может породить публичное правоотношение и не направлен на процессуальные последствия (на замещение процессуального положения стороны и возбуждение третейского разбирательства) <27>.

<27> Новиков Е.Ю. Третейское разбирательство споров, подведомственных судам общей юрисдикции: проблемы нормативного регулирования // Актуальные проблемы гражданского процесса: Сб. ст. в честь юбилея д-ра юрид. наук, проф., засл. работника высш. шк. РФ Н.А. Чечиной / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2002. С. 195.

Что касается практических последствий реализации юрисдикционной теории, то они заключаются в том, что к арбитражной оговорке неприменимы нормы, регулирующие материально-правовые аспекты соглашения сторон. Сторонники этого подхода утверждают, что третейская оговорка не может считаться внешнеэкономической сделкой, поскольку регулирует не гражданско-правовые отношения между сторонами, а исключительно процессуальные отношения <28>. В частности, к арбитражной оговорке не могут быть применены правила, регулирующие форму внешнеэкономической сделки (ранее действовавшая норма о двух подписях на внешнеторговом контракте). Эти аргументы легли в основу широко известного дела из практики Внешнеторговой арбитражной комиссии **Sojuznefteexport v. JOC Oil Limited**.

<28> Ванеев А.С., Дякин Д.Б. Действительность арбитражной оговорки в российской и зарубежной практике // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 1. С. 39.

В российской судебной практике также можно встретить аргументацию, основанную на процессуальной теории. Так, в одном из дел компетентный государственный суд указал, что соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда не может быть признано сделкой в смысле ст.

153 ГК, поскольку **третейское соглашение имеет процессуальный характер и не является сделкой в сфере гражданского материального права**, так как не направлено на достижение тех или иных юридических последствий в этой сфере. Третейское соглашение влечет юридические последствия только в области процессуального права, поэтому нормы гражданского законодательства не могут применяться в качестве основания для признания его недействительным; третейское соглашение - это соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда, т.е. соглашение, определяющее подведомственность споров. Названное соглашение свидетельствует только о том, что стороны фактически распорядились своими процессуальными правами и обязанностями <29>.

<29> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 10.05.2011 по делу N А11-6675/2010.

3.4. Смешанная теория (теория sui generis)

В рамках смешанной доктрины арбитража объединены постулаты как договорной (консенсуальной) доктрины, так и юрисдикционной (процессуальной) теории.

Эта теория была сформулирована как некая примирительная попытка дать ответ на, казалось бы, неразрешимые противоречия, порождаемые столкновением сторонников, с одной стороны, договорной, а с другой - юрисдикционной теории.

Обоснование теории **sui generis** (от лат. "единственный в своем роде") связывается с выступлением швейцарского профессора Дж. Саиссэ-Холл на 44-й сессии Института международного права, проходившей в апреле 1952 г., где он представил доклад, в котором сформулировал свои взгляды на правовую природу арбитража <30>.

<30> Цит. по: Лебедев С.Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / Сост. А.И. Муранов. М., 2009. С. 65.

Основное содержание этой теории состоит в том, что часть элементов арбитража регулируется материальным правом, а часть - процессуальным правом. Так, действительность арбитражного соглашения, правосубъектность его участников, будучи сферой договорного права, могут быть разрешены с применением норм гражданского права; что же касается вопросов третейского разбирательства, то таковые переходят в сферу процессуального права <31>. Вместе с тем материально-правовые и процессуально-правовые аспекты арбитража имеют неразрывную связь, поскольку взаимодополняют друг друга, а автономное существование каждого из этих элементов в рамках данного института бессмысленно. Сторонники этой теории отмечают, что сочетание отмечаемых всеми двух граней имеет взаимообусловленный, сущностно детерминированный характер. Прослеживается определенная последовательность элементов арбитража: сперва гражданско-правовые, т.е. материально-правовые (договорные), а затем, на последующих стадиях арбитража, процессуально-правовые элементы <32>.

<31> Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Третейский суд. 2003. N 2. С. 6 (автор комментария - В.В. Ярков).

<32> Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3 т. М., 2001. Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. С. 146.

Таким образом, отмеченные особенности арбитража, которые проявляются как взаимосвязь и взаимодействие материальных и процессуальных его элементов, позволяют говорить об этой теории как о доктрине **sui generis**.

В то же время критика смешанной теории основана на утверждении о том, что эта теория не дает ответа на вопрос о критерии определения границы, разделяющей материально-правовое и процессуально-правовое регулирование арбитража <33>. При этом попытка объявить правовое явление

sui generis оборачивается уходом от анализа сложного правового феномена, который, по сути, является межотраслевым институтом и не может быть сведен к простой сумме элементов <34>.

<33> Попов М.А. Теоретические и практические проблемы российской модели регулирования деятельности третейских судов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. С. 11.

<34> См.: Ануфриева Л.П. Указ. соч. Т. 3. С. 145 - 146; Ануров В.Н. Указ. соч. С. 46 - 47.

3.5. Автономная теория

Как своего рода отрицание договорной, юрисдикционной и смешанной теорий возникла автономная теория (доктрина **sui juris**) коммерческого арбитража. Она стала своего рода следствием отказа от неудачных попыток поиска единого начала, объединяющего все вышеуказанные теории.

Автономная теория арбитража была представлена на суд общественности французской Ж. Рубеллен-Девиши, которая в 1965 г. опубликовала статью, ставшую своего рода манифестом этой доктрины <35>.

<35> Rubellin-Devichi J. L'Arbitrage Nature Juridiqui // Droit interne et Droit international prive. Paris, 1965. P. 18.

Смысл этой теории заключается в том, что арбитраж представляет собой независимое явление, которое не укладывается в традиционные юридические представления. Правовую природу третейского разбирательства следует объяснять исходя из соображений удобства разрешения коммерческих споров. В этом заинтересованы прежде всего предприниматели и особенно те бизнесмены, которые участвуют в международных экономических отношениях. Формирование процедур арбитража определяется потребностями коммерческого оборота, которые и выступают в качестве источника развития этого института.

Динамика коммерческого оборота требует особых форм разрешения споров, которые не могут быть объяснены не только с позиций материально-правовой или процессуальной теории, но и даже в контексте обоснования смешанной природы арбитража, поскольку сам арбитраж непрерывно эволюционирует под влиянием прагматических соображений. Это означает, что главенствующую роль в арбитраже имеют правила, формируемые самими сторонами и арбитрами, а роль национального законодательства нивелируется. Таким образом, автономия воли сторон становится доминирующей в коммерческом арбитраже, независимой от публичной власти во всех аспектах третейского разбирательства.

В то же время автономная теория, основанная на активной критике конкурирующих доктрин, сама не дает ответа о месте арбитража в правовой действительности. Фактически эта теория отказывается от объяснения сути арбитража. Это обстоятельство, с нашей точки зрения, делает ее сугубо умозрительной, оторванной от реалий понимания социальной жизни.

Следует отметить, что автономная теория развивалась применительно к международному коммерческому арбитражу и охватывает международно-правовые аспекты арбитражного разбирательства, не объясняя те аспекты третейского разбирательства, которые свойственны внутреннему арбитражу.

3.6. Концессуальная теория

В российской правовой науке к проблематике концессуальной теории арбитража обращаются представители екатеринбургской процессуальной школы <36>, которые ссылаются на профессора из Великобритании Стоука.

<36> Котельников А.Г. Правовая природа арбитражного соглашения и последствия его заключения:

Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 80; Чупахин И.М. Решение третейского суда: теоретические и прикладные проблемы. М., 2015. С. 34 и сл.

Первоначальная идея, на которой основана концессуальная теория, заключается в том, чтобы обосновать иммунитет третейских судей. Отсюда и другое ее название - теория иммунитета.

Концессуальная теория исходит из того, что государство уполномочивает ("дает концессию") арбитраж на осуществление правосудной функции.

В рамках концессуальной теории обосновывается, что решение арбитража и те последствия, которые оно вызывает, являются "результатом уступки со стороны государства. Указанные последствия проявляются в строго очерченных рамках, заданных законодателем, исходя из соображений целесообразности допуска частных лиц в правоприменительную деятельность на определенном этапе развития гражданского оборота, в то время как судебные акты являются прямым проявлением государственной власти" <37>.

<37> Чупахин И.М. Указ. соч. С. 40.

Эта доктрина, при ее последовательном развитии и законодательном воплощении, может иметь существенные последствия для публичной власти. В частности, если нормативно признать, что государство в определенной степени делегирует реализацию публичных функций арбитражу, то оно должно нести ответственность (включая имущественную) за ненадлежащее исполнение третейскими судами своих обязанностей. В свою очередь, это становится основой для обоснования тщательного контроля со стороны государства за деятельностью арбитража вплоть до вторжения в правоприменение, осуществляемое третейскими судами. Такая идеология вряд ли может быть привлекательной как для государства, которое приобретает дополнительные обязанности, так и для третейских судов, в значительной степени утрачивающих свою независимость, подвергающихся своего рода втягиванию в официальную юрисдикционную систему. Непривлекателен этот подход и для участников третейского разбирательства, поскольку при существенном контроле со стороны государства значительно сужается автономия воли сторон при формировании третейского суда и определении правил третейского разбирательства.

Следует признать, что концессуальная теория в отечественном правоведении не получила широкого признания и не составляет убедительной конкуренции другим доктринам правовой природы арбитража.

3.7. Теория частного процессуального права <*>

<*> Более подробно данный материал см.: Закон. 2017. N 9. С. 41 - 59.

Традиционно, если не сказать механически, природу арбитража связывают с наиболее известными отраслями права. Поскольку арбитраж, особенно в нашей стране, почти не изучался как самостоятельный правовой институт, а факультативно встраивался в предмет таких наук, как гражданское, коммерческое, предпринимательское право, международное частное право, арбитражный и гражданский процесс, то и наполнение его правового содержания происходило разнонаправленно.

В результате такого достаточно искусственного встраивания в предмет той или иной правовой отрасли, а также изучения арбитража с позиции наиболее развитых юридических наук природа арбитража, по сути, в них растворялась, "перемалываясь жерновами" несвойственных ей предмета правоотношений и/или метода их правового регулирования, а сам арбитраж превращался в своеобразное аморфное суррогатное месиво, напоминающее пластилин, из которого при желании можно лепить что угодно.

Последствия этого мы наблюдаем на практике, изобилующей многочисленными примерами многовекторных (добросовестных при возможном заблуждении и недобросовестных при наличии умысла)

трактовок природы арбитража. Хаотическое развитие правоприменения и законодательства в области арбитража, в свою очередь, не позволяет повысить уровень доверия к институту третейского разбирательства и сформировать столь необходимый для его роста проарбитражный подход.

Все наиболее известные теории арбитража зарождались в определенной последовательности, отражающей исторические вехи развития правовой науки <38>, правоприменительной практики и нормотворческой техники. Самыми древними доктринальными взглядами на основы арбитража (арбитражного соглашения) являются договорная теория (сформировалась в начале XIX в.) и процессуальный взгляд на основы третейского разбирательства (конец XIX в.). К середине XX в. в качестве своеобразного компромисса между договорной и процессуальной школами арбитража укореняется гибридная (**sui generis**) теория третейского разбирательства. Примерно в это же время возникает теория, которая отвергает все устоявшиеся ранее представления, - теория арбитража, подчеркивающая автономность третейского разбирательства, его независимость от каких бы то ни было научных воззрений и уникальность.

<38> Как известно, гражданский процесс как самостоятельная юридическая наука стал формироваться лишь в середине XIX в. До этой поры в доктрине господствовало представление о производном характере процесса, образовании его от материального права. См., например: Рязановский В.А. Единство процесса. М., 1967. С. 15.

Можно выделить два исторических периода развития взглядов на природу арбитража. Первый связан с обоснованием природы арбитража с опорой на наиболее развитые правовые теории - гражданского права и процессуального права. Начало второго определяется, с одной стороны, непреодолимым кризисом в дискурсе между сторонниками договорной и процессуальной теориями арбитража, а с другой - поиском синтезированного представления о природе арбитраже либо констатацией автономии арбитража без конкретизации правового содержания.

Как отмечается в юридической литературе, перечисленные выше теории не создают целостного представления о правовой природе арбитража. Авторы и сторонники рассмотренных теорий проецируют их на не свойственные данному институту отношения: в случае договорной теории - на материальные (гражданско-правовые), а в случае процессуальной теории - на отношения в сфере государственного судопроизводства (правосудия), т.е. публичные по своему генезису гражданско-процессуальные отношения. Не избежала обоснованной критики и смешанная теория правовой природы третейского суда. Так, хорватские правоведы С. Оманович и С. Трива называют ее "квазимеханическим синтезом гражданско-правовых и процессуальных элементов" <39>. Смешанная теория арбитража вряд ли может быть использована для характеристики третейского разбирательства, поскольку, учитывая проблематичность договорного и публично-процессуального подходов в отдельности, трудно представить и их реальное совместное действие в правовом поле третейского процесса.

<39> См.: Трива С. Гражданское процессуальное право. Загреб, 1980. С. 308. Цит. по: Чолак Ивица Р. Правовая природа международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2006. N 6. С. 91.

Современное развитие взглядов на природу арбитража сконцентрировалось на углублении представлений об автономии международного коммерческого арбитража <40>. Именно автономная теория арбитража обладает наибольшим научным потенциалом для уяснения специфики третейского разбирательства, несмотря на то, что она не дает правовой характеристики арбитражу. Гораздо важнее другое: она заявляет о самостоятельности арбитража как правового явления и не пытается "втиснуть" его в прокрустово ложе наиболее известных и исследованных отраслей права, обозначая присущую ему многомерность. Не менее интересны выводы о том, что главенствующая роль в формулировании правил арбитража принадлежит сторонам и арбитрам, а не национальному законодательству, и о доминировании в арбитраже автономии воли сторон, независимости от публичной власти.

<40> См.: Курочкин С.А. Современная доктрина международного коммерческого арбитража: тенденции развития // Третейский суд. 2015. N 4. С. 108.

3.7.1. Исходные предпосылки для обоснования сущности арбитража

Ответить на вопрос: "Что такое арбитраж, третейский суд, арбитражное соглашение в правовом смысле?" - вполне возможно, но для этого необходимо четко обозначить исходные посылки. Самая важная из них - **третейское разбирательство - это институт саморегулирования гражданского общества**. Об этом также высказался Конституционный Суд Российской Федерации в своем наиболее глубоком по содержанию Постановлении N 10-П, посвященном третейскому разбирательству. КС РФ, в частности, отметил: "...Третейские суды не осуществляют государственную (судебную) власть и не входят в судебную систему Российской Федерации, состоящую из государственных судов. Это, однако, не означает, что Конституция Российской Федерации исключает тем самым возможность разрешения гражданско-правовых споров между **частными лицами** в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов, **действующих в качестве институтов гражданского общества**, наделенных публично значимыми функциями... подтверждается правомерность обращения частных лиц - в пределах реализации ими на основе автономии воли права на свободу договора - к третейскому разбирательству в сфере гражданских правоотношений, где допускается **разрешение споров посредством общественного саморегулирования**".

Важным для характеристики арбитража как института саморегулирования гражданского общества в рассматриваемом Постановлении КС РФ является тезис о наделении третейских судов **публично значимыми функциями**. Речь в данном случае, конечно же, не идет о делегировании третейским судам "сверху" функции по осуществлению судопроизводства (см. пар. 3.3 данной главы). Уточнение о том, что "третейские суды не осуществляют государственную (судебную) власть" (посредством гражданского судопроизводства. См. ч. 2 ст. 118 Конституции РФ), это полностью исключает. Как справедливо отмечает Т.Е. Абова, наделение третейского суда публично значимыми функциями не равнозначно делегированию функции судебной власти (правосудия) государственного суда третейским судам <41>. Это означает, что третейский суд является одним из тех институтов гражданского общества (а не государства), деятельность которых публично значима, если бы это было не так, то государственный суд не выдавал бы исполнительные листы для принудительного исполнения решений третейского суда. Таким образом, наделение третейского суда публично значимыми функциями проявляется лишь в связанных с третейским разбирательством правовых эффектах, которые выходят за рамки процедуры арбитража и выражаются в содействии деятельности третейских судов со стороны государства: прежде всего в выдаче государственными судами исполнительных листов на арбитражные решения, приведении в исполнение решений иностранных третейских судов. Сказанное позволяет еще раз усомниться в действительности публично-процессуального и концессуального взглядов на правовую природу арбитража.

<41> Абова Т.Е. Еще раз о третейском суде // Третейский суд. 2013. N 3. С. 150 - 151.

Однако наделение третейского суда публично значимыми функциями даже за рамками третейского разбирательства оказывает существенное влияние на его развитие, и, к сожалению, не только в позитивном ключе. По сути, это своеобразный первый уровень такого явления, как "судоизация" арбитража, или "оборачивание" его формальными наслоениями, которые постепенно приближают арбитраж к модели государственного судопроизводства, выхолащивая его основные диспозитивные начала.

Основные арбитражные начала (максимы) - добровольность избрания сторонами арбитража как способа альтернативного разрешения спора, доверительность выбора сторонами арбитров и "администрирующего" центра на основе конфиденциальности возникающих отношений, диспозитивность правил арбитража и возможности участия сторон и арбитров в определении их условий, добровольность (добросовестность) исполнения арбитражного решения - постепенно размываются и деградируют под напором несвойственных третейскому разбирательству интересов.

Возможно, положительная идея о наделении решения арбитража свойством исполнимости,

особенно на международном уровне, закрепленная когда-то в национальных и международных источниках арбитража, в сущности, свела на нет принцип добровольности исполнения решения арбитража. Все более глубокая формализация и публикация отношений в сфере арбитража на законодательном уровне (еще один уровень "судоизации" третейского разбирательства) резко снижают гибкость арбитражной процедуры и уровень ее диспозитивности. Этот ряд последствий при желании можно продолжить.

Существенное влияние на развитие позитивных и негативных тенденций в области арбитража оказывают различные общественные группы. Представители автономной теории арбитража вполне аргументированно хотят поставить его "на службу" бизнесу, не уделяя особого внимания его правовой характеристике. Подобный подход может привести (а иногда и приводит) к материализации идеи арбитража как исключительно в правовом значении (договорная теория арбитража), так и в прямом смысле, когда сам арбитраж превращается в бизнес и ведется по его законам. Нельзя также не учитывать активную деятельность в области развития международного коммерческого арбитража Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Однако не все ее рекомендации по развитию международного арбитража можно воспринимать без необходимой адаптации к национальным условиям. Отдельные предложения настолько сильно приближают арбитраж к возможностям государственного судопроизводства, что становятся почти нереализуемы на национальном уровне, поскольку наделение ими всех без исключения арбитражных центров, отличающихся уровнем своего развития, может привести либо к манипулированию этими возможностями, либо к глобализации арбитража и расщеплению статуса третейского суда на национальном уровне, процесс чего мы наблюдаем в настоящий момент в России после проведения третейской реформы 2015 г. Кроме того, процесс глобализации и локализации арбитража приводит к снижению его доступности; арбитраж перестает развиваться на конкурентной основе, становится местом разрешения споров "для избранных", а не способом разрешения споров, который может избрать каждый.

В целом подобные явления отражаются на доверии к арбитражу как способу альтернативного разрешения споров, направляют развитие арбитража по несвойственным векторам, превращая третейские суды в суррогаты или гибридную форму разрешения споров, своеобразную смесь арбитража и судопроизводства, что существенно осложняет выявление правовой идентичности третейского разбирательства.

Определение природы арбитража также затруднительно, если не прояснить, что такое "право на арбитраж" и откуда оно возникает. Если считать арбитражем лишь нормативное его отражение в законодательстве, то у него никогда не будет своего лица, поскольку оно всегда будет зависеть от прихоти законодателя, который опять же выражает интересы либо государства, либо лоббирующих общественных групп. Отправными точками в данном отношении должны считаться естественно-правовое наполнение альтернативного разрешения споров и вытекающая из него диспозитивная природа третейского разбирательства, что находит свое подтверждение в Основном Законе страны: "Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом" (п. 2 ст. 45 Конституции РФ).

Таким образом, исходными посылками в определении природы арбитража являются возникновение и функционирование его как естественно-правового института саморегулирования гражданского общества, базирующегося на диспозитивных началах.

3.7.2. Теория частного процессуального права

Теория частного процессуального права (ЧПП) довольно молодое направление в осмыслении правовых основ арбитража и альтернативного разрешения споров в целом. Впервые концептуальный взгляд на природу арбитража с позиции частного процессуального права (права альтернативного разрешения споров) был представлен на страницах журнала "Третейский суд" в 2007 г. <42>. Первое публичное обсуждение научного доклада, посвященного этой теории, проходило в Санкт-Петербургском государственном университете в ходе Всероссийской научно-методической конференции "Альтернативное разрешение споров в программах высшего и дополнительного профессионального образования" (2008) <43>.

<42> Севастьянов Г.В. Частное процессуальное право // Третейский суд. 2007. N 5. С. 27 - 40.

<43> Севастьянов Г.В. Первая Всероссийская научно-методическая конференция "АПС в программах высшего и дополнительного профессионального образования" // Третейский суд. 2008. N 5. С. 4.

В 2013 г. научное исследование, базирующееся на теории ЧПП, было единогласно поддержано членами диссертационного совета Института государства и права РАН <44>. Стоит также отметить, что характеристика третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права) стала современным российским дискурсом о правовой природе арбитража <45>. Вместе с тем проведенное Редакцией журнала "Третейский суд" в 2016 г. исследование, отражающее предпочтения в понимании правовой природы арбитража, несмотря на десятилетний возраст теории ЧПП, показывает нарастающее доверие к новейшему теоретическому обоснованию сущности третейского разбирательства: за процессуальную теорию высказалось 5% респондентов; за договорную - 12%; теория частного процессуального права набрала 29%; наибольшее количество голосов, что довольно предсказуемо, у теории смешанной природы арбитража - 55% (автономная теория арбитража не была включена в редакционный опрос, поскольку она, как и некоторые другие философские и экономические воззрения на сущность арбитража, как известно, не анализирует арбитраж в правовой плоскости) <46>.

<44> Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.

<45> См., например: Морозов М.Э. Частное процессуальное право: тупиковая ветвь права или новый вектор его развития? // Третейский суд. 2010. N 6. С. 80 - 84; Курочкин С.А. К вопросу о частном процессуальном праве // Третейский суд. 2010. N 3. С. 10; Сулейменов М.К. Частное процессуальное право как самостоятельная отрасль права // Третейский суд. 2011. N 3. С. 66 - 81.

<46> Результаты голосования см.: <http://arbitrage.spb.ru/vote/index.php> (дата посещения - 15.02.2018).

Дать общую правовую характеристику арбитража с учетом серьезных различий в построении мировых систем права, даже применительно к двум наиболее распространенным - романо-германской и англо-американской - правовым семьям, не представляется возможным. Реализации данного научного интереса наиболее полно соответствует структурирование романо-германской правовой модели, к которой, как известно, относится и правовая система России. Разработанная континентальной системой правовая доктрина позволяет провести наиболее глубокий анализ правовой природы правоотношений и определить, нормами какой отрасли права они регулируются. По этой причине основным подходом, который необходимо использовать для определения юридической природы арбитража, следует считать отраслевой.

Чаще всего полемика сторонников той или иной теории о природе арбитража сразу "опускается" на уровень правовой трактовки субинститутов третейского разбирательства: арбитражного соглашения, правоспособности и статуса лиц, участвующих в третейском разбирательстве, арбитражного решения и др. Эффективность такого дискурса следует поставить под большое сомнение. Принимая во внимание необходимость реализации отраслевого подхода для обоснования природы арбитража, изначально было бы более продуктивно обратиться к основам в регулировании арбитража как правового института, что предопределяет необходимость анализа природы арбитража не с использованием любимого инструмента Шерлока Холмса - метода дедукции (от частного к общему), а с применением более широкого метода познания - индуктивного.

Как известно, арбитраж является одним из способов или институтов АПС, а значит, для того чтобы выявить природу арбитража, следует проанализировать природу АПС в целом.

3.7.3. Отраслевой метод познания природы арбитража

Весь комплекс существующих правовых норм в правопорядках романо-германской правовой семьи, в том числе и в России, принято делить на две большие общности - частное и публичное право.

Отнесение определенной отрасли права к одной из данных общностей основано в первую очередь на методе правового регулирования.

Другим вариантом классификации отраслей (норм) права является их деление (по предмету правового регулирования) на материальные и процессуальные отрасли права.

Обычно все отрасли процессуального права в юридической литературе представляются как типичные отрасли публичного права, поскольку они регулируются преимущественно на императивных началах <47>. Материально-правовые отрасли права могут быть как публичными, так и частными.

<47> М.М. Богуславский отмечает, что процессуальное право в правовой системе каждого государства традиционно относится к публичному праву, поскольку здесь речь идет об отношениях по вертикали: между государством, а точнее, судебной властью, и гражданином или иным субъектом. Согласно господствующей точке зрения в рассматриваемых отношениях определяющую роль играют не частноправовые отношения, а публично-правовые начала. См.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М., 2005. С. 490. См. также: Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права: Учебник. СПб., 2005. С. 263.

Эти общеизвестные теоретические положения приводятся в целях дальнейшего исследования правовой природы способов АРС, в том числе арбитража.

3.7.4. Характеристика предмета правоотношений альтернативного разрешения споров

Как известно, процессуальное право напрямую не воздействует на материально-правовые отношения, не регулирует их <48>. Оно регулирует правоотношения, в ходе которых **разрешаются споры, устраняется правовая неопределенность**, в результате чего устанавливаются, изменяются или прекращаются субъективные права и обязанности (правоотношения). Разрешение споров и урегулирование правовых конфликтов с использованием способов АРС, в частности арбитража, преследует те же цели и приводит к аналогичному правовому результату.

<48> По мнению А.Б. Венгерова, процессуальное право - обозначение тех норм, которые определяют процедуры, процессы применения материального права. Венгеров А.Б. Теория государства и права. М., 1996.

Несколько обобщая, можно говорить о единой процессуальной направленности правоотношений в сфере государственного судопроизводства и способов АРС, включая арбитраж, а также о существовании общей (процессуально-правовой) цели, которая достигается в результате применения как государственных, так и негосударственных (частных) способов разрешения споров и урегулирования правовых конфликтов.

Вопрос о том, происходит ли разрешение спора или урегулирование правового конфликта путем неформальных переговоров или в результате формального разрешения споров в государственном суде, с точки зрения функционального подхода не является существенным. И в том и в другом случае основными функциями осуществляемых процедур будет устранение или разрешение спора/конфликта <49>.

<49> См.: Максайнер Дж. Правовые методы в компаративных исследованиях процессуального права // XIII конф. Международной ассоциации процессуального права: Сб. докл. С. 669; Мюррей П., Штернер Р. Гражданский процесс в Германии. 2004. Цит. по: Бочарова Н.С. Разрешение споров в России: на грани формальных процедур // Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст // Всемирная конф. Международной ассоциации процессуального права: Сб. докл. / Под ред. Д.Я. Малешина (18 - 21 сентября 2012 г., Москва, Россия). М., 2012. С. 100.

Сказанное выше свидетельствует о наличии **прямой связи отношений в области АРС с отношениями процессуального характера**. Есть и другие факторы, позволяющие говорить о процессуальной природе способов АРС <50>.

<50> Более подробно см.: Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права). М.; СПб., 2015. С. 31.

Однако процессуальная сущность отношений в области АРС еще не полностью раскрывает их уникальную правовую природу. Это лишь **родовой, или общий, признак** данных отношений.

Данный вывод не позволяет рассматривать отношения в области АРС с позиции материального, в том числе гражданского, права, что исключает возможность представления арбитражного соглашения в качестве гражданско-правового договора (сделки), а также не позволяет характеризовать арбитраж на основе договорной теории.

Вместе с тем приверженцы теории о смешанной природе арбитража полагают возможным частичное применение гражданского права, например для исследования действительности арбитражного соглашения, а также правосубъектности лиц, участвующих в третейском разбирательстве.

Однако такой необходимости не возникает, поскольку большинство оснований недействительности арбитражного соглашения (например, такие, которые определяют существенные условия арбитражного соглашения, его форму, порядок заключения и исполнимость, дееспособность сторон, компетенцию третейского суда и арбитрабельность спора) закреплены в международных соглашениях по вопросам арбитража, в национальном процессуальном законодательстве и законодательстве об арбитраже, поэтому их следует считать процессуальными основаниями недействительности арбитражного соглашения.

Процессуальную правосубъектность сторон и других лиц, участвующих в третейском разбирательстве (как установленной законом и арбитражным соглашением возможности иметь и осуществлять процессуальные права и исполнять процессуальные обязанности), нельзя отождествлять с правосубъектностью, установленной гражданским законодательством, поскольку правосубъектность в материальном праве существенно отличается по своему содержанию от правосубъектности процессуальной <51>. Кроме того, наличие материальной дееспособности не означает обязательное присутствие процессуальной дееспособности в сфере арбитража.

<51> Р.Ф. Каллистратова подчеркивает, что процессуальная правоспособность носит самостоятельный характер, и сущность этого понятия состоит в том, что она представляет собой способность участия в деле. Процессуальная правоспособность не является составной частью субъективного права. По мнению М.А. Гурвича, также полагающего, что процессуальная правоспособность является самостоятельной категорией, она означает способность быть стороной в процессе по своему делу. Цит. по: Трещева Е.А. Субъекты арбитражного процесса: Монография. Самара, 2006. Ч. I. С. 175 - 176. Процессуальная правоспособность и дееспособность - это самостоятельные категории, отличные от одноименных категорий в материальном праве. Там же. С. 185.

В германской правовой доктрине содержится подход, говорящий о существовании общего договорного права, которое как совокупность общих правовых идей действует во всех отраслях права, поскольку в них допускается договорное регулирование отношений <52>.

<52> См.: Елисеев Н.Г. Процессуальный договор. М., 2015. С. 35.

В этой связи Н.Г. Елисеев отмечает, что природа процессуального договора (к которому он также относит арбитражное соглашение) должна определяться дифференцированно в зависимости от того, о каком его аспекте идет речь, в какой мере он урегулирован специальными нормами, применение какой системы правовых норм в наибольшей степени в конкретном случае соответствует основной цели

правосудия - достижению справедливого решения <53>.

<53> Там же. С. 39.

В то же время применение по аналогии норм договорного права к другим отраслям права не может изменить юридическую специфику правоотношений, в том числе служить средством для обоснования возникновения их смешанной правовой природы. Это лишь юридико-технический прием, который использует правоприменитель для восполнения пробелов в нормативном наполнении тех или иных отношений. Использование по аналогии норм договорного права может быть вполне оправданно с учетом характера возникающих правоотношений, основанных на равноправии и автономии воли сторон, т.е. присутствии в регулировании отношений диспозитивных начал, которые, как известно, в той или иной степени присутствуют во многих отраслях права, как частных, так и публичных.

Полагаем, что аналогия закона и права в отношении третейского разбирательства возможна только в том случае, когда применение аналогий не блокирует действие базовых принципов и норм в сфере третейского разбирательства и не приводит к конфликту принципов и норм разной отраслевой принадлежности. Если этого не происходит, то применение аналогии является свидетельством сохранения природы арбитража в неизменном виде.

В то же время АРС имеет довольно существенные отличия от гражданского процесса как публично-процессуальной отрасли права <54>.

<54> Более подробно об отличиях АРС и гражданского процесса по характеру и возникновению правоотношений, процессуальной форме и процессуальному результату, специфике принципов и источников регулирования отношений см.: Севастьянов Г.В. Указ. соч. С. 37 - 44, 72 - 73.

3.7.5. Различия в методе регулирования процессуальных отношений

Как отмечалось, регулирование государственного (публичного) процесса (судопроизводства в государственных судах) основано преимущественно на императивном методе (методе позитивного обязывания).

Так, например, О.Н. Шеменова, исследуя роль соглашений сторон в судопроизводстве, подчеркивает сугубо публично-правовой характер гражданско-процессуальных правоотношений и отмечает, что ни в ГПК РФ, ни в АПК РФ нет ни одной диспозитивной процессуальной нормы <55>. Автор аргументированно показывает невозможность распоряжения процессуальными правами в рамках гражданского процесса, поскольку последнее сводится либо к **распоряжению материальными правами** (возбуждение иска на основе требований истца, возможность изменения требований, отказ от иска, признание иска или заключение мирового соглашения), либо к **осуществлению прав** (например, прав заявлять отводы, просить суд рассмотреть спор в отсутствие стороны, ходатайствовать об отложении разбирательства дела и др.), а точнее - к выбору одного из дозволенных вариантов поведения <56>.

<55> Шеменова О.Н. Роль соглашений сторон в гражданском судопроизводстве. М., 2017. С. 116, 122.

<56> Там же. С. 110 - 111.

В Постановлении N 10-П КС РФ отмечается: "К числу таких - общепризнанных в современном правовом обществе - способов разрешения гражданско-правовых споров, проистекающих из свободы договора, которой наряду с автономией воли участников предпринимательской и иной экономической деятельности **обуславливаются диспозитивные начала...** относится обращение в третейский суд - международный коммерческий арбитраж или внутренний третейский суд (постоянно действующий третейский суд или третейский суд, образованный сторонами для решения конкретных споров (**ad hoc**))".

Тем самым в регулировании процессуальных по своему генезису отношений в области АРС, в том числе арбитража, констатируется ключевое изменение в методе правового регулирования: преимущественно императивное регулирование публичных процессуальных отношений замещает диспозитивный метод, основанный на преобладании координации отношений, автономии воли сторон.

Таким образом, в правовом регулировании процессуальных отношений происходит своеобразный разворот на 180 градусов. Если в государственном судопроизводстве преобладают императивные начала, то **в основе регулирования АРС лежат начала диспозитивные**. Преобладание диспозитивного метода регулирования над императивным является важным отличительным признаком правоотношений в области АРС, в том числе в арбитраже. Это обстоятельство имеет **конституирующее значение** для дальнейшего обоснования правовой природы способов АРС.

Эта точка зрения также нашла развитие в Постановлении КС РФ от 18.11.2014 N 30-П: "Принцип диспозитивности, отражающий волю сторон договора на заключение соглашения как основы третейского разбирательства и на согласование его правил, имеет более широкое содержание, нежели принцип диспозитивности в гражданском судопроизводстве".

В связи с этим метод регулирования отношений в области АРС, в том числе арбитража, не свойствен процессуальному праву, публичному по своему генезису, что, следовательно, исключает рассмотрение арбитража с точки зрения публичной процессуальной теории.

Преобладание в регулировании способов АРС диспозитивных начал над началами императивными является основой для формирования **собственной** (в своем роде **уникальной**) правовой специфики процессуальных институтов саморегулирования гражданского общества <57>.

<57> О единстве правовых критериев способов АРС см.: Севастьянов Г.В. Указ. соч. С. 36 - 44.

Итак, благодаря лишь общим посылкам мы исключили возможность исследования и трактовки природы арбитража как с позиций гражданского права (договорной теории), так и с позиций публичного процессуального права (юрисдикционной теории), что показывает бесперспективность обоснования смешанной природы третейского разбирательства.

3.7.6. Правовые эффекты теории частного процессуального права

Регулирование процессуальных по своему функциональному характеру отношений в области АРС, включая арбитраж, преимущественно на диспозитивной основе, т.е. с преобладанием частнопроводного метода регулирования отношений, **позволяет говорить о делении не только материального, но и процессуального права на две составляющие: публичное процессуальное право и частное процессуальное право (право альтернативного разрешения споров)**. Последнее наиболее гармонично раскрывает правовую природу способов АРС, в том числе арбитража.

Теория ЧПП дает возможность взглянуть на субинституты арбитража с нового ракурса, отказаться от дискуссионных подходов и сформировать общую доктрину, единую практику и сбалансированное законодательство в области арбитража.

Теория частного процессуального права отвергает характеристику третейского суда как органа, осуществляющего государственное правосудие (судопроизводство), поскольку имеются существенные различия в основаниях возникновения компетенции арбитров и государственных судей по разрешению спора, а также в процедурах (процессуальных формах) и правовых результатах государственного судопроизводства и третейского разбирательства. Так, если процессуальная форма государственного судопроизводства определяется на императивных началах исключительно федеральным законом, то в определении частного-процессуальной формы арбитража принимает участие не только и не столько законодатель, сколько стороны арбитража и арбитры, а также организаторы арбитражного института путем закрепления такой формы в арбитражном соглашении, прямом соглашении, правилах арбитража, регламентах арбитражного центра и иногда необходимого восполнения пробелов, что позволяет говорить

в целом о диспозитивной процессуальной форме третейского разбирательства. Более того, "частно-процессуальная форма арбитража" - понятие довольно относительное, так как его содержание может быть подвергнуто дальнейшей трансформации участниками арбитражного соглашения.

Юрисдикционная (процессуальная) сущность арбитража не связана с делегированием государством публично-процессуальной функции по осуществлению правосудия, а основана на делегировании в горизонтальной плоскости, что соответствует методу регулирования отношений в сфере АРС - наделению третейского суда полномочиями по разрешению спора участниками арбитражного соглашения.

Другое важное следствие частной процессуальной теории третейского суда - квалификация арбитражного соглашения как частного процессуального договора, предметом которого является выбор определенного постоянно действующего третейского суда (по новой терминологии - постоянно действующего арбитражного учреждения), порядка избрания либо назначения третейских судей (арбитров), а также фиксация частно-процессуальных прав и обязанностей сторон, арбитров и институционального центра третейского разбирательства (ПДАУ) в рамках процедуры третейского разбирательства или международного коммерческого арбитража.

Арбитражное соглашение как частно-процессуальный договор обладает существенной спецификой, поскольку с передачей спора на разрешение в ПДАУ происходит его своеобразная трансформация из договора между сторонами в многосторонний договор, к которому присоединяются институциональный центр третейского разбирательства (после принятия просьбы об арбитраже или искового заявления к рассмотрению) и также арбитры (после принятия третейскими судьями своего избрания или назначения). В случае участия в третейском разбирательстве третьих и иных лиц арбитражное соглашение подлежит дальнейшей трансформации, так как участие каждого из этих лиц должно охватываться общим арбитражным соглашением <58>.

<58> По общему правилу правила ПДАУ включая правила арбитража, являются частью арбитражного соглашения (п. 13 ст. 7 Закона о МКА).

Для третейского суда **ad hoc** частный процессуальный договор может быть как двусторонним (между сторонами и арбитрами), так и трех- или многосторонним, если они обратятся за содействием в институциональный центр третейского разбирательства.

Законная сила решения третейского суда имеет собственную правовую специфику и существенно отличается от законной силы актов государственных судов. По этой причине решение третейского суда не может быть квалифицировано так, как это делается представителями процессуальной, договорной и смешанной теорий арбитражного соглашения.

3.7.7. Позитивное действие теории частного процессуального права

Проблемы, связанные с отсутствием сбалансированного толкования природы арбитража, в последние годы только нарастают. Проявляется это в таком явлении, как "судоизация" отношений в области арбитража, или в усилении императивных требований и зависимости арбитража от государственных судов и других институтов государства, повышающих правовые риски и снижающих доверие к арбитражу как институту саморегулирования гражданского общества.

Позитивный эффект частно-процессуальной квалификации арбитража состоит в том, что она сводит воедино все предшествующие взгляды на правовую природу арбитража, позволяя избежать довольно обоснованной критики каждого из прежних подходов. Следовательно, можно говорить о формировании теории арбитража с учетом развития исторических предпосылок и современной правовой науки.

В отношении договорной природы арбитража теория ЧПП, с одной стороны, воспринимает частноправовой метод в регулировании отношений, а с другой - преодолевает материализацию института арбитража.

Что касается процессуальной теории арбитража, в теории ЧПП арбитраж лишен присущей

государственному судопроизводству публичности, императивности и формализма, но сохраняет общее с процессуальной теорией - целевую и функциональную направленность на разрешение споров и достижение правовой определенности. Особенно важно то, что теория ЧПП показывает необходимость отхода от процесса "судоизации" третейского разбирательства.

Теория ЧПП, как и теория **sui generis**, определяет арбитраж как правовое явление особого рода, т.е. уникальное по правовой природе, с той лишь разницей, что преодолевает ее размытость, половинчатость и искусственно созданную опору на другие теории, не отражающие собственной природы арбитража.

Теория частного процессуального права (права альтернативного разрешения споров) - автономная теория арбитража, наполненная правовым содержанием.

Глава 4. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ И СИСТЕМА АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ ПРАВОВЫХ СПОРОВ

4.1. Понятие, виды и основные черты альтернативного разрешения споров

Для понимания места арбитража в системе альтернативного разрешения международных коммерческих споров необходимо прежде всего обратиться к самому понятию АРС.

В настоящее время понятие "альтернативное разрешение споров" (англ. Alternative Dispute Resolution - ADR) широко употребляется в доктрине, законодательстве и практике многих стран. Вошло оно прочно и в лексику российской правовой системы.

АРС может рассматриваться в двух аспектах - в широком и узком понимании.

В широком понимании альтернативное разрешение споров представляет собой совокупность разнообразных процедур, использование которых позволяет избежать судебного разбирательства. Иными словами, все альтернативные процедуры противопоставляются правосудию, которое осуществляется государственными судами.

С этой точки зрения международный коммерческий арбитраж как частноправовая форма разрешения внешнеэкономических споров является разновидностью альтернативных процедур. Причем арбитраж в большей степени, чем все другие процедуры, является альтернативой именно по отношению к государственному суду, так как при наличии арбитражного соглашения юрисдикция последнего исключается, тогда как иные способы урегулирования, которые могут применяться до обращения в суд или в ходе рассмотрения дела в суде, не исключают судебную юрисдикцию. Более того, арбитраж является альтернативной формой защиты гражданских прав в силу прямого указания закона. Как следует из п. 1 ст. 11 ГК РФ, защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд.

С точки зрения узкого понимания альтернативное разрешение споров включает только такие процедуры, которые противопоставляются и государственному суду, и арбитражу.

Обоснованием является то, что арбитраж по своей сущности более близок к процедуре рассмотрения споров в судах, чем к несудебным формам. Сходство с судебным разбирательством заключается в том, что в основе арбитража также лежит принцип состязательности сторон, а арбитр выполняет квазисудебные функции - исследует доказательства, устанавливает факты, выносит решение, которое по своей юридической силе приравнивается к решению государственного суда. По своим последствиям арбитраж существенным образом отличается от других альтернативных процедур, целью которых является не вынесение окончательного решения, а достижение соглашения. В связи с этим альтернативными процедурами признаются только такие способы урегулирования споров, которые носят консенсуальный характер, основаны на сотрудничестве сторон и направлены на достижение соглашения.

Широкое понимание альтернативного разрешения споров является более целесообразным с точки зрения изучения международного коммерческого арбитража, так как позволяет, с одной стороны, отграничить арбитраж от судебного разбирательства, с другой - выявить его общие черты и специфику по

сравнению с другими альтернативными процедурами.

Кроме того, в современном мире международный коммерческий арбитраж не может рассматриваться изолированно от других несудебных процедур урегулирования споров в связи с тем, что большинство таких процедур предлагаются именно в рамках постоянно действующих арбитражных учреждений.

В развитии АРС в сфере урегулирования международных коммерческих споров большую роль сыграл Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ 1980 г. <1>, который использовался в качестве образца многими международными арбитражными учреждениями, разрабатывающими свои правила для оказания примирительных услуг. В настоящее время практически все ведущие международные арбитражные центры, такие как Международная торговая палата (ICC), Венский международный арбитражный центр (VIAC), Американская арбитражная ассоциация (AAA), Лондонский международный арбитражный суд (LCIA), Стокгольмский арбитраж (SCC) и др., имеют собственные регламенты по проведению тех или иных согласительных процедур. Многие из них обновились.

<1> Текст регламента:
http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html (дата посещения - 30.03.2017).

Например, Примирительный регламент МТП, действующий с 1 января 2014 г., предусматривает урегулирование споров при содействии нейтральной третьей стороны - медиатора <2>. В англоязычной версии этот документ называется ICC Mediation Rules. При этом по данному регламенту проводится медиация, если только стороны до назначения медиатора или с согласия назначенного медиатора не договорятся о проведении другой согласительной процедуры или комбинации процедур, которые они считают приемлемыми. Таким образом, в рамках Примирительного регламента МТП возможно применение не только медиации, но и других процедур, направленных на дружественное урегулирование спора.

<2> Полный текст Примирительного регламента МТП на русском языке:
http://iccbooks.ru/upload/free_publications/icc_arbitration_rules.pdf (дата посещения - 30.03.2017).

В качестве наиболее известного отечественного примера можно привести Центр арбитража и посредничества при ТПП РФ, который обеспечивает функционирование МКАС, МАК и Коллегии посредников по проведению примирительных процедур <3>. Примирительные процедуры проводятся на основании Согласительного регламента МКАС 2001 г. <4>, который, по сути, представляет собой процедуру медиации. Из числа Коллегии посредников стороны могут избрать медиатора для урегулирования спора.

<3> Положение о Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ: утв. Приказом ТПП РФ от 27.06.2013 N 45 (Прил. 1) (<http://mediation.tpprf.ru/ru/docs/47907/>; дата посещения - 30.03.2017).

<4> См.: <http://mediation.tpprf.ru/ru/docs/47906/> (дата посещения - 30.03.2017).

Таким образом, можно констатировать, что международный коммерческий арбитраж является неотъемлемой и передовой частью системы альтернативного разрешения внешнеэкономических споров. Однако он занимает в данной системе особое место. Это видно из предлагаемых в доктрине классификаций альтернативных процедур (независимо от узкого или широкого подхода к пониманию АРС).

Например, известный американский ученый Л. Рискин применительно к американской правовой системе, отличающейся наибольшим разнообразием способов разрешения правовых споров, выделяет

три группы процедур:

- 1) **состоятельные процедуры** (судебный процесс, административный процесс, арбитраж);
- 2) **консенсуальные процедуры** (переговоры, медиация, консилиация, омбудсмен, независимая экспертиза по установлению обстоятельств дела);
- 3) **смешанные процедуры**, сочетающие консенсуальные и состоятельные элементы (посредничество-арбитраж, мини-суд) <5>.

<5> Riskin L., Westbrook J. Dispute Resolution and Lawyers. West Publishing Co., 1987. P. 2 - 5.

В данной классификации критерием деления на виды является принцип, лежащий в основе той или иной процедуры (состоятельности, сотрудничества или сочетание этих принципов).

В другой классификации альтернативных процедур по признаку конечного результата их применения выделяются:

- процедуры, направленные на достижение соглашения (переговоры, медиация);
- процедуры, которые завершаются обязательным для сторон решением (арбитраж);
- процедуры, которые завершаются рекомендательным решением (мини-суд, независимая экспертная оценка).

Как видно, арбитраж в каждой классификации отделяется от согласительных процедур.

Для понимания многообразия альтернативных процедур и их соотношения друг с другом разработана также классификация, предполагающая деление альтернативных процедур на основные (традиционные) и комбинированные (гибридные).

К основным, как правило, относятся:

- **переговоры** (урегулирование спора непосредственно сторонами без участия иных лиц);
- **медиация** (урегулирование спора с помощью независимого, нейтрального третьего лица - медиатора, который избирается сторонами и содействует им в ведении переговоров и в достижении соглашения по спору);
- **арбитраж** (разрешение спора по существу с помощью независимого, нейтрального лица или лиц - арбитра или арбитров, избираемых сторонами и уполномоченных вынести обязательное для сторон решение).

Данные процедуры являются основными, так как используются чаще, особенно в практике разрешения международных коммерческих споров, и в них наиболее четко разграничивается участие и (или) роль третьего лица. Как видно, медиация отличается от переговоров участием третьего лица, а от арбитража - ролью этого лица. Медиацию можно назвать усовершенствованными переговорами, поскольку участие медиатора позволяет сделать переговоры более эффективными и результативными. Сопоставляя медиацию и арбитраж, необходимо подчеркнуть, что медиатор, в отличие от арбитра, не разрешает дело по существу, т.е. не исследует доказательства, не устанавливает факты и не выносит обязательное для сторон решение.

Элементы трех основных процедур могут сочетаться в различных вариантах и образовывать новые, комбинированные (гибридные) процедуры. Современной практике известны следующие виды комбинированных процедур:

- **медиация-арбитраж** (мед-арб) - это процедура последовательного урегулирования и разрешения

спора с помощью медиатора-арбитра в одном лице, который в случае недостижения сторонами соглашения уполномочен разрешить спор в порядке арбитража;

- **арбитраж-медиация** (arb-med) - процедура, представляющая собой применение медиации в ходе арбитражного разбирательства с помощью арбитра-медиатора в одном лице, содействующего сторонам в урегулировании спора, в случае достижения соглашения арбитражное разбирательство прекращается;

- **арбитраж-медиация-арбитраж** (arb-med-arb) - процедура применения медиации в ходе арбитражного разбирательства с помощью арбитра-медиатора в одном лице, который в случае достижения сторонами соглашения принимает арбитражное решение на согласованных сторонами условиях;

- **независимая экспертная оценка** - процедура урегулирования спора на основе заключения избранного сторонами квалифицированного специалиста, в котором дается правовая и/или фактическая оценка обстоятельств дела;

- **мини-суд** - процедура урегулирования спора с участием топ-менеджеров сторон, юристов и третьего независимого лица, возглавляющего слушание дела и принимающего рекомендательное решение по урегулированию спора.

Во всех указанных комбинированных процедурах присутствуют переговоры, а также включаются элементы медиации или арбитража.

Система альтернативного разрешения международных коммерческих споров не исчерпывается перечисленными видами, возможно существование и появление других вариантов.

Несмотря на многообразие видов альтернативных процедур и их различия, можно определить общие черты, которые отличают их от государственного судопроизводства и делают привлекательными для участников внешнеэкономического оборота.

К общим чертам относятся:

- все альтернативные процедуры по своей природе являются частноправовыми;
- их применение основано на взаимном волеизъявлении сторон;
- большинство альтернативных процедур (за исключением переговоров) предполагает участие нейтрального лица (лиц);
- нейтральное лицо (лица) избирается по общему правилу на основании соглашения сторон;
- стороны выбирают не только саму процедуру, но и порядок ее проведения;
- альтернативные процедуры характеризуются гибкостью и меньшей степенью формальности, чем судопроизводство;
- альтернативные процедуры основаны на принципе конфиденциальности;
- альтернативные процедуры могут применяться по отдельности либо в определенной последовательности (например, переговоры, медиация, арбитраж);
- правовое регулирование альтернативных процедур разрешения международных коммерческих споров отличается унифицированным подходом.

Последняя общая черта альтернативных процедур заслуживает отдельного рассмотрения, так как позволяет определить общеправовые тенденции развития АРС и формирования национального законодательства в этой сфере.

Для понимания и правильного применения действующего российского законодательства к

урегулированию и разрешению международных коммерческих споров, а также для ознакомления с тенденциями развития медиации в других государствах особое значение имеют типовые (модельные) законы, разрабатываемые Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). По своей природе эти законы являются рекомендательными актами и не имеют обязательной силы. Положения модельных документов относятся к "мягкому" праву, они лишь рекомендуются государствам для включения в их национальное право. Именно с их помощью достигается единообразие правового регулирования одной и той же сферы в различных государствах.

В отношении международного коммерческого арбитража такой Типовой закон ЮНСИТРАЛ был принят в 1985 г. (с изменениями 2006 г.). Его содержание и значение освещаются в соответствующих главах учебника. Здесь следует отметить лишь, что этот международный документ является одним из успешных продуктов унификации. На его основе национальное законодательство принято в общей сложности в 104 правовых системах в 74 государствах <6>.

<6> http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (дата посещения - 30.03.2017).

Применительно к согласительным процедурам был разработан и принят в 2002 г. Типовой закон "О международной коммерческой согласительной процедуре" <7> (далее - Типовой закон о согласительной процедуре). Целью данного Типового закона явилось признание необходимости унификации основных подходов к регламентации примирительных процедур именно в сфере внешнеэкономической деятельности.

<7> Руководство по принятию и применению Типового закона ЮНСИТРАЛ "О международной коммерческой согласительной процедуре": http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf (дата посещения - 30.03.2017).

Прежде всего необходимо обратить внимание на то, что термин "согласительная процедура" в названии и тексте этого Типового закона используется как широкое понятие, охватывающее процедуры, при которых лицо или коллегия лиц оказывают сторонам независимую и беспристрастную помощь в их попытке достичь мирного урегулирования своего спора. Данная процедура может также называться "посредничеством", "нейтральной оценкой" и "мини-судом" и другими аналогичными словами <8>.

<8> Там же. С. 10.

Таким образом, в контексте данного Типового закона термин "согласительные процедуры" используется в качестве синонима указанных процедур и означает, по сути, любой способ урегулирования спора с участием третьего нейтрального лица, включая медиацию. Как подчеркивается в Руководстве по принятию и применению Типового закона о согласительной процедуре, в любом случае все эти процедуры обладают общей характерной особенностью, состоящей в том, что роль третьего лица ограничивается оказанием помощи сторонам в урегулировании спора и не охватывает полномочий на вынесение обязательного решения <9>. Этой формулировкой еще раз подтверждается различие между арбитражем и другими альтернативными процедурами, в том числе необходимость их отдельной правовой регламентации.

<9> Там же. С. 11.

Далее, исходя из названия, применение Типового закона о согласительной процедуре предполагается к коммерческим спорам, возникающим в сфере внешнеэкономической деятельности. Хотя государства могут расширить его применение на внутренние коммерческие споры. При этом термин "коммерческий" также толкуется широко, он охватывает споры, вытекающие из любых отношений

коммерческого характера, как договорных, так и недоговорных.

Унифицирующая роль Типового закона о согласительной процедуре заключается в том, что его положения позволят государствам, в которых уже имеется какая-то основа для применения согласительных процедур, модернизировать свое законодательство, а государствам, в которых оно отсутствует, - разработать эти правовые основы. Кроме того, инкорпорация данного Типового закона позволит придать национальному законодательству такой характер, при котором оно будет максимально прозрачным и знакомым для иностранных сторон, консультантов и посредников, участвующих в согласительных процедурах в принимающем государстве <10>.

<10> Руководство по принятию и применению Типового закона ЮНСИТРАЛ "О международной коммерческой согласительной процедуре". С. 14.

Особенностью Типовых законов ЮНСИТРАЛ в отличие, например, от международных конвенций является то, что принимающее их государство не обязано уведомлять ООН или другие государства, также, возможно, принявшие такое законодательство. Однако государствам настоятельно рекомендуется информировать Секретариат ЮНСИТРАЛ о любых актах по принятию нового Типового закона, являющегося результатом работы ЮНСИТРАЛ. Поэтому, для того чтобы национальное законодательство официально считалось принятым на основе Типового закона, государство должно уведомить об этом Секретариат ООН.

К настоящему времени, по информации Секретариата ЮНСИТРАЛ, законодательство, разработанное на основе или под влиянием Типового закона о согласительной процедуре, было принято в 28 правовых системах в 16 государствах, в том числе в Бельгии (2005) Венгрии (2002), Канаде (Новая Шотландия - 2005 г., Онтарио - 2010 г.), Люксембурге (2012), Малайзии (2012), Словении (2008), США (двенадцать штатов с 2004 по 2011 г.), Франции (2011), Хорватии (2003), Черногории (2005) и др. <11>.

<11> http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html (дата посещения - 30.03.2017).

Российское законодательство о медиации также разрабатывалось с учетом существующих образцов на международном уровне и достижений в области правового регулирования примирительных процедур в различных государствах. В настоящее время процедура медиации регулируется специальным Законом о медиации (от 27.07.2010 N 193-ФЗ).

Российская Федерация официально не заявила о том, что Закон о медиации принят на основе Типового закона о согласительной процедуре. Тем не менее по своим принципиальным положениям российский Закон о медиации соответствует данному Типовому закону. В частности, по его образцу формулируются нормы о порядке избрания и назначения посредника, о его независимости и беспристрастности, о его взаимоотношениях со сторонами, о проведении согласительной процедуры, о конфиденциальности медиации. Были восприняты также факультативные положения Типового закона о согласительной процедуре (т.е. положения, в отношении которых разработчики не пришли к единому мнению и оставили решение вопроса на усмотрение национального законодателя) о возможности приостановления течения срока исковой давности в связи с началом проведения процедуры медиации. Соответствующие изменения внесены в ст. 202 ГК РФ <12>.

<12> Федеральный закон от 27.07.2010 N 194-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)" // Российская газета. 30.07.2010.

Перечисленные положения - это базовый минимум, который обеспечивает правовые гарантии для успешного функционирования института медиации, защиты прав и интересов участников спора, а также

профессиональных интересов посредника. В этом аспекте российский Закон находится в русле многих унифицированных международным актом положений о согласительных процедурах.

Таким образом, в настоящее время с помощью международных документов сформировались базовые общие подходы к правовому регулированию альтернативных процедур. Это особенно важно для разрешения международных коммерческих споров, участники которых относятся к разным правовым системам. Знание общих подходов и тенденций развития альтернативного разрешения споров в той или иной стране позволит успешнее и эффективнее использовать эту систему.

Необходимо обратить внимание на то, что в Законе о медиации нет прямого указания на его применение к международным коммерческим спорам. Однако такой вывод не вызывает сомнений. Во-первых, в соответствии с ч. 2 ст. 1 Закона о медиации сфера его действия распространяется, помимо прочего, на споры, возникающие при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, без уточнения субъектного состава этих споров. Во-вторых, даже если исходить из того, что указанная формулировка имеет узкое значение и относится только к внутренним спорам, есть ч. 3 ст. 1 Закона о медиации, которая распространяет действие Закона на другие споры в случаях, предусмотренных федеральным законом. Примером такого федерального закона является АПК РФ, закрепляющий право сторон на обращение к медиатору (п. 2 ч. 1 ст. 135) по спорам, относящимся к компетенции арбитражных судов. Споры с участием иностранных лиц, возникающие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, также подведомственны арбитражным судам (ч. 5 ст. 27 АПК РФ). Следовательно, участники таких споров могут использовать медиацию на территории Российской Федерации. Возникающие в связи с этим отношения подпадают под действие Закона о медиации.

4.2. Международный коммерческий арбитраж и смежные правовые институты

Арбитраж и медиация. Особенностью альтернативных процедур является возможность их применения в определенной последовательности и в определенном сочетании. Так, процедура медиации может применяться как до обращения в международный коммерческий арбитраж, так и в ходе третейского разбирательства. В любом случае использование альтернативных процедур урегулирования споров возможно только на основе соглашения сторон. Во внешнеэкономической деятельности, основанной, как правило, на долгосрочном сотрудничестве сторон, такое соглашение может включать применение нескольких возможных процедур. Например, стороны могут предусмотреть последовательное использование сначала примирительных процедур (переговоров, медиации), затем, в случае их безуспешности, - арбитража. Такого рода соглашения получили название многоуровневых (мультимодальных/комплексных) оговорок о разрешении споров.

Данные оговорки не только допустимы, они являются положительным явлением и должны поощряться. Наличие многоуровневой оговорки заранее ориентирует стороны на самостоятельное урегулирование спора, позволяет двигаться от простой менее затратной процедуры к более сложной и дорогой. Есть вероятность достижения примирения по спору или по части разногласий. Даже если не удалось помириться, стороны придут к арбитражному разбирательству подготовленными, со сформированными и известными друг другу позициями. Таким образом, медиативная оговорка может быть частью общей оговорки о разрешении споров.

Значение многоуровневой оговорки, предусматривающей использование медиации и арбитража. В связи с многоуровневой оговоркой, предполагающей последовательное использование медиации и арбитража, возникает вопрос о последствиях неисполнения ее первого уровня. Например, если одна из сторон, минуя предусмотренную оговоркой процедуру медиации, обращается в арбитраж.

Российское законодательство по этому поводу содержит следующие положения.

В качестве общего правила можно рассматривать ч. 1 ст. 4 Закона о медиации, которая устанавливает, что в случае, если стороны заключили соглашение о применении процедуры медиации и в течение оговоренного для ее проведения срока обязались не обращаться в суд или третейский суд, суд (третейский суд) признает силу этого обязательства до тех пор, пока его условия не будут выполнены, за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права.

Указанная норма сформулирована нечетко, она основана на частичном заимствовании схожих положений ст. 14 Типового закона о согласительной процедуре:

1. В случае, когда стороны договорились о согласительной процедуре и прямо выраженным образом обязались не возбуждать в течение оговоренного срока или до наступления оговоренного события арбитражное или судебное разбирательство в отношении существующего или будущего спора, арбитраж или суд признает силу такого обязательства до тех пор, пока условия этого обязательства не будут выполнены.

2. В то же время сторона может возбудить арбитражное или судебное разбирательство в том случае, когда, по ее собственному усмотрению, такое разбирательство необходимо для охраны ее прав. Возбуждение такого разбирательства само по себе не рассматривается как отказ от соглашения о согласительной процедуре или как прекращение согласительной процедуры.

В этом контексте приведенное выше положение российского Закона о медиации становится более понятным. Видно, что обращение в арбитраж и в суд при наличии медиативной оговорки возможно и связывается с необходимостью одной из сторон защитить свои права. Такой вывод находит подтверждение и в ч. 3 ст. 7 Закона о медиации, которая предусматривает, что наличие соглашения о применении процедуры медиации не является препятствием для обращения в суд или третейский суд, если иное не предусмотрено федеральными законами.

Однако вопрос о том, каким образом должен поступить третейский суд при невыполнении сторонами медиативной оговорки, в российском законодательстве остается открытым.

Законодательство других стран, арбитражная и судебная практика применительно к таким ситуациям складывались по-разному. В одних случаях многоуровневые оговорки рассматривались как препятствие для начала или продолжения арбитражного разбирательства, в других арбитражи приходили к выводу о необязательности преарбитражной стадии <13>. Так, Т.В. Слипачук приводит пример немецкой правовой доктрины, в соответствии с которой последующий ход разбирательства зависит от позиции ответчика: "Согласованные примирительные процедуры принимаются во внимание только тогда, когда ответчик заявляет о необходимости их применения. Участие ответчика в рассмотрении спора по существу будет означать отказ от использования прав, вытекающих из таких примирительных процедур" <14>.

<13> Подробнее об этом см.: Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // Международный коммерческий арбитраж. 2006. N 3. С. 100 - 114.

<14> Слипачук Т.В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 425.

Кроме того, оговорка о примирительных процедурах чаще признается обязательной в случаях, когда соответствующее условие договора сформулировано достаточно детально, а также увязано сторонами с арбитражным разбирательством. При разрешении вопроса о детальности такой оговорки различными арбитражами принимается во внимание указание либо неуказание в оговорке срока проведения примирительных процедур, места проведения таких процедур, указание на институт, при посредничестве которого стороны намерены проводить процедуры <15>.

<15> См.: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Последствия несоблюдения доарбитражных примирительных процедур для арбитражного разбирательства: некоторые проблемы // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 2. С. 127.

Таким образом, при включении медиативной оговорки в состав общей оговорки о разрешении международных коммерческих споров необходимо обращать внимание на ее детальность и определенность с тем, чтобы в последующей арбитражной процедуре можно было доказывать обязательность ее исполнения.

В связи с проблемой исполнимости доарбитражной медиативной оговорки представляет интерес решение вопроса мультимодальных оговорок в рамках Примириительного регламента МТП. В частности, предлагаются разные типовые варианты использования медиации в соотношении с арбитражем в зависимости от различных случаев и потребностей сторон.

Так, оговорка С предусматривает, что "в случае возникновения любого спора из настоящего контракта или в связи с ним стороны сначала передают спор на урегулирование в соответствии с Примириительным регламентом МТП. Начало разбирательства по Примириительному регламенту МТП не лишает любую из сторон права начать арбитражное разбирательство...". Как видно, данная формулировка допускает в случае необходимости параллельное арбитражное разбирательство.

Оговорка D содержит иную формулировку: "В случае возникновения любого спора из настоящего контракта или в связи с ним стороны сначала передают спор на урегулирование в соответствии с Примириительным регламентом МТП. Если спор не будет разрешен в соответствии с указанным регламентом в течение [45] дней с даты подачи заявления о медиации или в течение иного срока, который может быть установлен в письменном соглашении сторон, то по истечении установленного срока такой спор подлежит окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным регламентом МТП". Данная оговорка, в отличие от предыдущей, предполагает не параллельное, а последующее арбитражное разбирательство, которое не может быть начато до истечения согласованного сторонами срока с даты подачи заявления о медиации.

Такой подход основан на осознанном выборе сторон и позволяет им самим определять последствия, связанные с заключением медиативной оговорки, а арбитрам - при наличии указанных оговорок однозначно устанавливать степень ее влияния на арбитражную процедуру.

Использование медиации в ходе третейского разбирательства. Закон об арбитраже впервые вводит отдельный раздел, посвященный возможности применения процедуры медиации в ходе третейского разбирательства (ст. 49 гл. 10 "Соотношение арбитража и процедуры медиации").

Данная норма распространяет свое действие не только на арбитраж внутренних споров, но и на международный коммерческий арбитраж. В п. 2 ст. 1 Закона о МКА прямо указывается, что вопросы, связанные с соотношением процедуры медиации и арбитража, если место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Законом об арбитраже.

Наличие норм о медиации в Законе об арбитраже предоставляет сторонам дополнительные возможности в урегулировании спора в рамках начатого арбитражного разбирательства.

Основные положения применения процедуры медиации в ходе третейского разбирательства заключаются в следующем:

- применение процедуры медиации допускается на любой стадии арбитража;
- в случае принятия сторонами решения о проведении процедуры медиации любая из сторон вправе заявить третейскому суду соответствующее ходатайство;
- при заявлении ходатайства третейскому суду предоставляется также соглашение сторон о проведении процедуры медиации;
- третейский суд откладывает (или приостанавливает) разбирательство по делу для проведения сторонами процедуры медиации;
- срок проведения процедуры медиации устанавливается сторонами, но не может превышать 60 дней;
- в случае заключения сторонами медиативного соглашения оно может быть утверждено третейским судом в качестве решения на согласованных условиях.

Уточним некоторые положения.

На основании российского Закона о медиации заключение соглашения о проведении процедуры медиации является обязательным условием. Такое соглашение заключается в письменной форме и должно соответствовать требованиям Закона. В частности, в нем указываются сведения: о предмете спора; медиаторе, медиаторах или организации, осуществляющей деятельность по обеспечению процедуры медиации; порядке проведения процедуры медиации; условиях участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации; сроках проведения процедуры медиации (ст. 8 Закона о медиации).

При заявлении сторонами ходатайства о проведении процедуры медиации возникает вопрос: может ли третейский суд отказать в удовлетворении этого ходатайства или он в любом случае обязан предоставить сторонам возможность для урегулирования спора?

В АПК РФ (ч. 2 ст. 158) и ГПК РФ (ч. 1 ст. 169) указывается, что суд **может** отложить разбирательство дела по ходатайству сторон в случае принятия ими решения о проведении процедуры медиации. Применительно к данным нормам Верховный Суд РФ разъяснил, что при рассмотрении ходатайства об отложении разбирательства дела судам необходимо выяснять, не является ли такое обращение сторон злоупотреблением ими своими процессуальными правами, имеющим целью затягивание сроков рассмотрения дела в суде <16>. Отсюда следует, что в государственном суде удовлетворение ходатайства сторон об обращении к медиатору зависит от усмотрения судьи.

<16> Справка о практике применения судами Федерального закона "Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)": утв. Президиумом Верховного Суда РФ 06.06.2012 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. N 8.

При сопоставлении нормы Закона об арбитраже с указанными нормами процессуального законодательства становится очевидным, что Закон об арбитраже не допускает усмотрения третейского суда в данном вопросе. Третейский суд обязан в силу автономии воли сторон предоставить им возможность для проведения процедуры медиации по их ходатайству. Единственным условием для этого является надлежаще оформленное соглашение о проведении процедуры медиации, отражающее действительную волю сторон.

Относительно сроков проведения процедуры медиации и, соответственно, сроков отложения третейского разбирательства Закон об арбитраже отсылает к положениям Закона о медиации.

Согласно ст. 13 Закона о медиации эти сроки по общему правилу определяются соглашением сторон, но не должны превышать 60 дней. В исключительных случаях (в связи со сложностью разрешаемого спора, с необходимостью получения дополнительной информации или документов) срок проведения внесудебной процедуры медиации может быть увеличен по договоренности сторон и с согласия медиатора. Однако в целом он не должен превышать 180 дней. Что касается срока проведения медиации по спору, находящемуся на рассмотрении суда или третейского суда, то для него исключений не установлено; он в любом случае не может превышать 60 дней. Следовательно, в случае обращения сторон к процедуре медиации третейский суд должен отложить разбирательство дела на срок, устанавливаемый соглашением сторон, но не более чем на 60 дней. Если стороны не пришли к соглашению в течение этого срока, третейское разбирательство продолжается. Оно может быть возобновлено и до истечения указанного срока на основании заявления обеих сторон или одной из них об отказе от продолжения процедуры медиации или на основании заявления медиатора о нецелесообразности ее дальнейшего проведения (ст. 14 Закона о медиации).

Вопросы, связанные с применением процедуры медиации, могут регулироваться правилами ПДАУ. В частности, Правила арбитража МКС МКАС <17> предусматривают, что в случае необходимости, в том числе в целях мирного урегулирования спора, например для проведения процедуры медиации, по заявлению сторон или по инициативе третейского суда разбирательство дела может быть отложено или приостановлено, о чем выносятся постановления. Если третейскому суду представлено соглашение о проведении процедуры медиации, третейский суд выносит постановление о проведении сторонами арбитража процедуры медиации и приостановлении разбирательства. Срок, на который разбирательство приостанавливается, не включается в срок разбирательства (§ 32 Правил арбитража МКС МКАС). Данное

положение свидетельствует о том, что Правила МКАС используют более широкий подход к процедуре медиации по сравнению с Законом об арбитраже. Во-первых, арбитражное разбирательство может быть отложено или приостановлено для проведения процедуры медиации. Во-вторых, разбирательство может быть отложено или приостановлено не только по заявлению сторон, но и по инициативе третейского суда.

<17> Утв. Приказом ТПП РФ от 11.01.2017 N 6 (<http://mkas.tpprf.ru/ru/docu.php>; дата посещения - 30.03.2017).

В Руководстве по применению Примирительного регламента МТП также обращается внимание на то, что если медиация проводится в ходе арбитража, то уместным является приостановление разбирательства (такая остановка в разбирательстве иногда именуется **mediation window**). Это позволяет сторонам сфокусироваться на урегулировании спора без опасения, что необходимо совершать какие-то действия в отношении арбитража и нести в связи с этим какие-либо расходы <18>.

<18> Пункт 29 Руководства по применению Примирительного регламента МТП. Текст Руководства на английском языке: <https://iccwbo.org/publication/icc-2014-mediation-guidance-notes/> (дата посещения - 30.03.2017).

Процедура медиации может быть завершена заключением медиативного соглашения. В связи с этим Закон об арбитраже предусматривает: в случае заключения сторонами медиативного соглашения в результате проведения процедуры медиации это соглашение может быть утверждено (по просьбе всех сторон арбитража) в качестве арбитражного решения на согласованных условиях.

Понятие медиативного соглашения и требования к нему устанавливаются в Законе о медиации. В соответствии с п. 7 ст. 2 медиативное соглашение - это соглашение, достигнутое сторонами в результате применения процедуры медиации к спору или спорам, к отдельным разногласиям по спору и заключенное в письменной форме. В ч. 1 ст. 12 еще раз подтверждается, что медиативное соглашение заключается в письменной форме, и устанавливается его содержание. В частности, медиативное соглашение должно содержать сведения о сторонах, предмете спора, проведенной процедуре медиации, медиаторе, а также согласованные сторонами обязательства, условия и сроки их выполнения.

Важно обратить внимание еще на одну особенность. Если стороны намерены получить решение третейского суда на согласованных условиях, медиативное соглашение должно включать урегулирование таких вопросов, которые не выходят за пределы арбитражного соглашения. Компетенция арбитража, в том числе по принятию решения на согласованных условиях, ограничивается только теми спорами, которые могут быть переданы в арбитраж на основании арбитражного соглашения.

Необходимо иметь в виду, что помимо принятия решения на согласованных условиях возможны другие варианты влияния процедуры медиации на ход третейского разбирательства.

Результатом процедуры медиации может стать также частичное или полное признание требований ответчиком; признание обстоятельств, на которых другая сторона основывает свои требования или возражения; соглашение сторон по обстоятельствам дела. Данные действия учитываются арбитрами при обосновании арбитражного решения.

Если стороны пришли к урегулированию спора, но не желают представлять достигнутое медиативное соглашение третейскому суду, то результатом может стать отказ истца от своих требований или договоренность сторон о прекращении третейского разбирательства (п. 2 ст. 32 Закона о МКА). В этих случаях выносится постановление о прекращении арбитража.

Если стороны не смогли урегулировать спор в процедуре медиации, то арбитраж возобновляется и дело рассматривается по существу с вынесением решения. В связи с продолжением арбитражного разбирательства возникает вопрос о возможности использования информации, которая была раскрыта сторонами при проведении процедуры медиации.

Принцип конфиденциальности процедуры медиации и его влияние на арбитражное разбирательство. Одним из принципов процедуры медиации является принцип конфиденциальности. Нельзя не подчеркнуть, что законодательство о медиации разных государств может значительно отличаться, но обязательной его частью являются положения о конфиденциальности, с которыми в первую очередь связывается эффективное функционирование данной процедуры. Основное назначение правового регулирования конфиденциальности заключается в ограничении использования информации, связанной с процедурой медиации, в возможных последующих юрисдикционных процедурах. Именно такой подход обеспечивает возможность открытого и доверительного обсуждения любых вопросов, возникающих в ходе примирительной процедуры.

В российском Законе о медиации содержится отдельная норма о конфиденциальности информации, относящейся к процедуре медиации (ст. 5). В ее основе лежат положения ст. ст. 10, 11 Типового закона о согласительной процедуре. При сопоставлении указанных норм можно увидеть практически полное их совпадение. В частности, к информации, не подлежащей разглашению в последующем судебном или арбитражном разбирательстве, относятся: 1) предложения одной из сторон о применении процедуры медиации и готовность одной из сторон к участию в проведении данной процедуры; 2) мнения или предложения, высказанные одной из сторон в отношении возможного урегулирования спора; 3) признания, сделанные одной из сторон в ходе проведения процедуры медиации; 4) готовность одной из сторон принять предложение медиатора или другой стороны об урегулировании спора. Этими пунктами перечень Закона о медиации исчерпывается, в то время как в Типовом законе о согласительной процедуре он дополнен еще одним пунктом: в последующих разбирательствах не допускаются ссылки на документы, подготовленные исключительно для целей согласительной процедуры. Почему российский законодатель, взяв за основу в отношении конфиденциальной информации практически дословно содержание Типового закона о согласительной процедуре, оставил в стороне последний пункт, неясно.

На практике часто встречаются ситуации, когда стороны готовят для примирительных процедур специальные документы: заявления, меморандумы, заключения, проекты вариантов соглашений. Если примирение не достигнуто, то велик соблазн представить эти документы в суд или арбитраж как доказательства признания вины или фактов, сделанных расчетов или уступок и т.п. Поэтому указание в российском Законе на исключение таких документов из числа допустимых доказательств было бы правильным. В то же время, на наш взгляд, отсутствие в законодательном перечне указания на документы, специально подготовленные для медиации, или на какую-либо другую конкретную информацию о медиации не является принципиальным, и вряд ли данный перечень следует признавать исчерпывающим.

В любом случае суд или арбитраж с учетом конкретных обстоятельств дела должен будет решать вопрос о допустимости такого рода доказательств.

Таким образом, установленная Законом конфиденциальность медиации может оказывать влияние на доказательственную деятельность в международном коммерческом арбитраже, в частности на решение вопроса о допустимости той или иной доказательственной информации, связанной с медиацией. При этом необходимо принимать во внимание общее правило о том, что информация, относящаяся к процедуре медиации, сохраняется конфиденциальной, если стороны не договорились об ином или ее раскрытие не требуется в соответствии с законом. Данное положение предусмотрено как в Типовом законе о согласительной процедуре, так и в российском Законе о медиации.

Возможность совмещения функций медиатора и арбитра. Общей чертой медиации и арбитража как альтернативных процедур является возможность избрания нейтрального лица (лиц) для урегулирования и разрешения спора. Однако полномочия данных лиц существенно различаются. Арбитры разрешают спор по существу на основе принципа состязательности с вынесением обязательного для сторон решения. Медиатор в отличие от арбитра не вправе устанавливать факты, исследовать доказательства, принимать обязательные для сторон решения. Его основная функция - оказание сторонам содействия в ведении переговоров и достижении соглашения.

В связи с разнонаправленностью функций медиатора и арбитра по общему правилу не допускается их совмещение в одном лице. В ст. 12 Типового закона о согласительной процедуре прямо закреплено, что, если стороны не договорились об ином, посредник не выступает в качестве арбитра по спору, который являлся или является предметом согласительной процедуры, или по другому спору, возникшему

в связи с тем же договором или правоотношением или в связи с любым имеющим к нему отношение договором или правоотношением.

Цель данной нормы, как указывается в Руководстве по принятию и применению этого Закона, заключается в обеспечении большего доверия к посреднику и уверенности в согласительной процедуре. Какая-либо сторона может неохотно стремиться к урегулированию спора путем проведения согласительной процедуры, если ей придется учитывать вероятность того, что в случае неудачи согласительной процедуры посредник может быть назначен арбитром в последующем арбитражном разбирательстве <19>.

<19> Руководство по принятию и применению Типового закона ЮНСИТРАЛ "О международной коммерческой согласительной процедуре". С. 54
(http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf; дата посещения - 30.03.2017).

Ни Закон о медиации, ни Закон об арбитраже не восприняли данное положение этого Типового закона, что, однако, не означает, что указанное общее правило неприменимо в Российской Федерации. Оно с очевидностью вытекает из установленных принципов независимости и беспристрастности как медиатора, так и арбитра. Подобное положение включается в некоторые регламенты. Так, в § 17 Согласительного регламента МКАС при ТПП РФ устанавливается, что, если стороны не договорились об ином, посредник не может выступать в качестве арбитра в любом арбитражном разбирательстве в отношении спора, являвшегося предметом согласительной процедуры.

В то же время в силу автономии воли сторон они могут договариваться о выборе одного нейтрального лица для последовательного урегулирования и разрешения спора в процедурах медиации и арбитража. Именно в связи с этим возникла такая разновидность альтернативной процедуры, как мед-арб, понятие которой было дано в пар. 4.1 данной главы.

Указанная возможность привлекает участников спора тем, что позволяет сократить расходы, связанные с урегулированием и разрешением спора. Если сторонами избираются разные лица для выполнения функций медиатора и арбитра, то, соответственно, речь идет о двух полноценных процедурах и двойных расходах. Кроме того, избрание одного лица в качестве медиатора и арбитра имеет значение в случаях, если стороны пришли к заключению медиативного соглашения и в целях исполнимости хотят придать ему силу арбитражного решения.

Подобная ситуация, например, предусматривается в Согласительном регламенте МКАС при ТПП РФ. В абз. 2 § 17 закреплено, что в случае достижения мирового соглашения стороны могут при согласии посредника договориться об избрании лица, выполнявшего функции посредника, арбитром и просить его зафиксировать мировое соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Данный подход отвечает двойным потребностям сторон: стремлению урегулировать спор на основе взаимных интересов (медиация) и обеспечению исполнимости принятого решения (арбитраж), а также является более экономичным с точки зрения финансовых и временных затрат.

Возможен и другой подход в совмещении функции медиатора и арбитра. Он рекомендуется, например, в Руководстве Примирительного регламента МТП и определяется как arb-med-arb <20>. В частности, в п. 34 разъясняется, что в ходе арбитражного разбирательства стороны могут договориться о том, что единоличный арбитр или член арбитражного трибунала (обычно председатель) оказывает содействие в ведении переговоров по урегулированию споров в качестве медиатора. Если медиация не привела к урегулированию всех разногласий по арбитражному спору, то медиатор может вернуться к роли арбитра и вынести арбитражное решение или принять участие в его вынесении. Как отмечается в данном Руководстве, такая практика является достаточно обычной в некоторых юрисдикциях. В тех же юрисдикциях, где такая практика мало или вообще не применяется, сомнения обычно касаются того факта, что если арбитр, действуя как медиатор, встречается с одной из сторон или каким-то иным образом получает от одной из сторон конфиденциальную информацию, которую он не может раскрыть другим сторонам арбитража, то это не соответствует принципам надлежащей процедуры. Негативные

последствия могут заключаться в заявлении отвода арбитру, в возможности отмены арбитражного решения или в возможной его неисполнимости. Именно из-за таких потенциальных рисков Примириательный регламент МТП позволяет медиатору действовать в качестве арбитра по тому же спору только в случае письменной договоренности всех сторон.

<20> Гайдаенко Шер Н.И. Новый Примириательный регламент Международной торговой палаты: в ожидании спроса на медиацию // Журнал российского права. 2014. N 9. С. 116 - 124.

Таким образом, международные регламенты примириительных процедур исходят из того, что нейтральное лицо может действовать как медиатор и арбитр, но только при наличии специального письменного соглашения сторон по этому вопросу <21>. Данный подход, основанный на автономии воли сторон, представляется единственно правильным.

<21> Подробнее о совмещении функций медиатора и арбитра по законодательству отдельных государств и регламентам постоянно действующих арбитражных учреждений см.: Гайдаенко Шер Н.И. Арбитр как примириитель: сложности и возможности. Ответы на деликатные вопросы // Третейский суд. 2016. N 2/3. С. 219 - 226.

4.3. Инвестиционный арбитраж

Прежде чем приступить к сравнительному анализу двух видов международного арбитража - коммерческого и инвестиционного, необходимо сделать несколько оговорок методологического характера. В самом названии этих двух видов можно сразу обнаружить основное различие между ними. В первом случае речь идет о передаче на рассмотрение арбитража коммерческих споров, во втором - инвестиционных. Таким образом, указание на **характер спора** является главным **материально-правовым критерием** для разграничения международного коммерческого арбитража и международного инвестиционного арбитража (далее - МИА). Для создания четкой классификации данного критерия явно недостаточно, поскольку при изучении арбитража как альтернативного способа разрешения споров процессуальные вопросы, связанные с организацией и проведением арбитражного разбирательства, играют немаловажную роль. Вместе с тем с практической точки зрения отсутствие процессуального критерия позволяет спорящим сторонам и арбитрам, разрешающим инвестиционный спор, обратиться к правовому регулированию международного коммерческого арбитража. Эта возможность широко признается большинством государств мира и закрепляется в двусторонних инвестиционных соглашениях (далее - ДИС) или многосторонних инвестиционных соглашениях (далее - МИС) в виде конвенционного положения о передаче инвестиционных споров на рассмотрение в арбитраж **ad hoc**, учреждаемый в соответствии с Арбитражным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Следующей проблемой, возникающей при установлении различий между международным коммерческим и международным инвестиционным арбитражем, является **высокая степень вариативности международно-правовых норм**, регулирующих разрешение международных инвестиционных споров. Создание универсальной правовой нормы не означает ее последующее воспроизведение на региональном уровне в МИС или появление ее в двусторонних отношениях между договаривающимися государствами и закрепление в ДИС. Поэтому было бы преждевременно говорить о разработке единого подхода к ключевым вопросам арбитража, делать выводы об общих и отличительных чертах международного коммерческого арбитража и МИА, которые нашли бы свое подтверждение при всех предлагаемых обстоятельствах и подлежащих применению правовых источниках. Единственным выходом из создавшегося положения является обнаружение преобладающей тенденции в нормотворчестве и правоприменении, что свидетельствует только о формировании общего подхода, не обретшего еще свою законченную форму и потому находящегося в процессе постоянных изменений. Своеобразными путеводителями в поиске этого подхода служат две универсальные конвенции: Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Вашингтонская конвенция. История принятия первой связана с регулированием вопросов международного коммерческого арбитража, история принятия второй - с регулированием вопросов МИА.

Согласие на арбитраж. Общеизвестно, что предпосылкой любого арбитража является согласие спорящих сторон, которое предполагает возникновение между ними частного правоотношения. Такое согласие может быть выражено путем составления отдельного соглашения как до, так и после возникновения спора или путем включения в основной текст специальной (арбитражной) оговорки. Нью-Йоркская конвенция 1958 г. упоминает некоторые способы заключения арбитражного соглашения, делая акцент на соблюдении сторонами письменной формы данного соглашения как необходимого условия распространения конвенционной защиты (ст. II). Тем не менее все способы заключения арбитражного соглашения, используемые в международном коммерческом арбитраже, укладываются в традиционную модель арбитража, основанную на существовании между спорящими сторонами договорных обязательств.

Совершенно другая ситуация складывается в МИА. Большинство обращений иностранных инвесторов в арбитраж связано с применением положений о разрешении инвестиционных споров, предусмотренных в ДИС или МИС. Отклонение от традиционной модели арбитража заключается в том, что иностранный инвестор не принимает участия в разработке указанных положений, поскольку договаривающимися сторонами международных договоров выступают государства. Поэтому в западной научной доктрине была создана новая модель, которая может обходиться без существования между спорящими сторонами договорных обязательств (**arbitration without privity**) <22>. Положения о разрешении инвестиционных споров, предусмотренные в ДИС или МИС, рассматриваются как **постоянно действующие оферты (standing offers)**, адресованные договаривающимся государствами иностранным инвесторам, которые акцептуют их путем возбуждения арбитражного разбирательства.

<22> Paulsson J. Arbitration Without Privity // ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. 1995. Vol. 10. N 2. P. 232.

Необходимо отметить, что текст Вашингтонской конвенции 1965 г. не содержит прямого указания на международное инвестиционное соглашение как на один из видов согласия на арбитраж, которое может быть дано государством, принимающим инвестиции (далее - принимающее государство). В Отчете исполнительных директоров Вашингтонской конвенции 1965 г. рассматривается возможность применения новой модели только в отношении внутрисударственного законодательства о защите и поощрении иностранных инвестиций: "Согласие может быть дано, к примеру, в оговорке, включенной в инвестиционное соглашение, о передаче будущих споров Центру [МЦУИС], возникающих из такого соглашения, или в **compromis** в отношении уже возникших споров. Конвенция не требует, чтобы согласие обеих сторон содержалось в одном документе. Таким образом, принимающее государство может в своем законодательстве о поощрении инвестиций сделать оферту о подчинении споров, возникающих из определенных видов инвестиций, юрисдикции Центра, а инвестор может дать свое согласие путем акцептования оферты в письменном виде" <23>. В юридической литературе высказывалось мнение о том, что процитированный параграф подтверждает согласие государств-участников на применение новой модели арбитража и в отношении международного договора (ДИС или МИС) <24>.

<23> Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Par. 24, sec. 5 // Parra A.R. The History of ICSID. Oxford, 2012. P. 410 - 418.

<24> Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties. The Hague, 2009. P. 43.

Впервые новая модель арбитража была реализована в 1988 г. в деле **SPP v. Egypt** <25>. Спор возник между гонконгской компанией SPP и египетским агентством по туризму и гостиничному бизнесу (EGOTH) в связи со строительством туристического комплекса в Каире. Инвестиционный контракт, подписанный министром Египта по туризму, содержал арбитражную оговорку о разрешении споров в арбитраже при МТП, а также ссылку на национальный закон Египта об инвестициях 1974 г. Данный закон предусматривал возможность передачи инвестиционных споров на разрешение МЦУИС. После отмены арбитражного решения, вынесенного в пользу компании SPP апелляционным судом г. Парижа, компания SPP возбудила арбитражное разбирательство в рамках Вашингтонской конвенции 1965 г. Признавая свою

юрисдикцию по спору, третейский суд среди прочего сделал оговорку о том, что не существует презумпции об ограничительном толковании спорных положений о разрешении споров путем арбитража исходя из соображений государственного суверенитета. Арбитры сослались на общеизвестную практику судебных органов и арбитражных институтов выносить решения в пользу признания своей компетенции, "когда сила аргументов в пользу юрисдикции имеет перевес" <26>. Поэтому соответствующее положение о разрешении споров в арбитраже, предусмотренное в национальном законе Египта об инвестициях 1974 г., представляло собой, по мнению арбитров, с одной стороны, "императивную и иерархическую последовательность обращения к процедурам разрешения споров", а с другой - "явно выраженное согласие в письменной форме на юрисдикцию Центра [МЦУИС] по смыслу значения статьи 25 (1) Вашингтонской конвенции 1965 года" <27>.

<25> **Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. The Arab Republic of Egypt**, ICSID Case N ARB/84/3. Decision on Jurisdiction. April 14, 1988 (**SPP v. Egypt**).

<26> **SPP v. Egypt**. Par. 143.

<27> Ibid. Par. 161.

В современной арбитражной практике можно найти немало случаев, когда третейские суды рассматривали соответствующие положения, содержащиеся в национальном законодательстве о защите и поощрении инвестиций, в качестве оферты принимающего государства о передаче инвестиционных споров в арбитраж. Ярким примером служат решения о юрисдикции, вынесенные МЦУИС в 2010 и 2013 гг. по делам о нарушении Венесуэлой своих инвестиционных обязательств <28>. Во всех этих делах правовая природа согласия на арбитраж раскрывается через понятия "постоянно действующая оферта" или "односторонняя оферта" (**unilateral offer**), несмотря на то, что правовым источником является национальное законодательство Венесуэлы <29>.

<28> **Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd., Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petroleos, Inc v. The Bolivarian Republic of Venezuela**, ICSID Case N ARB/07/27. Decision on Jurisdiction. June 30, 2010 (**Mobil v. Venezuela**); **Cemex Caracas Investments B.V. and Cemex Caracas II Investments B.V. v. The Bolivarian Republic of Venezuela**, ICSID Case N ARB/08/15. Decision on Jurisdiction. December 30, 2010 (**Cemex v. Venezuela**); **Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Grand Offshore, L.L.C., Point Marine, L.L.C., Twenty Grand Marine Service, L.L.C., Jackson Marine, L.L.C., Zaparata Gulf Marine Operators, L.L.C. v. The Bolivarian Republic of Venezuela**, ICSID Case N ARB/10/5. Decision on Jurisdiction. February 8, 2013 (**Tidewater v. Venezuela**).

<29> **Mobil v. Venezuela**. Par. 64, 85; **Cemex v. Venezuela**. Par. 58, 77, 79; **Tidewater v. Venezuela**. Par. 94. Также см.: **Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador**, ICSID Case N ARB/03/26. Award. August 2, 2006. Par. 332. Схожую терминологию можно встретить в делах: **Inceysa Vallisoletana S.L. The Republic of El Salvador**, ICSID Case N ARB/05/22. Award. August 2, 2006 (**Inceysa v. Salvador**). Par. 263; **Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. The United Republic of Tanzania**, ICSID Case N ARB/05/22. Award. July 24, 2008 (**Biwater v. Tanzania**). Par. 329; **SPP v. Egypt**. Par. 38; **SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. The Republic of the Philippines**, ICSID Case N ARB/02/06. Decision on Jurisdiction. January 29, 2004 (**SGS v. Philippines**). Par. 50; **Wintershall Aktiengesellschaft v. The Argentine Republic**, ICSID Case N ARB/04/14. Award. December 8, 2008 (**Wintershall v. Argentina**). Par. 116; **Soufraki v. The United Arab Emirates**, ICSID Case N ARB/02/7. Decision on the Application for Annulment and Separate Opinion. June 5, 2007 (**Soufraki v. United Arab Emirates**). Par. 59; **Aguas del Tunari S.A. v. The Republic of Bolivia**, ICSID Case N ARB/02/3. Decision on Repondent's Objection to Jurisdiction. October 21, 2005 (**AdT v. Bolivia**). Par. 278; **Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. The Republic of Senegal**, ICSID Case N Arb/08/20. Decision on Jurisdiction. July 16, 2010 (**Millicom v. Senegal**). Par. 63; **Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine**, ICSID Case N ARB/00/9. Award. September 16, 2003 (**Generation Ukraine v. Ukraine**). Par. 12.5, **Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. The Republic of Peru**, ICSID Case N Arb/03/28. Decision of the ad hoc Committee. February 28, 2011 (**Duke v. Peru**). Par. 129.

Дело **AAPL v. Sri Lanka** ознаменовало дебют новой формы арбитража уже в сфере применения положений ДИС в качестве согласия на арбитраж <30>. Между спорящими сторонами не было заключено арбитражное соглашение. Компания AAPL участвовала в совместном предприятии по разведению креветок в восточной части Шри-Ланки. В 1987 г. в результате подавления правительственными силами беспорядков был разрушен завод и убито более 20 сотрудников совместного предприятия. Компания AAPL обратилась с иском о выплате компенсации в МЦУИС, ссылаясь на ДИС между Великобританией и Шри-Ланкой. В 1990 г. третейский суд вынес решение в пользу иностранного инвестора. На следующий год президент третейского суда А. Эль-Кошери, выступая на международной конференции, высказал предположение о том, что "обращение к положениям ДИС может стать в будущем главным каналом, посредством которого МЦУИС будет осуществлять свою юрисдикцию" <31>. Не прошло и десятилетия, как положения ДИС о разрешении споров превратились в самый распространенный способ заключения арбитражного соглашения между спорящими сторонами <32>. Процедура возбуждения арбитражного разбирательства рассматривается как принятие инвестором оферты, сделанной государством <33>. За согласием на арбитраж закрепляются черты письменного арбитражного соглашения в целях соблюдения требований Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Вашингтонской конвенции 1965 г. <34>.

<30> AAPL v. Sri Lanka. Award. June 27, 1990 // ICSID Reports. 1997. Vol. 4.

<31> El-Kosheri A. ICSID Arbitration and Developing Countries // Joint colloquium on International Arbitration. Washington, D. C., November 11, 1991. Перепечатано в: ICSID Review - Foreign Investment Law Journal. Vol. 8. 1993. P. 104, 107. Цит. по: Parra A. Op. cit. P. 172.

<32> **SGS v. Philippines**. Par. 45; **Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador**, PCA Case N 2009-23. Third Interim Award of Jurisdiction and Admissibility. February 27, 2012. (**Chevron v. Ecuador**). Par. 1.10; Appeal from the district court's denial of motions to stay an arbitration between Chevron Corporation and Ecuador. March 17, 2011. P. 16 - 17; **Biwater v. Tanzania**. Par. 250.

<33> **Generation Ukraine v. Ukraine**. Par. 12.2, 12.3.

<34> Проведение прямой аналогии между согласием на арбитраж, выраженным в ДИС или МИС, и арбитражным соглашением характерно для англо-американской системы права (см. ст. 1122 Североамериканского соглашения 1992 г. о свободной торговле (НАФТА), ст. 28 Типового ДИС Канады 2004 г., ст. 25 Типового ДИС США 2012 г.).

В любом случае новая модель арбитража несовместима с российской доктриной международного права. Положения ДИС и МИС о порядке разрешения инвестиционных споров должны рассматриваться как **международно-правовые нормы**. Этот вывод нашел подтверждение в решении Экономического суда СНГ от 23.09.2014 N 01-1/1-14 "О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года", в котором неоднократно подчеркивается, что речь идет о норме рассматриваемой статьи, не являющейся самой по себе "достаточным основанием для обращения инвесторов в любой международный суд" <35>.

<35> Решение Экономического суда СНГ от 23.09.2014 N 01-1/1-14 "О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 года". С. 7 (<http://www.sudsgn.org/database/deed/174.html>; дата посещения - 17.02.2018).

Понятие инвестиции. Вашингтонская конвенция 1965 г. не содержит разъяснения о том, что подразумевается под понятием "инвестиция" и по каким признакам оно может быть раскрыто. Отсутствие попыток в достижении единого подхода среди участников конференции предполагалось компенсировать творчеством сторон инвестиционных отношений: "Не было предпринято ни одной попытки по определению термина "инвестиции", принимая во внимание основополагающее требование о согласии между сторонами и механизм, посредством которого Договаривающиеся Государства могут известить, если они этого пожелают, тип споров, подлежащих или не подлежащих передаче Центру [МЦУИС]" <36>. Границы такого творчества, по мнению некоторых арбитров, могут быть расширены до такой степени, что понимание "инвестиции" сторонами может носить экстраординарный и даже нелогичный характер: "Тем не

менее мы придерживаемся взгляда, что Договаривающиеся Государства обладают свободой считать любой вид активов или экономическую сделку как создающую инвестицию, подпадающую под защиту международного договора. Договаривающиеся Государства могут даже пойти еще дальше и заявить, что "чистый" одноразовый договор купли-продажи образует инвестицию, даже если эта сделка обычно не охватывается обычным значением термина "инвестиция". Тем не менее в таких делах терминология рассматриваемого инструмента не должна оставлять никаких сомнений в том, что намерение Договаривающихся Государств заключалось в придании термину "инвестиция" экстраординарного или нелогичного значения" <37>.

<36> Report of the Executive Directors. Par. 27, sec. 5.

<37> **Romak S.A. v. The Republic of Uzbekistan**, PCA Case N AA280. Award. November 26, 2009 (**Romak v. Uzbekistan**). Par. 205.

Что же касается случаев, когда перед третейским судом стоит задача установить содержание термина "инвестиция" в его обычном значении, арбитры предпочитают применять так называемый концептуалистский подход, в основе которого лежит тест Салини (**Salini test**). Данный тест был применен третейским судом в деле **Salini v. Morocco** <38>. Предмет спора был связан с исполнением договора на строительство участка автостреды, который был заключен с двумя итальянскими компаниями - Salini и Italstrade, победителями тендера, объявленного марокканской компанией ADM. Последняя, в свою очередь, являлась стороной концессионного соглашения, заключенного с министром по строительству и профессиональному обучению. При сдаче строительных работ итальянские компании сделали заявления (оговорки) о компенсации убытков, которые остались без ответа, что послужило основанием для возбуждения арбитражного разбирательства в рамках МЦУИС.

<38> **Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. The Kingdom of Morocco**, ICSID Case N ARB/00/4. Decision on Jurisdiction. July 16, 2001 (**Salini v. Morocco**).

Ссылаясь на процитированную выше фразу из Отчета исполнительных директоров, третейский суд решил обратиться к доктрине и выделил следующие признаки инвестиции: вклад; определенный период исполнения договора; участие в рисках, возникающих из сделки, и (в качестве дополнительного признака) вклад в экономическое развитие принимающего государства <39>. Несмотря на то что содержание и число предложенных признаков неоднократно подвергались критике последующими третейскими судами <40>, само их введение свидетельствует об автономной квалификации спорного понятия, существующей вне рамок какой-либо национальной правовой системы и тем самым не испытывающей на себе ее влияния. Склонность третейского суда к автономной квалификации в деле **Salini v. Morocco** проявляется еще и в другом выводе арбитров, предваряющем сам тест Салини. Положение соответствующего ДИС о том, что под термином "инвестиция" понимаются все категории активов, инвестированных в соответствии с правом принимающего государства, предлагается рассматривать как относящееся к действительности инвестиции, а не к ее понятию <41>.

<39> **Salini v. Morocco**. Par. 52.

<40> См.: **Consortium Groupement LESI-Dipenta v. The People's Democratic Republic of Algeria**, ICSID Case N ARB/03/8. Award. January 10, 2005 (**LESI-Dipenta v. Algeria**). Par. 13 (iv); **Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. The Republic of Chile**, ICSID Case N ARB/98/2. Award. May 8, 2008 (**Pey Casado v. Chile**). Par. 232.

<41> **Salini v. Morocco**. Par. 46.

В современной арбитражной практике поиск оптимальной формулы, позволяющей выделить инвестицию среди других видов коммерческой деятельности, ведется преимущественно в двух направлениях. Первое основано на предположении о существовании объективных критериев,

являющихся составными и неотъемлемыми частями понятия "инвестиция". Отсутствие хотя бы одной из них разрушает целостность представления об исследуемом явлении, что приводит к вынесению арбитрами решения об отсутствии юрисдикции по основанию *ratione materiae*. В западной юридической литературе это направление известно под названием "дедуктивный метод". Как отмечает Э. Гайяр, "в основе оценки некоторых арбитражных трибуналов была положена презумпция о том, что существует истинное определение инвестиции и что такое определение основано на конститутивных элементах или критериях. Согласно этому подходу трибунал, в случае оспаривания его юрисдикции, должен установить наличие всех конститутивных элементов или выполнение всех требуемых критериев, чтобы прийти к выводу о существовании инвестиции для подтверждения своей юрисдикции... Этот процесс соответствует классической методологии, соединяющей один или несколько конститутивных элементов с правовым последствием, и может быть описан как дедуктивный" <42>.

<42> Gaillard E. Identity or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer / Ed. by Ch. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch, S. Wittich. Oxford University Press, 2009. P. 407.

Третейские суды могут расходиться во взглядах на количество и содержание признаков, составляющих понятие "инвестиции", но их объединяет общий принцип, которым они руководствуются при вынесении решения, - оценка фактически сложившихся отношений между спорящими сторонами на предмет их соответствия заданной абстрактной модели. Она служит своеобразным ориентиром для арбитров и вносит в их аргументацию элемент правовой определенности. Само стремление применить объективные критерии для определения инвестиции <43> автоматически ограничивает усмотрение арбитров и переводит решение спорных вопросов на самый высокий уровень источников права - уровень правовых норм.

<43> Это стремление проявляется, когда арбитры приходят к выводу об обязательном соблюдении ряда условий для определения инвестиции (**LESI-Dipenta v. Algeria**, Sec. II. Par. 13 (iv)), упоминают о конститутивных критериях (**Ioannis Kardassopoulos v. Georgia**, ICSID Case N ARB/05/18. Decision on Jurisdiction. July 6, 2007 (**Kardassopoulos v. Georgia**. Par. 116)), обращаются к авторитету теста Салини с последующим правовым анализом составляющих его элементов (**Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. The Islamic Republic of Pakistan**, ICSID Case N ARB/03/29. Decision on Jurisdiction. November 14, 2005 (**Bayindir v. Pakistan**). Par. 130 - 138); **Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. The Arab Republic of Egypt**, ICSID Case N ARB/04/13. Decision on Jurisdiction. June 16, 2006 (**Jan de Nul v. Egypt**). Par. 91 - 96; **Saipem SpA v. The People's Republic of Bangladesh**, ICSID Case N ARB/05/07. Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures. March 21, 2007 (**Saipem v. Bangladesh**). Par. 99 - 111).

Второе направление выделения инвестиции среди других видов коммерческой деятельности основано на обнаружении характерных черт инвестиции в деятельности иностранного инвестора. В отличие от дедуктивного метода задача, стоящая перед арбитрами, носит менее амбициозный характер. Они не пытаются достичь полного соответствия между установленными ими фактами и некой абстрактной моделью. Им достаточно обнаружить лишь некоторые признаки, указывающие на наличие инвестиции. Поэтому данное направление получило название интуитивного <44>, или прагматичного, подхода, обладающего большой гибкостью в обосновании выводов о наличии или отсутствии юрисдикции по основанию *ratione materiae* <45>. Если в дедуктивном методе акцент делается на определении признаков инвестиции, что подразумевает высокую степень абстракции, то в интуитивном методе достаточно идентифицировать некоторые из них. Иными словами, в первом случае у арбитров складывается представление об инвестиции, а во втором возникает ощущение ее признаков.

<44> Gaillard E. Op. cit. P. 407.

<45> **Romak v. Uzbekistan**. Par. 199; **Biwater v. Tanzania**. Par. 316.

В интуитивном методе усмотрение арбитров носит более широкий характер, поскольку они не связаны обязанностью следовать строгим формулам или предписанным критериям, а могут изменять свою позицию в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела. Юридическое значение признаков инвестиции фактически сводится к нулю, поскольку они не рассматриваются как формальные условия <46> или требования для установления юрисдикции, а выполняют скромную роль примеров <47> или типичных характеристик.

<46> **Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic**, ICSID Case N ARB/97/4. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. May 24, 1999 (**CSOB v. The Slovak Republic**). Par. 90.

<47> **MCI Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. The Republic of Ecuador**, ICSID Case N ARB/03/6. Award. July 31, 2007 (**MCI v. Ecuador**). Par. 165.

Выбор между дедуктивным и интуитивным методами не способствует, с одной стороны, устранению непредсказуемости при вынесении арбитражных решений, а с другой - формированию подхода, который бы соответствовал традиционным представлениям о руководящей роли правовых источников. Оба метода допускают широкое, а иногда неограниченное усмотрение арбитров. В дедуктивном методе оно проявляется в установлении объективных критериев инвестиции, которые в большинстве случаев не имеют своего нормативного закрепления ни на международном, ни на внутригосударственном уровне. В интуитивном методе от усмотрения арбитров зависит толкование спорных положений ДИС или МИС, установление намерения договаривающихся государств отклониться от общеизвестного представления об инвестиции путем исключения из нее некоторых признаков или включения новых.

Возвращение третейских судов в правовое поле при принятии ими решений о наличии или отсутствии юрисдикции по основанию **ratione materiae** возможно только тогда, когда арбитры начнут обращаться к принципам международного частного права для выбора подлежащих применению правовых источников, а не руководствоваться только личным убеждением в толковании норм международных договоров или обычаев. Если в этих нормах или обычаях нельзя найти четкого регулирования спорного вопроса, то тем более не следует ограничиваться ими при проведении правового анализа и отказываться от обращения к другим источникам права, включая национальное законодательство принимающего государства и его судебную практику.

Статус иностранного инвестора. Субъектный состав спорящих сторон не является квалифицирующим признаком, проводящим четкую грань между международным коммерческим арбитражем и МИА, хотя и отличается различными способами правового регулирования. В международных инвестиционных спорах одной из сторон всегда выступает принимающее государство, занимающее положение ответчика в арбитражном разбирательстве. В международном коммерческом арбитраже государство может выступать в качестве и истца, и ответчика, если возникновение спора связано с нарушением коммерческого договора, заключенного с частным лицом. Однако доля участия государства в коммерческих спорах небольшая, так как чаще всего эти споры возникают между предпринимателями и/или компаниями, относящимися к субъектам частного права.

Помимо различного положения государства в коммерческих и инвестиционных спорах, следует также обратить внимание на особые коллизионные нормы, подлежащие применению для установления национальности иностранного инвестора. Наряду с использованием в международном коммерческом арбитраже традиционных коллизионных привязок: закона инкорпорации, оседлости или центра эксплуатации юридического лица - в МИА появляется нормативное закрепление так называемой **теории контроля**. В соответствии с п. п. 1 и 2 ст. 25 Вашингтонской конвенции 1965 г. любое юридическое лицо, которое на установленную дату имело национальность договаривающегося государства, являющегося стороной в споре, но которое ввиду иностранного контроля **стороны** согласились рассматривать как юридическое лицо другого договаривающегося государства по смыслу Вашингтонской конвенции, вправе передать инвестиционный спор между ним и договаривающимся государством на разрешение МЦУИС. Указание на иностранный контроль как на критерий определения национальности компании объясняется прежде всего особенностью законодательства развивающихся государств, предусматривающего в качестве обязательного условия для вложения инвестиций создание иностранными инвесторами компании на территории принимающего государства. По мнению А. Брехеса, данная особенность послужила убедительным доводом в пользу введения этого термина: "Для принимающих государств

является обычной практикой требовать от иностранных инвесторов вести хозяйственную деятельность на их территории через компании, созданные по закону принимающего государства. Если мы допустим, как это подразумевает Конвенция [Вашингтонская конвенция 1965 г.], что это технически наделяет компанию национальностью принимающего государства, становится очевидным необходимость в исключении из общего принципа, в соответствии с которым Центр [МЦУИС] не будет обладать юрисдикцией над спорами между Договаривающимся Государством и лицами его национальности. Если бы не было сделано никакого исключения для компаний, созданных по местным законам, но принадлежащих иностранным лицам, большой и важный сектор иностранных инвестиций оказался бы за пределами действия Конвенции" <48>.

<48> Broches A. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // Hague Academy of International Law Collected Courses ("Recueil Des Cours"). 1972/II. Vol. 136. P. 358, 359.

Наряду с предоставлением возможности для изменения национальности компании, контролируемой инвестором-акционером, Вашингтонская конвенция 1965 г. подразумевает запрет на любое произвольное использование такой возможности. Пределы дозволения устанавливает в каждом конкретном деле третейский суд, оценивая соглашение сторон с точки зрения разумности. В арбитражной практике попадаются явные случаи, когда истец необоснованно настаивает на приобретении компанией национальности одного из ее акционеров без предоставления доказательств, подтверждающих его контроль над компанией. В деле **Vacuum Salt v. Ghana** инвестор-акционер, имевший греческое гражданство, владел 20% акций в компании, предъявившей иск против Республики Гана. По мнению истца, данная компания находилась под контролем греческого инвестора-акционера, поскольку он, вступив в альянс с тремя государственными банками Республики Гана, каждый из которых владел по 10% акций компании, или пятью другими частными акционерами, мог успешно блокировать планы любых других альянсов и оказывать значительное влияние на управление компанией. Однако третейский суд не согласился с такой позицией <49>.

<49> **Vacuum Salt Products Limited v. Government of the Republic of Ghana**, ICSID Case N ARB/92/1. Award. February 16, 1994 (**Vacuum Salt v. Ghana**). Par. 41, 53.

Одним из критериев, используемых для определения национальности компании, является принадлежность всех или большинства голосующих акций инвестору-акционеру. Несмотря на то, что гипотетически контроль инвестора-акционера, установленный подобным способом, может быть оспорен, прямое владение большинством акций в компании играет ключевую роль в определении ее национальности и может заменить все другие критерии, которые также соответствуют требованиям разумности и добросовестности. В деле **Autopista v. Venezuela** третейский суд не стал применять дополнительные (экономические) критерии для определения иностранного контроля над национальной компанией: участие вице-президента компании ICA Group (первоначального владельца 75% акций в компании Ausoven (национальной компании)) во встречах с официальными лицами Венесуэлы, мексиканское гражданство директоров компании Ausoven, продолжение финансирования компанией ICA Group компании Ausoven <50>.

<50> **Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. The Bolivarian Republic of Venezuela**, ICSID Case N ARB/00/5. Decision on Jurisdiction. September 27, 2001 (**Autopista v. Venezuela**). Par. 118, 119.

В то же время сложная структура корпоративных отношений может ставить вопросы, выходящие за рамки согласованной сторонами модели и нахождения ее аналогов в научной доктрине. Ярким примером таких случаев является появление фигуры конечного акционера, контролирующего деятельность национальной компании через многоуровневую сеть промежуточных компаний и совершающего сделки по продаже контрольного пакета акций между ними. Задача арбитров при вынесении решения о наличии или отсутствии своей юрисдикции сильно осложняется, так как истец настаивает на установлении

иностранный контроль не на уровне компании, владеющей большинством акций национальной компании, а на уровне акционеров самой материнской компании. Таким образом, цепочка контролируемых лиц продлевается еще на одно звено и может продлеваться дальше, пока не дойдет до конечного акционера или бенефициара. В отличие от дела **Autopista v. Venezuela** в деле **AdT v. Bolivia** корпоративная структура предусматривала несколько уровней промежуточных компаний между конечным акционером (американской компании Betchel) и национальной компанией (компания AdT). Цепочку собственников 55% акций в национальной компании начинала люксембургская компания SARL, которая через три голландских компании (IWT B.V., IWH B.V., Baywater), последовательно сменяющих друг друга с точки зрения контроля, приводила к конечному акционеру <51>.

<51> **AdT v. Bolivia**. Par. 318.

Безусловно, сама постановка вопроса об иностранном контроле в инвестиционных спорах исторически связана с защитой интересов инвестора-акционера. Однако, получив свое отражение в международном договоре, любая правовая проблема подлежит рассмотрению с точки зрения всех заинтересованных лиц. Не являются исключением и правила установления иностранного контроля в национальной компании. Принимающее государство вправе использовать теорию контроля в своих интересах, если ранее не отказалось от ее применения при подписании соответствующего ДИС.

В известном деле **Tokios Tokelés v. Ukraine** ответчик заявил свои возражения против юрисдикции третейского суда, основываясь на том, что в силу применения теории контроля компания Tokios Tokelés, созданная по праву Литвы, должна быть признана украинской компанией, поскольку украинские лица владели 99% ее акций, составляли две трети ее руководящих органов, а административный офис находился на территории Украины. Также ответчиком было отмечено, что компания Tokios Tokelés не осуществляла никакой существенной коммерческой деятельности на территории Литвы <52>.

<52> **Tokios Tokelés v. Ukraine**, ICSID Case N ARB/02/18. Decision on Jurisdiction. April 29, 2004 (**Tokios Tokelés v. Ukraine**). Par. 36. См. также: Гармоза А.П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. 138 - 147; Международные инвестиционные споры: Учеб. пособие для студентов и слушателей МПФ / М.П. Бардина, Н.Г. Вилкова, Я.В. Земляченко, А.С. Комаров. М., 2010. С. 100 - 109.

Несмотря на эти обстоятельства, большинство арбитров пришли к выводу о наличии у третейского суда юрисдикции на рассмотрение данного спора. Ключевым аргументом послужило применение правила о так называемом отказе от преимуществ (**denial of benefits**). В качестве примера третейский суд сослался на ДИС между Украиной и США и Договор к Энергетической хартии 1994 г., в которых договаривающимся государствам было предоставлено право отказаться от преимуществ, возникающих у компаний, контролируемых лицами из третьих стран, если эти компании не ведут существенную хозяйственную деятельность на территории другого договаривающегося государства.

Отсутствие правила об отказе от преимуществ в ДИС между Украиной и Литвой, по мнению большинства арбитров, означало сознательный отказ ответчика от применения теории контроля в целях оспаривания юрисдикции третейского суда и от ограниченного толкования вышеназванного ДИС: "Мы рассматриваем отсутствие такого положения [правила об отказе от преимуществ] в качестве сознательного выбора Договаривающихся Сторон. На наш взгляд, в задачу трибуналов не входит устанавливать границы действия ДИС, не найденные в тексте, и еще менее очевидные исходя из истории переговоров. Международному трибуналу, действуя на основании установленной юрисдикции, не следует осуществлять ее за пределами дефиниции. В той же мере международному трибуналу следует (и на нем лежит обязанность) осуществлять юрисдикцию в той степени, в которой он уполномочен это делать" <53>.

<53> **Tokios Tokelés V. Ukraine**. Par. 36.

Другие особенности международного инвестиционного арбитража. Если иностранный инвестор

инициирует арбитражное разбирательство на основании соответствующих положений внутригосударственного законодательства о защите и поощрении инвестиций, ДИС или МИС и между принимающим государством и иностранным инвестором отсутствует прямое соглашение в виде инвестиционного договора, обычно не составляет большого труда разграничить его коммерческие и инвестиционные требования. Своеобразная "серая зона" возникает, когда такой договор между спорящими сторонами заключен и в нем предусмотрена арбитражная оговорка о передаче споров в международный коммерческий арбитраж. Принимающее государство может оспорить юрисдикцию инвестиционного арбитража на том основании, что спор связан с нарушением договорных условий и, следовательно, носит коммерческий характер. Задача арбитров будет заключаться в правильной квалификации исковых требований иностранного инвестора. Если его права нарушены в результате осуществления принимающим государством действий в качестве носителя суверенной власти, речь идет о нарушении им своих **публичных обязательств**, предусмотренных в законодательстве о защите и поощрении инвестиций, ДИС или МИС. Этот спор подлежит рассмотрению в МИА. Если принимающее государство нарушило свои **коммерческие обязательства**, предусмотренные в гражданско-правовом договоре, спор носит коммерческий характер и должен быть передан на разрешение в международный коммерческий арбитраж.

Как и в случае с субъектным составом спорящих сторон, определение характера исковых требований не является квалифицирующим признаком. В ДИС и МИС могут содержаться так называемые **зонтичные оговорки (umbrella clauses)**. Их цель заключается в распространении конвенционной защиты не только на материально-правовые гарантии, предоставленные иностранному инвестору в международном инвестиционном соглашении, но и на коммерческие обязательства принимающего государства. В этом случае довод об отсутствии у третейского суда юрисдикции не будет иметь убедительной силы, поскольку выбранный спорящими сторонами механизм разрешения спора будет носить **комбинированный характер**, сочетая в себе черты международного инвестиционного и международного коммерческого арбитража.

Обычно характер спора не оказывает влияния на порядок проведения арбитражного разбирательства, так как процессуальные правила должны обладать свойством универсальности. Некоторые различия между ними (которые можно обнаружить в арбитражных регламентах) объясняются историческими особенностями формирования правовой традиции и правовой культуры в стране проведения арбитража. Тем не менее большой общественный резонанс, возникающий при разрешении инвестиционных споров, послужил причиной пересмотра еще одного традиционного принципа международного коммерческого арбитража - конфиденциальности арбитражного разбирательства. Этот принцип закреплен в ст. 28 (3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 2010 г. в виде презумпции, которая может быть изменена по соглашению сторон. Противоположная презумпция применяется в отношении МИА. Арбитражное разбирательство обладает, за некоторыми исключениями, свойством **прозрачности**, что означает предоставление открытого доступа всем заинтересованным лицам к устным слушаниям и материалам арбитражного разбирательства, если иное не установлено спорящими сторонами (ст. 32 (2) Арбитражного регламента МЦУИС, ст. ст. 3, 6 Правил ЮНСИТРАЛ 2014 г. о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государством на основе международных договоров (далее - Правила ЮНСИТРАЛ 2014 г. о прозрачности). В том же году была принята Маврикийская конвенция с таким же названием, как и в Правилах ЮНСИТРАЛ 2014 г. о прозрачности (далее - Маврикийская конвенция 2014 г.), с целью предоставления механизма для применения данных Правил в отношении международных инвестиционных соглашений, заключенных между договаривающимися государствами до 1 апреля 2014 г. (даты вступления в силу Правил ЮНСИТРАЛ 2014 г.)).

В МИА также можно обнаружить особое коллизионное регулирование существа спора. Как и в международном коммерческом арбитраже, в МИА ключевую роль играет принцип автономии воли сторон, однако здесь он может применяться не только в отношении спорящих сторон, связанных прямым соглашением, - принимающего государства и иностранного инвестора, но и в отношении договаривающихся сторон в ДИС и/или МИС. Что же касается субсидиарной привязки, то в МИА появляется новое коллизионное правило о применении **права принимающего государства**. Своеобразной гарантией для иностранного инвестора от злоупотреблений со стороны принимающего государства в его нормотворческой деятельности является право арбитров обратиться к нормам международного права, которые могут быть применимы при разрешении инвестиционного спора (ст. 42 (1) Вашингтонской конвенции 1965 г.). Поскольку в международном частном праве допускается возможность распространить сферу действия применимого права на процессуальные вопросы, нельзя исключить случаи, когда арбитры примут решение об использовании вышеназванных коллизионных правил в

отношении арбитражного разбирательства. Тем более никакого специального коллизийного регулирования вопросов, связанных с формированием третейского суда, проведением устных слушаний и с другими аспектами арбитражного разбирательства, еще не существует в МИА на универсальном уровне.

В современном мире выбор международного арбитража как способа разрешения споров нередко продиктован особыми ожиданиями сторон, которые хотят видеть в нем нейтральный форум, независимый от каких-либо национальных правопорядков. Несмотря на то что в международном коммерческом арбитраже появляется все больше последователей транснационального подхода, основанного на признании автономного арбитражного правопорядка <54>, МИА находится ближе к превращению этого явления в новую правовую реальность. В пользу данного вывода свидетельствует обилие ссылок третейских судов на предыдущие арбитражные решения и их роль в формировании позиции арбитров. Безусловно, нельзя говорить о существовании прецедентного права в МИА, но и нельзя отрицать влияние арбитражной практики на развитие международного инвестиционного права. Некоторые арбитры стараются внести свой вклад в его гармоничное развитие, чтобы "оправдать законные ожидания сообщества государств и инвесторов в отношении определенности норм права" <55>, некоторые отказываются признавать за предыдущими арбитражными решениями свойство "выражать общее согласие международного сообщества" <56>. В любом случае нельзя игнорировать тот факт, что в настоящее время существует некая автономная система регуляторов, оказывающих значительное влияние на образование правовых норм, формирование научной доктрины и арбитражной практики.

<54> Gaillard E. Legal Theory of International Arbitration... P. 59.

<55> **Burlington Resources Inc. v. The Republic of Ecuador**, ICSID Case N ARB/08/5. Decision on Jurisdiction. June 2, 2010. Par. 100.

<56> **Romak v. Uzbekistan**. Par. 170.

Одним из весомых доводов, выдвигаемых против транснационального подхода, является процедура признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Универсальное регулирование этой процедуры стало главной целью разработки Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и даже нашло свое отражение в ее названии. Несмотря на то что конвенционный режим предусматривает минимальный перечень вопросов, подлежащих проверке государственного суда при рассмотрении ходатайства о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, возможность судебного вмешательства сохраняется (ст. V). Напротив, Вашингтонская конвенция 1965 г. прямо закрепляет обязанность договаривающихся государств признавать арбитражное решение в качестве обязательного и "выполнять финансовые обязательства, предусмотренные этим решением, в пределах своей территории, как если бы это было окончательным решением суда данного государства" (ст. 54). Таким образом, в МИА появляется возможность не только фактической, но и **юридической делегализации арбитража**, решения которого выносятся вне рамок какого-либо национального правопорядка и, следовательно, не подпадают под юрисдикцию каких-либо государственных судов.

Завершая краткое сравнение международного коммерческого арбитража и МИА, следует еще раз обратить особое внимание на изложенные выше факторы, формирующие представление о разрешении коммерческих и инвестиционных споров, и с их помощью определить точку расхождения при установлении юридической природы этих двух видов международного арбитража. Преследуя свою главную цель - разрешение споров между частными лицами, международный коммерческий арбитраж продолжает оставаться в **частноправовой области** регулирования правоотношений. В то же время МИА постоянно сталкивается с необходимостью выйти за пределы отношений, связывающих спорящие стороны, и взять на себя роль **публично-правового регулятора**. Об этой тенденции свидетельствует исследование, проведенное Центром по урегулированию международных споров, по использованию Маврикийской конвенции 2014 г. как возможной модели для реформирования системы урегулирования споров между инвесторами и государствами <57>. В рамках этого исследования предлагается создать единый инвестиционный орган разрешения споров или апелляционный орган по обжалованию арбитражных решений. Также следует обратить внимание на освещенные юридические проблемы и вопросы, связанных с проведением реформы. В частности, высказывается мнение о регулировании

арбитражного разбирательства только нормами международного права. Все эти предложения способствуют формированию автономной системы МИА, допускающей использование судебных способов разрешения споров.

<57> См. записку Секретариата ЮНСИТРАЛ "Урегулирование коммерческих споров: предоставление исследовательского документа по Маврикийской конвенции о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров как возможной модели для дальнейшего реформирования процесса урегулирования споров между инвесторами и государствами" по материалам 49-й сессии, 27 июня - 15 июля 2016 г. (<http://www.uncitral.org/uncitral/commission/sessions/49th.html>; дата посещения - 17.02.2018).

4.4. Спортивный арбитраж

Спортивный арбитраж - это разновидность специализированного арбитража, предметом деятельности которого является рассмотрение споров, вытекающих из спортивных правоотношений. Спортивные суды существуют на национальном уровне во многих странах. В частности, в России наиболее известен Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ <58>, который вправе администрировать споры на основании соглашений сторон о разрешении их спора в Спортивном арбитраже при ТПП РФ <59>; администрировать споры, возникающие в сфере физической культуры и спорта, в случае заключения сторонами арбитражного соглашения о разрешении споров в МКАС. Аналогичные по характеру компетенции арбитражные суды существуют в Беларуси <60>, Бельгии <61>, Италии <62>. Однако наиболее известным судом, получившим международное признание, является Спортивный арбитражный суд в Швейцарии. Поскольку данный суд признан Международным олимпийским комитетом <63> и компетентен рассматривать спортивные споры международного уровня, мы рассмотрим именно его задачи, структуру и порядок осуществления деятельности.

<58> Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ: <http://sport.tpprf.ru/> (дата посещения - 20.02.2018).

<59> Ранее существовавший при ТПП РФ орган. 27 января 2017 г. распоряжением Минюста России N 109-р депонированы правила Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. В соответствии с п. 8 Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ (Прил. 1 к Закону о МКА в ред. Федерального закона от 29.12.2015 N 409-ФЗ) с указанной даты МКАС является правопреемником Спортивного арбитража при ТПП РФ (<http://sport.tpprf.ru/ru/news/mezhdunarodnyy-kommercheskiy-arbitrazhnyy-sud-pri-tp-pf-standovitsya-pravopreemnikom-sportivnogo-arb-i175178/>; дата посещения - 20.02.2018).

<60> Спортивный третейский суд при ОО "Белорусский республиканский союз юристов" (<http://union.by/sportcourt/>; дата посещения - 20.02.2018).

<61> Belgisch Arbitragehof voor de Sport (BAS) - Cour Belge d'Arbitrage pour le Sport (CBAS) (<http://www.bas-cbas.be>; дата посещения - 20.02.2018).

<62> Tribunale Nazionale Arbitrale per lo Sport (<http://www.coni.it/it/attivita-istituzionali/tribunale-nazionale-di-arbitrato-per-lo-sport.html>; дата посещения - 20.02.2018).

<63> Статья 60 Олимпийской хартии. См.: Olympic Charter (https://stillmed.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf; дата посещения - 20.02.2018).

Спортивный арбитражный суд (Court of Arbitration for Sport - CAS) является учреждением, независимым от любой спортивной организации, и предлагает услуги в целях содействия урегулированию связанных со спортивными состязаниями споров путем арбитража или посредничества (медиации) <64> с помощью процедуры, адаптированной к конкретным потребностям спортивного мира. К компетенции CAS относится разрешение любых споров, которые прямо или косвенно связаны со спортом. Это могут быть

споры коммерческого (например, в связи со спонсорским договором) или дисциплинарного характера на основании решения спортивной организации (например, споры, связанные с санкциями за нарушение антидопинговых правил).

<64> CAS Mediation Rules (<http://www.tas-cas.org/en/mediation/rules.html>; дата посещения - 20.02.2018).

Головной офис CAS расположен в г. Лозанне. Два децентрализованных офиса созданы в г. Сиднее (Австралия) и г. Нью-Йорке (США). Слушания могут проводиться и в других местах, если на то будет решение председателя состава арбитров.

CAS был создан в 1984 г. и находится под административным и финансовым управлением Международного совета спортивного арбитража (International Council of Arbitration for Sport - ICAS). Основной задачей ICAS является контроль за соблюдением независимости CAS и прав сторон разбирательства. ICAS ведет список арбитров и медиаторов (посредников) CAS, а также назначает административных и финансовых должностных лиц в CAS.

В закрытом списке арбитров CAS имеется почти 300 арбитров из 87 стран мира, выбранных с учетом их специальных познаний в арбитраже и спортивном праве. Арбитры избираются в список на возобновляемый четырехлетний период с учетом равного географического представительства и разных правовых культур. Список арбитров имеется на сайте суда. Арбитры и медиаторы CAS не могут выступать в качестве представителей сторон в разбирательстве.

Правовой основой деятельности CAS является Закон о международном частном праве Швейцарии 1985 г. <65> и Кодекс спортивного арбитража, утвержденный ICAS <66>.

<65> Loi **fédérale** sur le droit international **privé** (LDIP) du 18 **décembre** 1987 (Etat le 1er janvier 2017) (<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>; дата посещения - 20.02.2018).

<66> Code de l'arbitrage en **matière** de sport **Entré** en vigueur le 1er janvier 2017 - Code of Sports-related Arbitration In force as from 1 January 2017 (http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2017_FINALen_.pdf; дата посещения - 20.02.2018).

В рамках деятельности CAS могут создаваться отделения **ad hoc** для разрешения споров на крупных соревнованиях, таких как Олимпийские игры, Игры Содружества или континентальные и мировые чемпионаты по футболу. Для каждого такого отделения утверждается свой отдельный регламент.

Кодексом спортивного арбитража CAS предусмотрены две процедуры арбитража: 1) обычная процедура - для споров, вытекающих из договорных отношений или деликтов; 2) апелляционная процедура - при обжаловании решений, принятых внутренними органами спортивных организаций (как правило, международных). Сторона может подать апелляцию, только если она исчерпала все внутренние средства правовой защиты внутри самой спортивной организации. В структуре CAS создано два соответствующих отделения - Отделение обычного арбитража и Отделение апелляционного арбитража. Определение того, какое отделение будет ответственно за рассмотрение заявления стороны, относится к компетенции Канцелярии суда и не может быть предметом обжалования. Однако председателю Отделения как лицу, принимающему определенные обязательные для сторон спора постановления, может быть заявлен отвод в ситуации, когда возникают сомнения в его независимости и беспристрастности в отношении какой-либо из сторон спора, относящегося к компетенции этого Отделения. На председателе Отделения также лежит обязанность заявить самоотвод в том случае, если существует конфликт интересов. Процедура отвода (самоотвода) определяется ICAS. Если председатель Отделения отводится, его функции принимает на себя его заместитель, если же и последнему заявлен отвод, который удовлетворен, функции председателя Отделения исполняет председатель CAS.

Канцелярию CAS возглавляет генеральный секретарь, которому помогает один или более

советников.

Любое дееспособное физическое или юридическое лицо может обратиться с заявлением в CAS. Как правило, это спортсмены, клубы, спортивные федерации, Всемирное антидопинговое агентство, организаторы спортивных соревнований, спонсоры или телекомпании. В CAS регистрируется ежегодно около 300 дел.

Для возникновения компетенции CAS стороны должны дать согласие на это в письменной форме. Такое арбитражное соглашение может быть заключено на разовой основе, например в форме арбитражной оговорки в трудовом договоре спортсмена, или появляться в договоре или быть закреплено во внутренних актах (регламентах) спортивной организации. Стороны могут заранее договориться представить любой будущий спор в арбитраж CAS, или же они могут прийти к соглашению об обращении в CAS после возникновения спора.

Разбирательство проводится, как правило, на французском или английском языке. Если сторон не могут прийти к согласию по вопросу языка разбирательства, то председатель состава арбитров или, если состав еще не был сформирован, председатель соответствующего Отделения с учетом обстоятельств дела определяет, какой язык - английский или французский - будет языком разбирательства. При соблюдении определенных условий может использоваться другой язык. К таким условиям необходимо отнести согласие состава арбитров и Канцелярии CAS. При наличии такого согласия Канцелярия CAS совместно с составом арбитров определяет, в каком порядке стороны будут нести необходимые расходы по письменному и устному переводу.

Сторона, желающая передать спор в CAS, должна направить в Канцелярию суда просьбу об арбитраже (обычная процедура) или апелляционное заявление (процедура обжалования), содержание которых определяются Кодексом спортивного арбитража. Стороны могут представлять себя самостоятельно либо через представителя, причем необязательно адвоката. Сторона обязана предоставить Канцелярии суда контактные данные своего представителя (представителей) и подтвердить его (их) полномочия в письменной форме.

Все уведомления и заявления CAS, состава арбитров и сторон подаются через Канцелярию суда. Важные документы передаются, как правило, курьерской почтой, но большое распространение имеет электронная почта и (реже) факс. Использование электронной почты для подачи документов должно соответствовать руководству CAS по использованию электронной почты для коммуникации. Услуга электронной подачи документов может быть активирована только после открытия арбитражного разбирательства Канцелярией CAS <67>. Это подразумевает предварительную подачу заявления об арбитраже (ст. R38 Кодекса спортивного арбитража) или подачу апелляционного заявления (ст. R48) по факсу или курьерской почтой в установленный срок, а также присвоение номера арбитражному делу.

<67> E-Filing (<http://www.tas-cas.org/en/e-filing/e-filing.html>; дата посещения - 20.02.2018).

Для того чтобы воспользоваться электронным способом подачи документов, сторона должна направить письменный запрос в Канцелярию суда путем заполнения регистрационной формы на сайте суда. Каждый уполномоченный и зарегистрированный пользователь получит имя пользователя и пароль, которые позволят ему получить доступ к веб-странице дела.

CAS имеет достаточно жесткие правила в отношении соблюдения процессуальных сроков. Председатель состава арбитров либо до его назначения председатель соответствующего Отделения может, при наличии обоснованного запроса и после консультаций с другой стороной, продлить сроки, предусмотренные в Кодексе спортивного арбитража, за исключением срока для подачи заявления об апелляции, если этого требуют обстоятельства, но при условии, что первоначально установленный срок еще не истек. Любой запрос на первое продление сроком не более пяти дней (кроме срока для подачи заявления об апелляции) может разрешаться генеральным секретарем CAS без консультации с другой стороной (сторонами). Состав арбитров либо, если состав еще не сформирован, председатель соответствующего Отделения может по обоснованному заявлению приостановить арбитражное разбирательство на ограниченный период времени.

Состав арбитражного суда CAS обычно состоит из трех арбитров, однако стороны могут согласовать рассмотрение спора единоличным арбитром. Назначение единоличного арбитра самим судом также возможно, если CAS сочтет это необходимым исходя из характера и сложности дела. В обычной процедуре каждая сторона выбирает одного арбитра из списка CAS, а оба назначенных арбитра соглашаются с тем, кто будет председателем состава арбитров. При отсутствии такого согласия этот выбор делает председатель Отделения обычного арбитража. В соответствии с процедурой апелляции каждая сторона выбирает одного арбитра, а президент состава арбитражного суда назначается председателем Отделения апелляционного арбитража. Арбитры должны быть независимыми и беспристрастными и заявлять о фактах, могущих повлиять на эти качества в конкретном деле.

Если заявление об арбитраже подано несколькими истцами и/или в отношении нескольких ответчиков, состав арбитров формируется по соглашению сторон. При отсутствии соглашения председатель Отделения принимает решение о числе арбитров согласно общему правилу. Соистцы и ответчики назначают арбитров совместно. В отсутствие согласия между соистцами и ответчиками в этом вопросе арбитров назначает председатель Отделения. Во всех случаях арбитры избирают председателя состава арбитров.

Арbitру может быть заявлен отвод, если обстоятельства порождают законные сомнения в его независимости и беспристрастности. Отвод должен быть заявлен в течение семи дней после того, как стороне стало известно об основании для отвода.

Вопрос об отводе решается Советом ICAS, который имеет право по своему усмотрению передать рассмотрение этого вопроса в ICAS. Отвод арbitру должен быть подан стороной в форме ходатайства с изложением фактов, лежащих в его основе, в Канцелярию CAS. Совет ICAS либо сам ICAS выносит решение по отводу после того, как другая сторона (или стороны), отводимый арbitр и другие арбитры предоставили свои письменные комментарии по этому вопросу. Такие комментарии передаются Канцелярией для ознакомления сторонам и другим арбитрам, если таковые избраны. Совет ICAS либо ICAS должен дать краткое обоснование своего решения по отводу и может опубликовать его.

Арbitр может быть отстранен ICAS, если он/она отказывается или не имеет возможности выполнять свои обязанности в разумные сроки. ICAS может осуществлять такое полномочие через свой Совет, который приглашает стороны, рассматриваемого и других арбитров, если таковые имеются, представить письменные комментарии по этому поводу. Отстранение арbitра не может быть запрошено стороной. Арbitр, который выбывает из процесса, заменяется в общем порядке, применяемом для назначения или избрания арbitра.

Если ответчик намерен привлечь третью сторону к участию в арбитражном разбирательстве, он должен указать на это в своем ответе вместе с изложением причин. Канцелярия CAS направляет копию документа третьему лицу и истцу, для того чтобы они высказали свою позицию по этому вопросу.

Если третья сторона желает принять участие в качестве стороны в арбитраже CAS, то она должна подать в Канцелярию CAS соответствующее мотивированное заявление в течение 10 дней после того, как ей стало известно об арбитраже, при условии, что такое заявление было подано до слушания или до закрытия стадии исследования доказательств по делу, если слушание не проводилось. Канцелярия CAS направляет это мотивированное заявление сторонам с установлением срока для выражения своей позиции.

Третья сторона может участвовать в арбитраже, если она связана арбитражным соглашением или если она и другие стороны согласятся на это в письменной форме. Постановление об участии третьей стороны в разбирательстве принимается председателем соответствующего Отделения. Формирование состава суда при присоединении или вступлении в разбирательство третьего лица производится на общих принципах, характерных для процессуального соучастия, описанных выше.

После подачи заявления об арбитраже или мотивированной апелляционной жалобы ответчик представляет суду ответ. Требования к содержанию этих процессуальных документов и срокам их представления содержатся в Кодексе спортивного арбитража. Как правило, в процедуре обычного арбитража есть заявление об арбитраже и исковое заявление (более подробное и обоснованное требование), ответ на него и, если это необходимо, дополнение к исковому заявлению и второй ответ. В

процедуре апелляционного арбитража заявитель подает заявление об арбитраже в течение 21 дня с момента ознакомления с обжалуемым решением, а потом, при необходимости, в течение 10 дней подает мотивированную апелляционную жалобу, если только заявление об апелляции не носит исчерпывающего характера. Ответчик обязан направить ответ на мотивированную апелляционную жалобу в течение 20 дней со дня ее получения. В процедуре обычного арбитража в дополнение к иску и второму ответу стороны могут заявить требования и высказать возражения, не изложенные в первоначальных документах. После этого ни одна из сторон не может заявить новые требования без согласия на то другой стороны. Вместе с подачей указанных процессуальных документов стороны должны представить составу арбитров все письменные доказательства, на которые они ссылаются в подтверждение своей позиции. После этого обмена процессуальными документами стороны не вправе подавать новые письменные доказательства, если на то нет 1) соглашения сторон, или 2) разрешения состава арбитров, или 3) если это не обусловлено исключительными обстоятельствами, наличие которых необходимо обосновать.

Если истец после подачи заявления об арбитраже не подаст в установленный срок исковое заявление, арбитражное разбирательство прекращается; если ответчик не представит в срок свой ответ, состав арбитров продолжает разбирательство и выносит решение.

В своих процессуальных документах стороны должны указать имена любых свидетелей, которых они намерены вызвать, в том числе и краткое изложение их ожидаемых показаний, имена любых экспертов с обозначением их области знаний и указание на иные меры в отношении доказательств, о которых они просят. Любые письменные свидетельские показания должны быть поданы вместе с процессуальными заявлениями сторон, если председатель состава арбитров не примет иного решения.

Если в CAS поданы встречный иск и/или возражение по юрисдикции, Канцелярия суда устанавливает для истца срок для ответа.

Состав арбитров выносит решение о своей собственной юрисдикции, независимо от каких-либо правовых действий государственного суда или другого арбитражного суда в отношении того же предмета спора между теми же сторонами, если веские основания не требуют приостановления производства по делу. Когда возражение против юрисдикции CAS получено судом, Канцелярия CAS или третейский суд, если он уже сформирован, должен предложить сторонам представить свои письменные позиции по вопросам юрисдикции. Состав арбитров может вынести постановление о своей компетенции либо в специальном постановлении, либо в решении по существу.

В случае если сторона подает запрос об арбитраже, связанный с арбитражным соглашением и фактами, которые аналогичны тем, которые являются уже предметом рассмотрения в обычной процедуре CAS, председатель состава арбитров либо председатель Отделения арбитража может (после консультаций со сторонами) объединить два разбирательства в одно.

По обоснованному ходатайству председатель Отделения апелляционного арбитража может приостановить действие обжалуемого решения. Обязательным условием является исчерпание всех внутренних способов приостановления и/или отмены решения, которые предусмотрены регламентами соответствующей спортивной федерации или организации. Председатель Отделения определяет компетенцию CAS **prima facie** и может вынести постановление о прекращении разбирательства, если таковая компетенция отсутствует. Соответствующее ходатайство о приостановлении действия решения должно содержать формальные обоснования того, что 1) неприостановление решения может нанести непоправимый ущерб стороне; 2) шансы запрашивающей стороны на победу в деле достаточно велики; 3) интересы заявителя гораздо более существенны, чем у ответчика (ответчиков). Если ходатайство подано до подачи апелляции и в течение десяти дней заявитель не подал заявление об апелляции, то принятое постановление об обеспечительных мерах автоматически аннулируется.

При согласии сторон председатель Отделения или состав арбитров может принять решение о проведении ускоренной процедуры и отдать соответствующие указания сторонам.

После какого-либо дополнительного обмена письменными документами стороны вызываются на слушание, чтобы исследовать доказательства в судебном заседании. При этом проведение слушаний не является обязательным; в каждом конкретном случае необходимость проведения заседания суда (слушаний) определяется сторонами с учетом мнения состава суда. Как правило, суд проводит

единственное слушание. Председатель состава арбитражного суда должен вести слушание и следить за тем, чтобы устные выступления не выходили за рамки заявленных процессуальных документов и были связаны с ними. Если стороны не договорились об ином, слушания не являются публичными, но может вестись протокол.

Стороны могут вызывать на слушание только таких свидетелей и экспертов, которых они определили в их письменных процессуальных документах. Председатель арбитража может принять решение о проведении слушания по видеоконференции или заслушивании сторон, свидетелей и экспертов через теле- или видеоконференции. С согласия сторон он/она может также освободить свидетеля или эксперта от появления на слушании, если свидетель или эксперт ранее подал письменное изложение своих показаний. Состав арбитров может ограничить или запретить появление любого свидетеля или эксперта как в целом, так и в какой-либо части их показаний на основании нецелесообразности.

После того как слушание закрыто, стороны не вправе представлять дополнительно письменные документы, если состав суда не вынесет постановления об обратном.

В рамках обычного арбитража стороны могут договориться о праве, применимом к существу спора. При отсутствии такого соглашения применяется швейцарское право.

В апелляционной процедуре арбитры рассматривают спор на основании внутренних правил соответствующего органа по жалобе, например, международной спортивной федерации и, субсидиарно, законодательства того государства, в котором зарегистрирована соответствующая спортивная организация. Состав суда имеет полное право пересмотреть обжалуемое решение по фактическим и правовым основаниям. Арбитраж может вынести новое решение, которое заменяет обжалуемое решение, или отменить решение и направить дело для пересмотра обратно в предыдущую инстанцию.

Решение CAS выносится большинством голосов арбитров, при невозможности достичь большинства решение выносит председатель состава арбитров. Окончательное решение доводится до сведения сторон через несколько недель, если оно не произносится в тот же день (в рамках апелляционной процедуры).

Арбитражные расходы в процедуре обычного арбитража включают в себя арбитражные сборы и гонорары арбитров, рассчитываемые согласно шкале гонораров. Рассмотрение споров дисциплинарного характера является бесплатным, однако невозвращаемый канцелярский сбор в размере 1 000 швейцарских франков обязателен к оплате заявителем иска либо апелляционной жалобы по всем без исключения делам. Заявитель может быть освобожден Советом ICAS от оплаты арбитражных расходов, если предоставит CAS доказательства своего неудовлетворительного материального положения <68>.

<68> Legal Aid guidelines (<http://www.tas-cas.org/en/arbitration/legal-aid.html>; дата посещения - 20.02.2018).

Обычная процедура длится, как правило, от 6 до 12 месяцев. В процедуре апелляционного обжалования арбитражное решение должно быть вынесено в течение трех месяцев после передачи материалов дела составу арбитражного суда. В экстренных случаях и по просьбе состава арбитров председатель соответствующего Отделения CAS может продлить срок для вынесения решения.

Обычная процедура арбитража является конфиденциальной. Стороны, арбитры и сотрудники CAS обязаны не разглашать какую-либо информацию, связанную со спором.

Правила апелляционной процедуры не определяют конкретные правила о конфиденциальности, но арбитры и сотрудники CAS имеют обязанность сохранять конфиденциальность в ходе разбирательства. Однако после вынесения решения стороны должны указать, что вынесенное решение не должно быть опубликовано, в противном случае оно будет опубликовано на официальном сайте суда.

Решение, вынесенное CAS, является окончательным и обязательным для сторон с момента его объявления сторонам. Это означает и то, что оно может быть приведено в исполнение в соответствии с

Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

Однако, как и любое решение международного арбитражного суда, вынесенное в Швейцарии, решение CAS может быть обжаловано стороной в течение 30 дней со дня его вручения этой стороне в Швейцарском федеральном трибунале по очень ограниченному перечню оснований: отсутствие юрисдикции, нарушение элементарных процедурных правил (например, нарушение права на справедливое судебное разбирательство) или нарушение публичного порядка.

CAS предлагает также процедуру медиации, которая регулируется Регламентом медиации. Медиация возможна на основе соглашения о медиации, в котором каждая из сторон обязуется попытаться добросовестно вести переговоры с другой стороной при содействии посредника (медиатора) CAS с целью урегулирования спора, связанного со спортом. Как правило, в порядке медиации могут быть урегулированы споры из договорных отношений; споры дисциплинарного характера могут быть урегулированы с помощью этой процедуры лишь в исключительных случаях.

Сторона, желающая начать процедуру медиации, направляет просьбу в письменной форме в Канцелярию CAS. Затем посредник выбирается сторонами из числа списка посредников CAS или, в отсутствие какого-либо соглашения, назначается Президентом CAS после консультаций со сторонами.

Процедура посредничества проводится в порядке, согласованном сторонами. При отсутствии такого согласия посредник определяет порядок, при котором будет проводиться посредничество. Посредник содействует урегулированию спорных вопросов, используя те средства, какие считает целесообразными. Для достижения этой цели он предлагает различные варианты решения спорной ситуации, при этом медиатор не может навязывать решение спора любой из сторон. В случае успеха посредничество завершается подписанием сторонами соглашения о примирении.

Глава 5. ИСТОЧНИКИ РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ О РЕГУЛИРОВАНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

Международный арбитраж в силу своего характера предполагает разрешение споров с иностранным элементом. Это означает, что вопросы, связанные с его регулированием, выходят за пределы одного национального правового порядка (как в случае с внутренним арбитражем).

Таковыми вопросами являются:

- (i) возможность стороны заключить арбитражное соглашение (субъективная арбитрабельность);
- (ii) виды споров, которые могут быть предметом третейского разбирательства (объективная арбитрабельность);
- (iii) требования к арбитражному соглашению;
- (iv) правила осуществления третейского разбирательства;
- (v) взаимодействие между третейским разбирательством и государственными судами (включая вопросы исполнения арбитражных решений).

Исторически данные вопросы всегда являлись предметом регулирования на национальном уровне, но расширение международной торговли объективно привело к тому, что начиная с XX в. многие вопросы третейского разбирательства получили международно-правовое регулирование.

5.1. Международные источники регулирования арбитража

Впервые международный арбитраж получил свое международно-правовое регулирование в двусторонних межгосударственных соглашениях.

Так, в XX в., особенно в первой его половине, широкое распространение получила практика, при которой положения об арбитраже включались в дву- и многосторонние договоры о развитии торговли. Однако постепенно многосторонние договоры вытеснили двусторонние соглашения. Кроме того, в конце

XX в. установилась тенденция по регулированию международного арбитража на частноправовом уровне различными авторитетными международными организациями.

5.1.1. Международные двусторонние договоры

Вплоть до начала XX в. отсутствовало какое-либо регулирование международного арбитража на межгосударственном уровне, поэтому соответствующие положения часто включались в двусторонние договоры о развитии торгового сотрудничества. Государства, заключающие такие соглашения, обязались предоставить благоприятные условия для развития торговли, что включало в себя также возможность рассмотрения споров не в государственных судах данных стран, а посредством арбитража.

Примером такого международного документа может служить Временное соглашение между Советской Россией и Германией, заключенное 6 мая 1921 г. Хотя основной его целью было координировать действия государств по обмену военнопленными, в нем также содержались положения, направленные на развитие торговли, в том числе и об арбитражном порядке разрешения споров.

В соответствии с данным документом при наличии соглашения сторон споры должны были разрешаться в арбитражном порядке либо в Германии (где должно быть открыто советское торговое представительство), либо в Советской России, на территории которой могла осуществляться деятельность немецких предпринимателей, несмотря на объявленную государственную монополию внешней торговли. Временное соглашение обязывало советское правительство заключать арбитражные соглашения по всем внешнеторговым сделкам, совершаемым с участием немецких компаний. В то же время немецкие компании имели возможность выбора между арбитражем и передачей споров на разрешение немецких государственных судов.

В этом же году было подписано Англо-российское торговое соглашение. Изначально оно не указывало на возможность разрешения споров посредством арбитража, однако в ходе его обсуждения стороны договорились о применении арбитражного процесса для разрешения возможных споров между советскими и английскими предпринимателями <1>.

<1> Во время встреч, состоявшихся в 1920 г., премьер-министр Великобритании Ллойд Джордж и полномочный представитель России в Англии Леонид Красин поднимали вопрос о правовой базе для ведения торговли. Ллойд Джордж заявлял, что британские торговцы вообще не имели представления о судебной системе Советской России, а потому не испытывали к ней доверия. На это Красин ответил, что он готов согласиться с созданием "арбитражного суда", частично британского и частично российского, для урегулирования споров. См.: Видер В.В. Советско-американский арбитражный процесс Гарримана: Ллойд Джордж, Ленин и каннибалы // Международный коммерческий арбитраж. 2005. N 2. С. 98 - 108.

12 октября 1925 г. Германия и СССР подписали двустороннее соглашение, в котором был раздел, посвященный арбитражу. В частности, в нем указывалось, что арбитражное соглашение могло быть заключено в отношении как существующих, так и будущих споров, оговаривался порядок определения юридического места арбитража, формирования состава арбитража и исполнения арбитражных решений <2>.

<2> Veeder V.V. The natural limits to the Truncated tribunal: the German case of the Soviet eggs and the Dutch abduction of the Indonesian arbitrator // Law of international business and dispute settlement in the 21st century: liber amicorum Karl-Heinz Böckstiegel = Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert / Ed. by R. Briner et al. Köln, 2001. P. 795 - 796.

7 сентября 1940 г. в Москве было подписано Соглашение о товарообороте и платежах между СССР и Швецией <3>. Данное Соглашение не только предусматривало обязанность по признанию и исполнению арбитражных решений, вынесенных на территории второго государства, но и устанавливало процедуру и основания для отказа в исполнении арбитражного решения. Соглашение также включало в себя

приложение, содержащее примерное Соглашение о третейском суде, в котором определялись порядок формирования состава арбитров, место проведения третейского разбирательства и некоторые иные процессуальные вопросы.

<3> См. более подробно: Муранов А.И. Еще один взгляд на вопросы исполнения в России арбитражных решений, вынесенных в Швеции: проблемы применения почти что забытого двустороннего соглашения 1940 г. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 2. С. 61 - 102.

После подписания и ратификации Советским Союзом Нью-Йоркской конвенции 1958 г. <4> необходимость включения в двусторонние соглашения о торговом сотрудничестве положений об арбитражном способе разрешения споров фактически отпала, поскольку большинство государств - партнеров Советского Союза также ратифицировали эту Конвенцию.

<4> Которая также была подписана Белорусской ССР и Украинской ССР как самостоятельными субъектами международного права.

В силу этого в течение последующих 50 лет достаточно редко встречались международные договоры, которые регулировали вопросы международного арбитража. Исключение составляли двусторонние соглашения о защите инвестиций, о которых речь будет идти далее, а также соглашения о правовой помощи с государствами, которые не подписывали Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г. <5>.

<5> В качестве примера можно привести Договор о взаимном оказании правовой помощи между СССР и Иракской Республикой (Москва, 22 июня 1973 г.), а также Договор между СССР и Народной Демократической Республикой Йемен о правовой помощи по гражданским и уголовным делам (Москва, 6 декабря 1985 г.).

5.1.2. Гаагские конвенции по мирному разрешению международных споров

Первыми международными документами, которые содержали регулирование международного арбитража, были конвенции, подписанные в Гааге в 1899 и 1907 гг., именуемые "Гаагские конвенции по мирному разрешению международных споров".

В силу данных конвенций был создан Постоянно действующий арбитражный суд в Гааге, который существует до сих пор.

Вместе с тем целью данных конвенций было в первую очередь урегулирование публично-правовых споров между государствами, а не частных споров между компаниями разных стран, поэтому урегулированный данными документами арбитраж касался публично-правовых споров.

5.1.3. Женевский протокол об арбитражных оговорках 1923 г.

Пожалуй, первым значимым многосторонним международным договором, который регулировал частный международный арбитраж, следует назвать Протокол об арбитражных оговорках, подписанный в Женеве 24 сентября 1923 г. <6> (далее - Женевский протокол 1923 г.). Этот документ был разработан по инициативе ИСС под эгидой Лиги Наций <7>.

<6> Вступил в силу 28 июля 1924 г.

<7> An overview of international arbitration / N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter. 5th ed. Oxford University Press, 2009. P. 69.

Формально участниками данного договора на сегодняшний день являются 40 государств, среди них Австрия, Германия, Франция, Испания, Швеция, Швейцария <8>. Большинство государств присоединились к Женевскому протоколу 1923 г. до 1958 г., поскольку с принятием Нью-Йоркской конвенции 1958 г., которая, по сути, урегулировала те же самые отношения, значение данного документа и юридически, и фактически было сведено к нулю.

<8> В то время Советский Союз враждебно относился к Лиге Наций, а потому не присоединился к Женевскому протоколу и к Женевской конвенции, см.: Видер В.В. Указ. соч. С. 99.

Основное значение Женевского протокола 1923 г. заключалось в том, что государства-участники приняли на себя обязательство "признавать" арбитражные соглашения.

Такое "признание" выражалось в том, что их уполномоченные органы должны были:

(i) отказываться рассматривать спор, охваченный арбитражным соглашением, и "направлять стороны в арбитраж" по заявлению одной из сторон: "...shall refer the parties on the application of either of them to the decision of the arbitrators" (ст. 4);

(ii) исполнять арбитражные решения, вынесенные на территории данных государств, в соответствии с положениями национального законодательства (ст. 3).

При этом Женевский протокол 1923 г. обязывал государства признавать действительность арбитражных соглашений, заключенных относительно не только существующих, но и **будущих** споров между сторонами (ст. 1).

Это правило в то время имело весьма революционный характер, поскольку в начале XX в. многие государства придерживались позиции, согласно которой заключение арбитражного соглашения допускалось только относительно уже существующего спора.

Женевский протокол 1923 г. также устанавливал, что арбитражные соглашения возможно заключать по спорам как коммерческого характера, так и иного вида, которые могут быть разрешены посредством арбитража. Тем не менее государства при присоединении к данному договору имели право сделать оговорку, что они обязуются признавать арбитражные соглашения, заключенные только относительно коммерческих (в понимании их собственного национального законодательства) споров (ч. 2 ст. 1 Женевского протокола 1923 г. В частности, такую оговорку сделали Бельгия, Франция, Польша, Испания, Индия и Бразилия).

Главный недостаток Женевского протокола 1923 г. заключался в том, что каждое государство-участник обязалось исполнять арбитражные решения, вынесенные на территории данного государства (ст. 3), и не должно было исполнять арбитражные решения, вынесенные на территории **другого** государства-участника. В силу этого, для того чтобы арбитражное решение было исполнимым, арбитраж де-факто должен был проводиться на территории государства-ответчика.

Кроме того, Женевский протокол 1923 г. не устанавливал оснований для отказа в исполнении вынесенного арбитражного решения, отсылая к национальному законодательству государства - места исполнения. Это, по сути, приводило к тому, что каждое государство могло иметь (и фактически имело) свой собственный перечень оснований для отказа в исполнении арбитражных решений.

5.1.4. Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений 1927 г.

Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений (далее - Женевская конвенция 1927 г.) была подписана 26 сентября 1927 г. в Женеве <9> 34 государствами <10>. Она была призвана исправить главный недостаток Женевского протокола 1923 г. - отсутствие обязательного механизма исполнения иностранных арбитражных решений.

<9> Вступила в силу 25 июля 1929 г.

<10> СССР, а также Российская Федерация не являлись участниками данной Конвенции.

Согласно Женевской конвенции 1927 г. государства-участники обязались признавать и исполнять арбитражные решения (в том числе и иностранные) при условии, что:

(i) арбитражное решение было вынесено на территории государства - участника Женевской конвенции 1927 г.;

(ii) арбитражное решение было вынесено по спору между сторонами, которые подчиняются юрисдикции государств - участников Женевской конвенции 1927 г. (ст. 1).

Кроме того, признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения могло быть произведено при выполнении следующих условий:

(a) арбитражное решение должно быть вынесено на основании арбитражного соглашения, действительного по применимому праву;

(b) предмет арбитражного решения должен быть арбитрабельным по закону страны, в которой решение предъявляется к исполнению;

(c) решение должно быть вынесено составом арбитров, указанным в арбитражном соглашении либо созданным в порядке, согласованном сторонами, и в соответствии с законом, регулирующим арбитражную процедуру;

(d) арбитражное решение должно стать окончательным в стране, в которой оно было вынесено, в том смысле, что оно не будет рассматриваться в качестве окончательного, если оно открыто для оспаривания в государственных судах или если будет доказано, что имеется незавершенная процедура, оспаривающая действительность арбитражного решения;

(e) признание или приведение в исполнение арбитражного решения не должно противоречить публичному порядку или принципам права той страны, в которой решение предъявляется к исполнению (ст. 1).

Однако в соответствии с Женевской конвенцией 1927 г. даже при выполнении указанных условий в признании и приведении в исполнение должно быть отказано в случае, если суд установит, что:

(a) арбитражное решение отменено в стране, в которой оно вынесено;

(b) сторона, не в пользу которой вынесено арбитражное решение, не была уведомлена об арбитражном производстве в срок, достаточный для того, чтобы иметь возможность представить свою позицию, либо, не обладая в достаточной мере право- или дееспособностью, не была надлежащим образом представлена;

(c) решение не относилось к разногласиям, предусмотренным или подпадающим под условия соглашения об арбитраже, или в нем содержатся постановления по вопросам, выходящим за пределы соглашения об арбитраже.

Кроме того, если решение было вынесено в отношении не всех спорных позиций, переданных на разрешение арбитража (лат. **infra petita**), компетентная власть страны, в которой рассматривается вопрос о признании или приведении в исполнение арбитражного решения, имела право в случае, если она признает это целесообразным, отложить признание или приведение в исполнение решения либо признать и исполнить его при условии предоставления гарантии, которая устроит такую компетентную власть (ст. 2).

Сторона, обратившаяся за исполнением, должна была представить:

1) оригинал арбитражного решения или его копию, надлежащим образом заверенную в соответствии

с законами страны, в которой оно вынесено;

2) документальное или иное доказательство того, что арбитражное решение стало окончательным в стране, в которой оно было вынесено;

3) (если потребуется) документальное или иное доказательство того, что выполнены условия, установленные в ст. 1 пар. 1 и 2 (а) и (с), а именно:

i. Арбитражное решение было вынесено на территории государства - участника Женевской конвенции.

ii. Арбитражное решение было вынесено по спору между сторонами, которые подчиняются юрисдикции государств - участников Женевской конвенции.

iii. Арбитражное решение вынесено на основании арбитражного соглашения, действительного по применимому праву.

iv. Решение вынесено составом арбитров, указанным в арбитражном соглашении либо созданным в порядке, согласованном сторонами, и в соответствии с законом, регулирующим арбитражную процедуру.

Таким образом, хотя принятие Женевской конвенции 1927 г. и было значительным шагом в развитии международного арбитража, некоторые ее положения тем не менее делали затруднительным исполнение иностранных арбитражных решений.

Во-первых, сфера применения данной Конвенции была ограничена, поскольку распространялась лишь на государства - участников Конвенции, а также только на арбитражные решения, вынесенные на территории данных государств.

Во-вторых, на стороне, которая обращалась с заявлением о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, лежало бремя доказывания выполнения условий такого признания или приведения в исполнение, установленных Конвенцией, в том числе того факта, что решение стало окончательным в стране его вынесения и было вынесено в соответствии с законами этой страны.

Наличие этого положения привело к проблеме так называемой **двойной экзекватуры** <11>: сторона, которая хотела исполнить арбитражное решение, должна была вначале получить декларативное решение о признании арбитражного решения в государственном суде страны его вынесения и только потом обращаться в государство исполнения решения.

<11> An overview of international arbitration... P. 70 - 71; Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 19.

Процедура признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения приостанавливалась в случае, если арбитражное решение обжаловалось в стране его вынесения, т.е. сам факт инициирования процедуры отмены арбитражного решения в стране его вынесения, вне зависимости от того, насколько серьезны были заявленные основания для такой отмены, автоматически приостанавливал исполнение. С учетом того, что разбирательство по делу об отмене решения в некоторых странах могло длиться годами, подобное положение не способствовало привлекательности международного арбитража.

В-третьих, Женевская конвенция 1927 г. практически не ограничивала возможности для неисполнения **частичных** арбитражных решений.

Наконец, она позволяла отказать в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, если оно противоречило публичному порядку страны исполнения и **принципам права** этой страны. Поскольку Женевская конвенция 1927 г. не раскрывала, что понимается под принципами права, она давала обширные возможности для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Тем не менее Женевский протокол 1923 г. и Женевская конвенция 1927 г., являясь первыми многосторонними международными документами в области арбитража, оказали огромное влияние на развитие национальных законодательств об арбитраже и заложили основу для принятия Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

5.1.5. Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

Несовершенство Женевского протокола 1923 г. и Женевской конвенции 1927 г. привело к тому, что в 1953 г. ICC инициировала подготовку нового международного договора.

Инициатива была поддержана ООН и завершилась подписанием 10 июня 1958 г. в Нью-Йорке <12> Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

<12> Вступила в силу 7 июня 1959 г.

Участником данной Конвенции на сегодняшний день являются более 150 государств. Вряд ли иной международный договор, направленный на регулирование вопросов частного права или частного процесса, может похвастаться подобным количеством участников.

Об успехе Нью-Йоркской конвенции 1958 г. свидетельствует и тот факт, что большинство стран - участниц Женевского протокола 1923 г. и Женевской конвенции 1927 г. присоединились к Нью-Йоркской конвенции, и, таким образом, эти документы утратили то значение, которое имели прежде <13>.

<13> В соответствии с п. 2 ст. VII Нью-Йоркской конвенции "Женевский протокол 1923 года об арбитражных оговорках и Женевская конвенция 1927 года о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений утрачивают силу между Договаривающимися Государствами после того, как для них становится обязательной настоящая Конвенция, и в тех пределах, в которых она становится для них обязательной".

Вместе с тем некоторые государства еще долгое время оставались участниками Женевского протокола 1923 г. и Женевской конвенции 1927 г., а потому данные документы применялись в отношении этих стран.

Основные принципиальные отличия Нью-Йоркской конвенции 1958 г. от ее предшественников <14> заключаются в следующем.

<14> Действительно, многие положения Нью-Йоркской конвенции были прорывом в регулировании международного арбитража. Так, итальянский делегат Конференции ООН профессор Матеуччи назвал ее "дерзкой инновацией". См. предисловие одного из разработчиков Нью-Йоркской конвенции Питера Сандерса к кн.: Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей / Междунар. совет по коммерческому арбитражу. М., 2012. С. V - VIII.

1. Действие данной Конвенции распространилось на **все** иностранные арбитражные решения, а не только на те, которые вынесены на территории государств-участников на основании соглашений, заключенных между субъектами данных стран <15>.

<15> Некоторые государства при присоединении к Конвенции сделали оговорку на основании п. 3 ст. I о том, что они будут применять ее только в отношении арбитражных решений, вынесенных на **территории государств - участников** Конвенции.

2. Конвенция распространила свое действие не только на арбитражные решения по коммерческим спорам, но на **любые** арбитражные решения <16>.

<16> Тем не менее некоторые государства при присоединении к Конвенции сделали оговорку о том, что они будут применять ее только в отношении арбитражных решений, вынесенных **по коммерческим спорам** (п. 3 ст. I данной Конвенции).

3. Конвенция определила, что понимается под письменной формой арбитражного соглашения, включив в данное определение не только соглашение, подписанное сторонами, но и соглашение, содержащееся в обмене письмами или телеграммами.

4. Конвенция сократила перечень документов, которые должны быть представлены для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, до двух позиций, а именно:

(i) самого арбитражного решения или его заверенной копии;

(ii) оригинала арбитражного соглашения или его заверенной копии (п. 1 ст. IV).

5. Конвенция исключила возможность приостановления процедуры признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в связи с обжалованием такого решения в государстве вынесения или в связи с тем, что арбитражное решение вынесено не по всем заявленным в арбитраже требованиям.

6. Конвенция возложила бремя доказывания большинства обстоятельств, которые являются основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, на сторону, возражающую против такого признания и приведения в исполнение (основания, указанные в ст. V, п. 1 а) - е)).

7. Конвенция исключила из числа оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений "противоречие арбитражного решения **принципам права** страны исполнения", оставив лишь "противоречие **публичному порядку**".

8. Конвенция исключила необходимость доказывания того, что арбитражное решение стало **"окончательным"**, т.е. устранила проблему двойной экзекватуры.

Следует отметить, что с момента принятия Нью-Йоркской конвенции 1958 г. прошло много лет, в силу чего некоторые ее положения, касающиеся, в частности, письменной формы арбитражного соглашения, потребовали корректировки. К тому же за это время значительные изменения произошли в практике международной торговли применительно к использованию средств электронной связи. Эти обстоятельства нашли свое отражение как в международном регулировании <17>, так и в национальном законодательстве многих стран.

<17> В частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. о международном коммерческом арбитраже с изменениями 2006 г. (http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html; дата посещения - 18.02.2018), Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1996 г. об электронной торговле (http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html; дата посещения - 18.02.2018), Типовой закон ЮНСИТРАЛ 2001 г. об электронных подписях (http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html; дата посещения - 18.02.2018), Конвенция ООН 2005 г. об использовании электронных сообщений в международных договорах (http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html; дата посещения - 18.02.2018).

В связи с этим Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 2006 г. приняла Рекомендацию относительно толкования п. 2 ст. II <18> и п. 1 ст. VII <19> Нью-Йоркской конвенции.

<18> Пункт 2 ст. II Конвенции: "Термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами".

<19> Пункт 1 ст. VII Конвенции: "Постановления настоящей Конвенции не затрагивают действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных Договаривающимися Государствами, и не лишают никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения".

Так, в соответствии с Рекомендацией ЮНСИТРАЛ обстоятельства, описанные в п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г., не должны рассматриваться как исчерпывающие. Это означает, что письменная форма арбитражного соглашения считается соблюденной не только тогда, когда имеется арбитражная оговорка в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами либо содержащееся в обмене письмами или телеграммами. Требование письменной формы арбитражного соглашения считается соблюденным также тогда, когда арбитражное соглашение заключено посредством обмена электронными сообщениями, в частности сообщениями, переданными по электронной почте.

С учетом того что данная Рекомендация является не дополнением к Нью-Йоркской конвенции 1958 г., а толкованием ее положений, она действует автоматически на территории всех государств - участников Конвенции с момента принятия Конвенции.

С целью единообразного и гармоничного применения Нью-Йоркской конвенции в 1976 г. Международным советом по коммерческому арбитражу (МСКА, англ. International Council for Commercial Arbitration - ICCA) была начата публикация "Ежегодника коммерческого арбитража" (Yearbook Commercial Arbitration) <20>, в котором публикуется судебная практика стран - участниц Нью-Йоркской конвенции 1958 г. по ее применению.

<20> "Ежегодник" доступен по адресу: www.KluwerArbitration.com (дата посещения - 18.02.2018).

Наряду с этим ICCA разработал и опубликовал пособие для судей "Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.", в котором обобщается международный опыт применения Нью-Йоркской конвенции, а в 2016 г. секретариатом ЮНСИТРАЛ издано Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, являющееся результатом совместной работы профессора Э. Гайара и профессора Дж. Берманна, их исследовательских групп и секретариата ЮНСИТРАЛ, а также доктора Банифатеми, исполнительного директора и координатора веб-сайта newyorkconvention1958.org <21>.

<21> Текст Руководства см.:
http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf (дата посещения - 18.02.2018).

Руководство служит справочным пособием, обобщающим широкий круг решений, касающихся Нью-Йоркской конвенции 1958 г., и подробно анализирует, каким образом суды договаривающихся государств толкуют и применяют ее положения.

5.1.6. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г.

В начале 50-х гг. XX в. Европейская экономическая комиссия ООН сформировала специальную рабочую группу, целью которой было содействие в развитии торговых отношений между странами

капиталистического и социалистического блоков в Европе. В рамках этой задачи необходимо было разработать единые правила, применимые к международному арбитражу, что привело к подписанию 21 апреля 1961 г. в Женеве представителями правительств 22 европейских государств Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже <22>.

<22> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 137 - 138.

Хотя состав участников Европейской конвенции 1961 г. не так широк, как Нью-Йоркской конвенции 1958 г., она имеет большое значение применительно к регулированию вопросов международного арбитража, дополняя по многим вопросам Нью-Йоркскую конвенцию.

В отличие от Нью-Йоркской конвенции, которая имела своей целью урегулировать лишь два основных вопроса: признание арбитражных соглашений и признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, сфера действия Европейской конвенции 1961 г. гораздо шире.

1. Европейской конвенцией 1961 г. впервые на международном уровне был урегулирован **принцип "компетенции-компетенции"** <23>. Этот принцип выражается в следующих правилах:

<23> Данный термин появился в теории международного арбитража благодаря немецкой теории kompetenz-kompetenz, согласно которой арбитры вправе принять окончательное решение о наличии либо отсутствии собственной юрисдикции, если только стороны уполномочили их на это. В этом случае роль государственного суда ограничивалась проверкой вопроса, действительно ли стороны предоставили составу арбитров такие полномочия. См.: Dimolitsa A. Separability and kompetenz-kompetenz // Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention / Ed. by A.J. van den Berg; Int. Bureau of the Permanent Court of Arbitration. The Hague, 1999. P. 227 - 228. (ICCA congress series; N 9).

1) состав арбитров вправе сам решить вопрос о собственной компетенции, несмотря на то что право принятия окончательного решения в любом случае остается за государственным судом <24>;

<24> Пункт 3 ст. V Европейской конвенции 1961 г.: "Арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции или о наличии или действительности арбитражного соглашения или сделки, составной частью которой это соглашение является, с тем, однако, что указанное решение арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда".

2) если вопрос о компетенции состава арбитров одновременно рассматривается и в государственном суде, и составом арбитров, государственный суд должен вначале предоставить возможность составу арбитров разрешить спор об этом <25>.

<25> Пункт 3 ст. VI Европейской конвенции 1961 г.: "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 по 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".

2. Европейская конвенция 1961 г. установила **процедуру формирования состава арбитров**, которая применяется **при отсутствии** соответствующего соглашения сторон <26>.

<26> Действительно, если разбирательство осуществляется по регламенту постоянно действующего арбитражного института, то, как правило, не возникает проблем с формированием состава арбитров. В случаях, когда либо сторона не назначает арбитра, либо стороны не могут договориться о кандидатуре единоличного арбитра или председателя состава арбитров, такого арбитра в соответствии с применимым регламентом назначает арбитражный институт. Если же стороны не указали на применимый арбитражный регламент и не определили в арбитражном соглашении процедуру формирования состава арбитров, на практике могут возникнуть достаточно серьезные проблемы. Европейская конвенция 1961 г. предусмотрела механизм, при котором возможно формирование состава арбитров даже при очень короткой арбитражной оговорке, например: "Споры рассматриваются арбитражем в г. Москве". Европейская конвенция 1961 г. установила правила, как в этом случае будут решаться вопросы о том, должен ли спор рассматриваться постоянно действующим арбитражным институтом либо арбитражем **ad hoc**, должен ли состав арбитров быть представлен единоличным арбитром или тремя арбитрами, каков порядок назначения арбитров и пр. См. ст. IV Европейской конвенции 1961 г.

3. Европейская конвенция 1961 г., развивая правило, установленное Женевским протоколом 1923 г. и Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. <27>, о том, что государственный суд должен отказаться от рассмотрения спора, охваченного арбитражным соглашением, и **"направить стороны в арбитраж"**, указала, что **заявление об этом должно быть подано не позднее представления отзыва на исковое заявление по существу спора <28>**.

<27> Пункт 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: "Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

<28> Пункт 1 ст. VI Европейской конвенции 1961 г.: "Отвод государственного суда по неподсудности, основанный на наличии арбитражного соглашения и заявленный в государственном суде, в котором возбуждено дело одной из сторон в арбитражном соглашении, должен быть заявлен под угрозой утраты права за пропуском срока до или в момент представления возражений по существу иска в зависимости от того, рассматривает ли закон страны суда такой отвод как вопрос процессуального или материального права".

4. В данной Конвенции содержится важное положение о том, что обращение в государственный суд с просьбой о применении временных мер или **мер предварительного обеспечения** не рассматривается как несовместимое с арбитражным соглашением (п. 4 ст. VI).

5. Европейская конвенция 1961 г. установила, что **отвод составу арбитров** по неподсудности должен быть заявлен **не позднее представления стороной искового заявления** или возражений по существу дела под угрозой потери права ссылаться на данные обстоятельства впоследствии как в арбитражном разбирательстве, так и в государственном суде (п. п. 1, 2 ст. V).

6. Конвенция содержит ряд положений, регулирующих арбитражное соглашение. Так, она признает в отношениях между государствами, законы которых не требуют соблюдения письменной формы арбитражного соглашения, **арбитражные соглашения, заключенные в любой форме** (п. 2 (а) ст. I).

7. Конвенция также признает, что арбитражные соглашения могут быть заключены **юридическими лицами публичного права**, под которыми понимаются прежде всего государства и муниципальные образования (ст. II) <29>.

<29> Правда, любое государство при подписании Европейской конвенции 1961 г. было вправе сделать оговорку о неприменимости данного положения к субъектам этого государства, хотя де-факто подобную оговорку сделала только Бельгия, национальное законодательство которой на момент заключения данной Конвенции ограничивало право публичных субъектов на заключение арбитражных

соглашений. См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 140.

8. Конвенция урегулировала вопрос о **праве, применимом к арбитражному соглашению**, указав, что к арбитражному соглашению применяется закон, выбранный сторонами, а при отсутствии такового - право страны, в которой должно быть вынесено решение. В случае же, если стороны не указали право, применимое к арбитражному соглашению, и невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, суд должен определить применимое право на основании коллизионной нормы страны, в которой возбуждено дело <30>.

<30> Законодательство Российской Федерации не содержит коллизионной нормы, касающейся арбитражного соглашения, в силу чего у российского суда не остается иного выхода, кроме как применять к оценке арбитражного соглашения нормы российского права, если стороны не определили право, применимое к арбитражному соглашению, и место арбитража не определено.

9. Европейская конвенция 1961 г. предоставила арбитрам **право самостоятельно определять коллизионную норму**, по которой должно определяться право, применимое к спору (п. 1 ст. VII) (безусловно, при отсутствии соглашения сторон об ином). До этого считалось, что состав арбитров при выборе применимого права обязан руководствоваться коллизионной нормой страны арбитража по аналогии с тем, как должен был поступить судья государственного суда при рассмотрении спора международного характера <31>. Предоставление арбитрам возможности самостоятельно выбирать коллизионную норму имело своей целью ограничить влияние национальных систем на арбитраж и сделать его, таким образом, максимально нейтральным в контексте "Запад-Восток". С этой же целью Европейская конвенция 1961 г. установила, что во всех случаях арбитры должны принимать во внимание торговые обычаи <32>.

<31> См. об этом, в частности: Бардина М.П. Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 26 - 46.

<32> Там же.

10. По общему правилу, установленному Европейской конвенцией 1961 г., **арбитражное решение должно быть мотивированным** (ст. VIII). Исключение из этого правила допускается только в случае, если стороны об этом договорились и передали спор на разрешение арбитража, регламент которого не предусматривает вынесения мотивированного решения <33>.

<33> Вынесение арбитражного решения без указания мотивов является достаточно популярным, например, в Англии при рассмотрении некоторых видов споров (например, при совершении сделок на товарных биржах). Однако даже в этом случае сторона может потребовать вынесения мотивированного решения.

11. В Конвенции также установлено, что арбитры вправе вынести решение в **качестве "дружеских посредников"**, т.е., по сути, не ссылаясь на какие-либо нормы права, **только если между сторонами на этот счет имеется договоренность** и если применимый закон это разрешает (п. 2 ст. VII).

12. Европейская конвенция 1961 г. установила **закрытый перечень оснований для отмены арбитражных решений** (ст. IX), указав, что отмена арбитражного решения в стране его вынесения <34> будет являться основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения только в том случае, если решение в стране вынесения было отменено только по основаниям, установленным самой Европейской конвенцией 1961 г. <35>.

<34> Как это предусмотрено в п. 1 (е) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

<35> При этом для государств - участников Европейской конвенции 1961 г. данное положение имеет приоритет перед п. 1 (е) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

В то время как некоторые из оснований, установленных Европейской конвенцией 1961 г., повторяют положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г., часть из них в ней отсутствует. В частности, это касается неарбитрабельности спора, противоречия арбитражного решения публичному порядку, а также отмены или приостановления арбитражного решения компетентным судом в месте арбитража.

5.1.7. Московская конвенция 1972 г.

Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, была подписана представителями стран - членом Совета экономической взаимопомощи (СЭВ) 26 мая 1972 г. и известна по месту своего подписания как Московская конвенция <36>.

<36> Вступила в силу 13 августа 1973 г.

Первоначальными участниками данной Конвенции были Болгария, Венгрия, ГДР, Монголия, Польша, Румыния, СССР и Чехословакия. В 1977 г. Куба заявила о присоединении к Конвенции, однако не выполнила все необходимые для этого процедуры.

СЭВ являлся своего рода альтернативой ЕС для стран социалистического лагеря, имел свои органы управления, которые принимали нормативные акты, обязательные для стран СЭВ и их субъектов. В частности, особую популярность получили так называемые "Общие условия" - нормативные документы, регулировавшие гражданско-правовые отношения, возникающие при поставках товаров <37>, выполнении подрядных работ <38> и т.д. Эти "Общие условия", которые принимались начиная с 50-х гг. XX в., предусматривали, что споры, возникающие между хозяйствующими субъектами, подлежали рассмотрению в арбитраже, установленном для этих споров в стране ответчика, или по договоренности сторон - в третьей стране - члене СЭВ. При этом подсудность споров государственным судам прямо исключалась.

<37> Общие условия поставок СЭВ 1958 г.

<38> Общие условия монтажа СЭВ 1973 г.

Московская конвенция, подписанная в 1972 г., распространила данный принцип на все споры, которые могли возникать между хозяйствующими субъектами стран-членов СЭВ при осуществлении внешнеторговой деятельности <39>.

<39> Об этом прямо говорит п. 1 ст. I Московской конвенции.

Основные положения Московской конвенции сводились к следующему.

1. Московская конвенция прямо исключала подсудность **всех** внешнеторговых споров, возникающих между предприятиями стран СЭВ, государственным судам в пользу арбитража. При этом данная норма имела императивный характер и не могла быть исключена даже соглашением сторон <40>.

<40> Лебедев С.Н. Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву / Сост. А.И.

Муранов. М., 2009. С. 193.

Таким образом, арбитражное разбирательство между сторонами возникало не в силу заключенного между ними арбитражного соглашения, а в силу межгосударственного договора, устанавливающего обязательность арбитража.

2. Московская конвенция предусматривала, что споры должны были рассматриваться только арбитражным судом при торговой палате ответчика. Стороны, правда, могли договориться о том, что споры будут рассматриваться арбитражем при торговой палате третьей страны - участницы Конвенции, но при этом они не могли по соглашению предусмотреть разрешение споров в арбитражном суде при торговой палате страны-истца либо в ином арбитражном институте (ст. II).

Таким образом, Московская конвенция не только принуждала компании государств - участников СЭВ к арбитражу, но одновременно и делала выбор относительно того, в каком арбитражном институте должен рассматриваться спор.

3. Московская конвенция отменяла необходимость признания арбитражных решений. Решения таких арбитражей подлежали автоматическому признанию во всех странах, подписавших Конвенцию (п. 2 ст. IV).

4. Перечень оснований для отказа в исполнении арбитражного решения был **уже**, чем в Нью-Йоркской конвенции 1958 г., и включал в себя: 1) нарушение правил о компетенции; 2) невозможность представить свою позицию; 3) отмену решения в государстве его вынесения (п. 1 ст. V).

Вместе с тем не стоит объяснять столь прогрессивные положения Московской конвенции симпатией государств-участников к третейскому разбирательству как форме разрешения споров. Дело в том, что государственные суды стран - участниц СЭВ были просто не готовы к рассмотрению споров международного характера, что требовало от судей знания положений международного частного права, международного торгового права (в том числе и документов СЭВ), навыков применения норм иностранного права, не говоря уже о владении иностранными языками. Очевидно, что государственные суды просто не могли справиться с этой задачей.

В то же время постоянно действующие третейские суды при торговых палатах стран - членов СЭВ постоянно рассматривали международные споры, имели круг квалифицированных арбитров, которые свободно ориентировались в специфике таких дел.

Именно поэтому государства - участники СЭВ решили передать все внешнеторговые споры, возникающие в рамках СЭВ, на разрешение постоянно действовавших третейских судов при торговых палатах.

Еще одной проблемой, существовавшей во время принятия Московской конвенции, было то, что сами участники внешнеторговых операций часто не очень хорошо ориентировались в порядке разрешения международных споров. Именно поэтому данная Конвенция не предоставляла сторонам возможности как выбора арбитража (как способа разрешения споров), так и выбора арбитражного института, а установила императивные правила относительно этого.

Совет экономической взаимопомощи прекратил свое существование в 1991 г. На первый взгляд кажется, что с прекращением существования СЭВ Московская конвенция также должна была автоматически утратить свое действие. Однако это не так. Поскольку Московская конвенция является международным договором, прекращение СЭВ, в рамках которого она была подписана, **per se** не повлекло за собой ее прекращение как международного договора.

Московская конвенция предусматривала, что любой ее участник вправе выйти из нее, уведомив депозитария, и денонсация в этом случае вступает в силу через 12 месяцев со дня получения уведомления депозитарием (ст. X).

Формально о выходе из Московской конвенции в 1993 г. заявили Польша и Венгрия, а в 2003 г. - Румыния. В соответствии с Договором между ФРГ и ГДР об объединении Германии ФРГ оставляла за

собой право заявить о правопреемстве в отношении договоров ГДР при наличии заинтересованности. Поскольку такого заявления относительно Московской конвенции не поступило, Конвенция перестала действовать в отношении Германии.

Чешская Республика <41> и Словацкая Республика <42> вначале заявили о том, что они продолжают выполнять обязательства, предусмотренные Московской конвенцией, как правопреемники Чешской и Словацкой Федеративной Республики с 1 января 1993 г., однако Чехия в 1995 г. приняла решение о выходе из Московской конвенции <43>.

<41> Нота МИД Чешской Республики от 16.02.1993 N 79.059/93-МРО.

<42> Нота МИД Словацкой Республики от 18.12.1992 N 1395/92-23.

<43> Нота от 25.01.1995 N 2353/95-ЭУ.

Поскольку Российская Федерация продолжает осуществлять права и выполнять обязательства, вытекающие из международных договоров бывшего СССР, считается, что Россия является правопреемником СССР по Московской конвенции <44>.

<44> Нота МИД России от 13.01.1992 N 11/Угп.

Что касается других стран СНГ, то они никак не проявили свое желание участвовать в данной Конвенции как правопреемники СССР и де-факто ее не применяют.

С одной стороны, в соответствии с Соглашением о создании Содружества Независимых Государств <45> (Беловежское соглашение) государства - участники СНГ гарантировали выполнение международных обязательств, вытекающих для них из договоров и соглашений бывшего Союза ССР (ст. 12 Беловежского соглашения). Беловежское соглашение было ратифицировано Азербайджаном, Арменией, Беларусью, Казахстаном, Молдовой, Узбекистаном и Украиной.

<45> 8 декабря 1991 г.

С другой стороны, спустя полгода (6 июля 1992 г.) в Москве те же государства подписали Меморандум о взаимопонимании по вопросу правопреемства в отношении договоров бывшего Союза ССР, представляющих взаимный интерес. В соответствии с Меморандумом вопрос об участии в таких договорах решается в соответствии с принципами и нормами международного права каждым государством - участником СНГ самостоятельно в зависимости от специфики каждого конкретного случая, характера и содержания того или иного договора. В связи с этим на практике государства СНГ обычно делали специальные заявления в отношении тех договоров СССР, по которым они считали себя правопреемниками <46>.

<46> См., например, Постановление Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 03.06.1992 N 1704-XII "О процедуре правопреемственности Республики Беларусь в отношении международных договоров бывшего Союза ССР".

Однако ни одно из государств СНГ не сделало такого заявления в отношении Московской конвенции. Точно так же не удалось найти ни одного случая применения Московской конвенции судами стран СНГ <47> (кроме России).

<47> Имеется лишь два курьезных случая, когда Хозяйственный суд Львовской области дважды в 2011 г. ссылаясь на Московскую конвенцию для обоснования собственной юрисдикции: один раз в споре между украинской и польской компаниями (решение по делу N 5015/3965/11), а второй раз в споре между украинской и немецкой компаниями (решение по делу N 2/190). Курьез заключается в том, что, во-первых, данная Конвенция уже давно не применяется в отношении как Польши, так и Германии, а во-вторых, Конвенция прямо исключает юрисдикцию государственных судов в пользу арбитража.

Таким образом, в настоящее время в Московской конвенции формально участвуют Болгария, Монголия, Словакия, Куба, а также Российская Федерация.

Тем не менее следует признать, что в современных условиях Московская конвенция может иметь только очень ограниченное практическое применение. На момент принятия ее авторы включили в состав субъектов, на которых она распространялась, практически все виды юридических лиц, осуществлявших хозяйственную деятельность в тот период времени. При этом все эти лица были государственными субъектами. В данный перечень не вошли частные субъекты, такие как граждане, и колхозы и кооперативы, что говорит о том, что цель данной Конвенции заключалась в ограничении ее действия по субъектному составу, в который вошли только "социалистические предприятия" <48>.

<48> "...Из текста п. 3 ст. I... ясно, что речь идет именно об указанного рода организациях, а не о любых лицах или образованиях, могущих быть стороной в гражданско-правовых отношениях. Ограничиваясь таким определением субъектного состава споров, охватываемых Конвенцией, последняя, следовательно, не распространяет обязательную подсудность на споры, хотя бы одной из сторон в которых является, скажем, гражданин либо государство, или его орган, например министерство, либо международная экономическая организация". Цит. по: Лебедев С.Н. Указ. соч. С. 195 - 196.

Рыночные реформы, проведенные в странах Центральной и Восточной Европы, привели к тому, что государственные субъекты, указанные в Московской конвенции, практически перестали существовать, а потому контракты с ними редко встречаются во внешней торговле. Таким образом, Московская конвенция если и подлежала применению, то только в отношении государственных субъектов.

Именно такой позиции придерживался Арбитражный суд при Болгарской торгово-промышленной палате, который ограничивал применение Московской конвенции спорами, сторонами по которым являются только государственные субъекты <49>.

<49> См.: Практика на Арбитражния съд при Българската Търговско-промишлена палата 1996 - 1997 гг. София, 1998. С. 175 - 177; Chernev S.V. Bulgaria // Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe / Ed. by C. Liebsche, A.A. Fremuth-Wolf. Juris Publishing, Inc., 2011. P. BUL-8.

По этому пути вынужден был также пойти в одном из дел и МКАС при ТПП РФ, который в своем решении по спору между российским и болгарским предприятиями в 2000 г. признал приоритет арбитражного соглашения, отсылающего к МКАС при ТПП РФ, перед положениями Московской конвенции <50>. К аналогичному выводу состав арбитров, действовавший по Регламенту МКАС при ТПП РФ, пришел и в 2006 г., рассматривая спор между российской и румынской компаниями <51>.

<50> Розенберг М. По материалам решения МКАС при ТПП РФ от 18.04.2000 N 67/1998. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999 - 2000 гг. М., 2002 (<https://www.lawmix.ru/jude/14172>; дата посещения - 18.02.2018).

<51> Решение МКАС при ТПП РФ от 26.06.2007 N 98/2006 // Трикоз Е.Н. Обзор решений МКАС при ТПП РФ и Европейского суда по правам человека. Арбитражное правосудие в России. Декабрь 2007. N 12.

Таким образом, МКАС при ТПП РФ, рассматривая споры, пришел к выводу о неприменении Московской конвенции. В тех же случаях, когда арбитры пытались ее применить, результат был

достаточно плачевный <52>.

<52> В 1999 г. российская компания "Белвитамины" заключила контракт с болгарской компанией "Биолика Компания ООД". Согласно арбитражной оговорке все споры должны были разрешаться в Арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Тем не менее, памятуя о Московской конвенции, российская компания обратилась не в МКАС при ТПП РФ, а в Арбитражный суд при Болгарской торгово-промышленной палате. Однако Арбитражный суд при Болгарской торгово-промышленной палате отказался от принятия дела, указав, что данный спор находится в компетенции МКАС при ТПП РФ. Российская компания обратилась в МКАС при ТПП РФ, но последний также пришел к выводу об отсутствии своей юрисдикции и указал, что спор подлежит передаче на рассмотрение Арбитражного суда при ТПП Болгарии в г. София, а арбитражное соглашение о передаче спора на разрешение МКАС является недействительным, поскольку противоречит императивной норме Московской конвенции. В этой ситуации российская компания обратилась в российский государственный арбитражный суд, однако и этот суд отказался рассматривать дело в связи с наличием арбитражного соглашения. К счастью, суд второй инстанции отменил решение суда первой инстанции и направил дело на новое рассмотрение, поскольку признал, что арбитражное соглашение не может быть исполнено. См.: Постановление ФАС Центрального округа от 21.04.2003 по делу N A08-3665/02-1 (<http://www.resheniya-sudov.ru/2004/270881/>; дата посещения - 18.02.2018).

В связи с этим уместно вспомнить, что в 1995 г. Высший Арбитражный Суд опубликовал Перечень международных договоров и соглашений, в исполнении которых участвуют арбитражные суды России <53>. Московская конвенция в данном перечне не названа, что объясняет тот факт, что российские суды не применяют ее на практике.

<53> Инструктивное письмо ВАС РФ от 16.08.1995 N ОМ-230 (<https://www.lawmix.ru/zkrf/51265>; дата посещения - 18.02.2018).

Подводя итог вышесказанному, можно сделать следующий вывод: Московская конвенция больше не является "любимым дитя" в международной торговле среди стран бывшего СЭВ, как это было до начала 90-х гг. XX в., и утратила свое былое значение. В связи с чем многие авторы <54> (автор настоящей главы также разделяет эту точку зрения) склоняются к мнению, что Московская конвенция даже утратила и свою юридическую силу <55>.

<54> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 144; Frolkovic L., Biksadsky P. Slovakia // Arbitration Law and Practice in Central and Eastern Europe / Ed. by Liebsche, A.A. Fremuth-Wolf. Juris Publishing, Inc., 2011. P. SLOVAK-14.

<55> Некоторые авторы тем не менее указывают на необходимость формального выхода России из Московской конвенции, для того чтобы устранить ситуацию правовой неопределенности. См.: Бардина М.П. Действие Конвенции из "правового наследия СЭВ" в современных условиях: проблема несовместимости // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 2. С. 4 - 15.

Правовым основанием для такого вывода может выступать принцип устаревания (или неупотребительности) международного договора <56>.

<56> См. более подробно по данному вопросу: Батлер У. Судьба Московской конвенции 1972 г. // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2007. Хотя сам профессор Батлер считает, что концепция устаревания не применяется к Московской конвенции, она все еще имеет ограниченное применение.

Действительно, факты говорят сами за себя:

1. СЭВ, в рамках которого была принята Московская конвенция, был распущен в 1991 г.

2. Круг субъектов, на которые формально распространяется Московская конвенция, фактически крайне сузился.

3. Количество государств - участников Московской конвенции также значительно уменьшилось.

4. Даже те государства, которые формально не заявили о своем выходе из данной Конвенции, в частности Россия, не считают необходимым ее применять.

5. Практику применения Московской конвенции за последние 10 лет (как арбитражными судами при торговых палатах, так и государственными судами) найти не удалось.

Тем не менее Московская конвенция имела колоссальное значение для развития международного арбитража в странах социалистического лагеря. Как было указано выше, в странах СЭВ (включая СССР) в течение долгого времени третейского разбирательства фактически не существовало, за исключением рассмотрения споров в международных арбитражных судах при торговых палатах данных стран, при этом **большая** часть дел рассматривалась на основании Московской конвенции.

Эти дела позволили сформировать корпус квалифицированных арбитров, знакомых с практикой международного арбитража. Эти знания оказались особенно востребованы во времена изменения экономической политики в данных государствах, когда начало формироваться современное законодательство об арбитраже, как о международном, так и о внутреннем <57>.

<57> Chwalej W. Historia, losy oraz znaczenie Konwencji moskiewskiej = History, Fate and Role of the Moscow Convention // Arbitraz I mediacja. Ksiega jubileuszowa. Warsaw, 2012.

Несмотря на бум третейских судов, возникших в некоторых странах бывшего Восточного блока, третейские суды при торговых палатах в течение долгого времени оставались (а в некоторых странах и до сих пор остаются) эталоном арбитража: их регламенты использовались в качестве образца для подготовки новых регламентов, а сами новые арбитражные институты во многом полагаются на опыт и авторитет арбитров, выросших на традициях и практике применения Московской конвенции.

5.1.8. Панамская конвенция 1975 г.

В течение достаточно долгого времени страны Латинской Америки не очень активно участвовали в европейских международных договорах, регулирующих международный арбитраж, в частности в Женевском протоколе 1923 г. и Женевской конвенции 1927 г.

В некоторой степени это объяснялось тем, что в Латинской Америке на региональном уровне был заключен ряд аналогичных международных договоров.

Это в первую очередь касается двух соглашений, подписанных в Монтевидео: 11 января 1889 г. и 19 марта 1940 г. Первое соглашение регулировало процедуру международного арбитража, второе определяло порядок исполнения арбитражных решений.

Следует упомянуть также Конвенцию о международном частном праве от 20 февраля 1928 г., которая включала положения о соглашениях по передаче споров на разрешение государственных или третейских судов, и Межамериканскую конвенцию об экстерриториальном действии иностранных судебных и арбитражных решений, подписанную 8 мая 1979 г. в Монтевидео <58>.

<58> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 145.

30 января 1975 г. в Панаме была подписана Межамериканская конвенция о международном

коммерческом арбитраже (далее - Панамская конвенция) <59>, участниками которой являются 19 государств Латинской Америки, а также США.

<59>
http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-35_international_commercial_arbitration.asp
посещения - 18.02.2018).

См.:
(дата)

Панамская конвенция в основном повторяет положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Вместе с тем в ней вводится новый принцип - о том, что в целях исполнения арбитражного решения, вынесенного в государстве - участнике Конвенции, данное арбитражное решение имеет силу окончательного судебного решения <60>.

<60> Если согласно законодательству места вынесения решения или применимым процессуальным правилам такое арбитражное решение является окончательным.

Кроме того, Панамская конвенция, следуя традиции Европейской конвенции 1961 г., содержит некоторые положения, направленные на регулирование процедуры арбитражного разбирательства. В частности, предусматривает, что в случае отсутствия в арбитражном соглашении указания на применимый арбитражный регламент спор разрешается в соответствии с Регламентом Межамериканской комиссии коммерческого арбитража.

5.1.9. Межарабские конвенции в области арбитража

Существует ряд региональных конвенций, направленных на регулирование международного арбитража в странах арабского мира.

6 апреля 1983 г. в Эр-Рияде была подписана Конвенция о сотрудничестве по судебным вопросам, которая заменила собой ранее действовавшую Конвенцию Лиги межарабских государств 1952 г. о приведении в исполнение судебных и арбитражных решений.

19 июня 1974 г. была подписана Конвенция, основанная на модели Вашингтонской конвенции и направленная на развитие инвестиций. С целью привлечения инвестиций и содействия развитию арбитража были заключены еще два договора: в 1971 г. в Кувейте и в 1980 г. в Аммане.

14 апреля 1987 г. 14 арабских государств подписали в Аммане Конвенцию о коммерческом арбитраже, в соответствии с которой был учрежден постоянно действующий Арабский центр коммерческого арбитража в Рабате (Марокко) для рассмотрения споров между сторонами из государств - участников Конвенции.

5.1.10. Киевское соглашение 1992 г.

20 марта 1992 г. независимые государства, возникшие после распада СССР, обеспокоенные отсутствием правовой базы для исполнения решений государственных судов, заключили в Киеве Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киевское соглашение) <61>.

<61> Вступило в силу 19 декабря 1992 г. Участники (10 государств Содружества): Азербайджанская Республика, Республика Армения, Республика Беларусь, Республика Казахстан, Кыргызская Республика, Российская Федерация, Республика Таджикистан, Туркменистан, Республика Узбекистан, Украина.

Хотя основной целью Киевского соглашения было установление правил подсудности, в том числе и исключительной, применительно к государственным судам, а также определение порядка исполнения решений таких судов, данное Соглашение указывает, что оно применяется также и к третейским судам

<62>.

<62> Это следует из определения "компетентного суда" во второй части ст. 3 Киевского соглашения: "Хозяйствующие субъекты каждого государства - участника Содружества Независимых Государств имеют на территории других государств - участников Содружества Независимых Государств право беспрепятственно обращаться в суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды и другие органы, к компетенции которых относится разрешение дел, указанных в статье 1 настоящего Соглашения (в дальнейшем - компетентные суды)...".

В связи с тем что режим исполнения решений "компетентных судов", установленный Киевским соглашением, значительно отличается от режима, установленного Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., возник вопрос: какой документ (Нью-Йоркская конвенция или Киевское соглашение) должен применяться к исполнению иностранных арбитражных решений в рамках СНГ?

Сама Нью-Йоркская конвенция 1958 г. указывает на то, что ее постановления не затрагивают действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений (п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г.). Таким образом, положения данной Конвенции позволяют существование иного порядка признания и приведения в исполнение иностранных решений, установленного другим международным договором.

Вместе с тем наличие параллельных режимов исполнения иностранных арбитражных решений вносит существенную долю неопределенности в саму процедуру. Например, по Киевскому соглашению для исполнения решения "компетентного суда" требуется получение исполнительного документа в суде по месту вынесения решения (ст. 8), в то время как национальное законодательство, например, Российской Федерации предусматривает выдачу исполнительного листа по месту нахождения должника.

Во избежание подобных коллизий Высший Арбитражный Суд Российской Федерации разъяснил, что Киевское соглашение не применяется к решениям третейских судов <63>. Данное толкование представляется вполне логичным, поскольку упоминание в Киевском соглашении о третейских судах является скорее ошибкой авторов, чем истинным намерением государств. Тем не менее правомочность такого разъяснения вызывает сомнение, и эту точку зрения разделяют не все государства-участники <64>.

<63> Письмо ВАС РФ от 01.03.1996 N ОМ-37 (<https://www.lawmix.ru/zkrf/49760>; дата посещения - 20.02.2018).

<64> Так, например, высшая судебная инстанция Республики Казахстан в Постановлении Пленума от 04.08.1995 N 3 "Об исполнении арбитражных решений" указала, что приведение в исполнение арбитражного решения в соответствии с Киевским соглашением производится по ходатайству заинтересованной стороны, к которому прилагаются должным образом заверенная копия подлежащего исполнению решения с указанием в нем либо с предоставлением дополнительного документа о вступлении решения в законную силу, исполнительный документ, доказательства извещения другой стороны о процессе (<http://kazakhstan.regnews.org/doc/cw/hg.htm>; дата посещения - 20.02.2018). Постановление надзорной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 11.06.2008 N 4гп-148-08 также ссылается на Киевское соглашение как на документ, регулирующий вопросы третейского разбирательства.

В силу этого полностью исключать возможность применения Киевского соглашения к исполнению решений третейских судов нельзя.

5.1.11. Договор ОНАДА 1993 г.

17 октября 1993 г. в Порт-Луи (Маврикий) уполномоченные представители ряда африканских государств подписали Договор о гармонизации коммерческого права в Африке <65>, в рамках которого была создана Организация по гармонизации коммерческого права в Африке (фр. Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires - ОНАДА) <66>.

<65> Вступил в силу 18 сентября 1995 г.

<66> Данный договор подписан следующими государствами: Бенин, Буркина-Фасо, Камерун, Центрально-Африканская Республика, Чад, Коморы, Республика Конго, Кот-д'Ивуар, Габон, Экваториальная Гвинея, Гвинея-Бисау, Мали, Нигер, Сенегал и Того.

В структуре OHADA функционирует Совместный суд справедливости и арбитража, который одновременно является и арбитражным институтом, и судом, уполномоченным проверять арбитражные решения.

5.1.12. Коллизии международных договоров

Как видно из вышеизложенного, существует много разных международных договоров, тем или иным образом регулирующих арбитраж. В связи с этим может возникнуть вопрос, какой же из них необходимо применить к рассмотрению того или иного спора.

Применительно к международному арбитражу в теории и практике устоялась точка зрения, согласно которой приоритет должен иметь договор, устанавливающий наиболее благоприятные условия для действительности арбитражного соглашения и признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений <67>.

<67> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 112.

Так, в п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г. утверждается, что положения данной Конвенции не затрагивают действительности иных многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Эта же статья говорит о том, что, несмотря на положения Нью-Йоркской конвенции, сторона вправе воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения.

Таким образом, если какой-либо международный договор или национальный закон предоставляет более благоприятный режим для исполнения арбитражного решения, сторона по арбитражному соглашению может полагаться на такой договор или закон.

На эти нормы Нью-Йоркской конвенции 1958 г. полагались, в частности, суды Франции и США при приведении в исполнение арбитражных решений, отмененных в государстве их вынесения <68>, хотя в соответствии с п. 1 (е) ст. V данной Конвенции это обстоятельство является основанием для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

<68> Например, в деле **Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Norsolor S.A.** Апелляционный суд Парижа отказался привести в исполнение решение, вынесенное в Австрии, поскольку оно было отменено Апелляционным судом Вены. Кассационный суд Франции отменил данное решение, сославшись на ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и ст. 12 французского Нового гражданско-процессуального кодекса. Кассационный суд указал, что суд не может просто сослаться на то, что арбитражное решение было отменено в государстве его вынесения, поскольку такого основания для отказа в исполнении не имеется во французском законодательстве. Поэтому суд должен по собственной инициативе, если потребуется, проверить, являются ли основания, по которым иностранный суд отменил решение, приемлемыми для французского суда. Этот вывод был подтвержден впоследствии Кассационным судом Франции в делах **Polish Ocean Line v. Hooker Chemical Corp.** и **Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)**. В США Федеральный окружной суд для округа Колумбия пришел к аналогичным выводам в деле **Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt**, когда привел в исполнение арбитражное решение, вынесенное в Египте и впоследствии отмененное египетским судом по основаниям, которые хотя и содержались в законодательстве Египта, но отсутствовали в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. См.:

Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 133 - 135.

5.1.13. Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)

17 декабря 1966 г. в рамках ООН в целях гармонизации и унификации законодательства о международной торговле, в частности путем обеспечения единообразного толкования и применения соответствующих международных конвенций и создания модельных законов, была создана Комиссия ООН по праву международной торговли (**United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL, ЮНСИТРАЛ**) <69>.

<69> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН N 2205 (<http://docs.cntd.ru/document/901898386>; дата посещения - 20.02.2018).

ЮНСИТРАЛ, хотя и действует под эгидой ООН, является организацией, решения которой имеют рекомендательный характер. Тем не менее в рамках ЮНСИТРАЛ было разработано значительное количество документов, которые оказали очень серьезное влияние на развитие международного арбитража.

В 1976 г. ЮНСИТРАЛ в сотрудничестве с Международным советом по коммерческому арбитражу разработала и утвердила Арбитражный регламент <70>. В 2010 г. в данный Регламент были внесены изменения <71>.

<70> Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ был не первой попыткой установить единые арбитражные правила, которые имели бы характер рекомендательных. Еще в 1963 г. Европейская экономическая комиссия подготовила арбитражный регламент, в приложении к которому содержался список торговых палат и иных институтов, которые могли выступать в качестве органов, осуществляющих назначение арбитров. Данный регламент был опубликован только в 1966 г. - одновременно с опубликованием арбитражного регламента, подготовленного Экономической комиссией ООН для стран Азии и Дальнего Востока.

<71> См.: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html (дата посещения - 18.02.2018).

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ применяется в случаях, когда для рассмотрения конкретного спора специально формируется определенный состав арбитров (так называемый арбитраж **ad hoc**) <72>.

<72> Подробнее об этом: Никифоров И.В. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году): Рабочая тетрадь. М., 2015.

Основная проблема, которая возникает с арбитражем **ad hoc** на практике, заключается в формировании состава арбитров в том случае, когда сторона отказывается назначать арбитра либо избранные сторонами арбитры не могут договориться о председателе. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ разрешил данную проблему, указав, что в этом случае назначение производится согласованным сторонами органом, осуществляющим назначение арбитров, а при отсутствии такого согласования - генеральным секретарем Постоянной палаты третейского суда в Гааге.

Еще одна проблема с арбитражами **ad hoc** была обусловлена тем, что стороны, соглашаясь на арбитраж **ad hoc**, должны были в арбитражном соглашении прописать всю процедуру арбитражного разбирательства. В противном случае эта процедура полностью определялась составом арбитров, а стороны находились в неведении относительно процедуры будущего разбирательства до момента формирования состава арбитров. Этот пробел также был ликвидирован Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

При этом, несмотря на то что Арбитражный регламент утвержден ЮНСИТРАЛ, т.е. Комиссией ООН, он носит рекомендательный характер, значит, действует только в том случае, если стороны прямо ссылаются на его применение.

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ имел большой успех, о чем свидетельствует тот факт, что более 20 арбитражных институтов приняли специальные регламенты, по которым они могут выступать в качестве органа, осуществляющего администрирование споров по Регламенту ЮНСИТРАЛ <73>, хотя первоначально этот документ воспринимался этими институтами как угрожающий их популярности <74>.

<73> Такие регламенты есть в ICC, SCC, МКАС при ТПП РФ и т.д.

<74> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 106.

Под эгидой ЮНСИТРАЛ также разработаны и утверждены Рекомендации для арбитражных учреждений и других заинтересованных органов в отношении арбитражных разбирательств, проводимых на основе Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в редакции 2010 г.) <75>.

<75> См.: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-recommendation-2012/13-80329-Recommeendations-Arbitral-Institutions-r.pdf> (дата посещения - 18.02.2018).

Однако наиболее значимым документом, разработанным ЮНСИТРАЛ в сфере международного арбитража, является Типовой закон о международном торговом арбитраже, текст которого утвержден в 1985 г. и рекомендован Генеральной Ассамблеей ООН как образец для принятия актов национальных законодательств по регулированию международного арбитража.

Следует отметить, что первой попыткой унификации национальных законодательств (до принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ) стало подписание в 1966 г. в Страсбурге Конвенции о введении единообразного закона об арбитраже. Однако опыт оказался неудачным: подписали данную Конвенцию только Австрия и Бельгия, а ратифицировала одна Бельгия <76>.

<76> An overview of international arbitration... P. 74.

В отличие от предшественника Типовой закон ЮНСИТРАЛ имел несомненный успех. Он был принят в том или ином виде приблизительно в 40 государствах. В ряде государств, например в Российской Федерации и Украине, Типовой закон ЮНСИТРАЛ был имплементирован в национальное законодательство практически в неизменном виде - с совпадением не только значительной части текста, но даже и нумерации многих статей национальных "арбитражных" законов этих стран с Типовым законом <77>.

<77> См.: Хлестова И.О. Типовой закон о международном торговом арбитраже и российский Закон о международном коммерческом арбитраже: общее и особенное // Журнал российского права. 2011. N 6. С. 78 - 88.

Некоторые страны, хотя и не приняли Типовой закон в том виде, в котором он был рекомендован ЮНСИТРАЛ, изменили свое национальное законодательство, приведя его в соответствие с основными принципами Типового закона.

Исходя из названия Типового закона ЮНСИТРАЛ можно предположить, что он призван регулировать именно "торговый" <78> арбитраж. В то же время определение понятия "торговый", которое дается в тексте, настолько широко, что, по сути, относит к нему любые экономические отношения, предметом

которых являются производство, передача или обращение товаров, услуг, связанных с этими товарами, либо финансовая или банковская деятельность. Таким образом, Типовой закон не требует, чтобы сторонами торгового арбитража были "коммерсанты"; получается, что формально под действие Закона подпадает практически любая сделка в области международной торговли.

<78> В данном контексте слова "торговый" и "коммерческий" следует рассматривать как синонимы.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ содержит 36 статей и направлен на то, чтобы регулировать все стадии арбитражного разбирательства, в том числе содержание, форму и действительность арбитражного соглашения; порядок осуществления арбитражного разбирательства; основания и порядок подачи заявлений об отмене арбитражного решения либо отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

Поскольку данный Закон предназначался как модельный для национальных законодательств об арбитраже в странах с разными правовыми системами, некоторые его положения являются в определенной степени компромиссными между различными традициями.

Следуя тенденциям в развитии арбитражного законодательства, Типовой закон содержал в себе некоторые новые положения, отсутствовавшие в принятых ранее международных документах об арбитраже.

В частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ указывает, что письменная форма арбитражного соглашения считается соблюденной не только тогда, когда арбитражное соглашение содержится в документе, подписанном сторонами, но и если оно заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, т.е. в Типовом законе получил отражение тот факт, что сообщения могут передаваться не только посредством направления по почте писем или телеграмм, как это было предусмотрено в оригинальном тексте Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (поскольку на тот момент иных средств передачи документов не существовало), но также посредством средств электросвязи (п. 2 ст. 7 Типового закона).

Кроме того, Типовой закон ЮНСИТРАЛ включил в себя важное положение о том, что арбитражное соглашение может быть заключено путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает <79>.

<79> Следует также иметь в виду, что арбитражное разбирательство по регламентам многих зарубежных арбитражных институтов, в том числе по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, инициируется путем направления Просьбы об арбитраже или Уведомления об арбитраже (а не искового заявления, как это предусмотрено, например, Регламентом МКАС при ТПП РФ). Этот документ считается заявлением стороны по существу спора. Соответственно, первый документ, который подает ответчик, называется не "отзыв на исковое заявление", а "Отзыв на Просьбу (или Уведомление) об арбитраже". Однако вне зависимости от того, как называется такое заявление в соответствии с применимым регламентом, арбитражное соглашение считается заключенным, когда ответчик подает свое первое возражение по существу спора, при этом не оспаривая правомерность проведения арбитражного разбирательства, инициированного истцом.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ впервые на международном уровне "легализовал" доктрину автономности арбитражного соглашения, согласно которой оно должно рассматриваться как соглашение, независимое от основного договора даже в том случае, если оно является частью этого договора.

Вместе с тем доктрина автономности арбитражного соглашения имеет ограниченное применение, т.е. арбитражное соглашение рассматривается как автономное от основного договора только для целей рассмотрения вопросов действительности такого соглашения и основного договора <80>.

<80> Пункт 1 ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ гласит: "Арбитражный суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. **Для этой цели** арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой **"ipso jure"** недействительность арбитражной оговорки" (выделено нами. - **Прим. авт. главы**).

Вместе с тем Типовой закон ЮНСИТРАЛ в момент принятия не учитывал и не мог учитывать широкое развитие электронного документооборота, бум которого пришелся на конец XX в. В силу этого определение письменной формы арбитражного соглашения потребовало серьезного пересмотра.

В 2006 г. были приняты изменения к Типовому закону (редакция 2006 г.), которые касались двух основных вопросов <81>.

<81> Подробнее об этом см.: Комаров А.С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: Новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. N 2. С. 7 - 25.

Во-первых, редакция 2006 г. допустила заключение арбитражного соглашения в устной форме <82>.

<82> Типовой закон ЮНСИТРАЛ, редакция 2006 г., п. 3 ст. 7: "Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если его содержание зафиксировано в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств".

Редакция 2006 г. также уточнила требования к заключению арбитражного соглашения в электронной форме, которая также считается письменной формой арбитражного соглашения. Основным требованием является сохранение информации в любой электронной форме, которая позволяет последующее воспроизведение данной информации <83>.

<83> Типовой закон ЮНСИТРАЛ, редакция 2006 г., п. 4 ст. 7: "Требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме удовлетворяется электронным сообщением, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования; "электронное сообщение" означает любое сообщение, которое стороны передают с помощью сообщения данных; "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭОД), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими".

Во-вторых, значительные изменения были внесены в порядок вынесения составом арбитров решения об обеспечительных мерах. В предыдущей версии Типового закона было лишь декларировано право состава арбитров на применение мер обеспечительного характера.

Редакция 2006 г. не только расширила полномочия состава арбитров на применение обеспечительных мер (включив в них меры, выносимые без уведомления второй стороны, т.е. **ex parte**), но также и определила примерный перечень таких мер, критерии и порядок их применения (ст. ст. 17A - 17G).

Однако самой главной новеллой редакции 2006 г. стало положение о принудительном исполнении государственными судами решений состава арбитров об обеспечительных мерах (ст. ст. 17H, 17I).

Среди документов ЮНСИТРАЛ по арбитражу заслуживают внимания "Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства", действующая редакция которых была утверждена в 2016 г. и заменила собой редакцию 1996 г. <84>. Комментарии могут быть использованы участниками арбитража

независимо от того, проводится разбирательство при каком-либо арбитражном учреждении или нет, как сборник полезных практик при организации и проведении арбитражных разбирательств, прежде всего международных.

<84> Урегулирование коммерческих споров: пересмотр Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства. Записка секретариата (Нью-Йорк, 27 июня - 15 июля 2016 г.). Док. ЮНСИТРАЛ A/СК9/879. См. на официальном сайте Комиссии: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V16/018/31/PDF/V1601831.pdf> (дата посещения - 18.02.2018). Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства см.: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-ebook-r.pdf> (дата посещения - 18.02.2018).

5.1.14. Регулирование арбитража в рамках Европейского союза

Законодательство ЕС не содержит каких-либо специальных документов, направленных на регулирование непосредственно третейского разбирательства.

Регламент N 1215/2012 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Regulation (EU) N 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)), который является одним из основных документов, регулирующих разрешение споров в рамках ЕС, прямо говорит о том, что он не применяется к арбитражу (п. 12 преамбулы). В отличие от предыдущей версии Регламента (COUNCIL REGULATION (EU) N 44/2001 of 22 December 2000) Регламент ЕС N 1215/2012 также поясняет в п. 12 преамбулы, что "ничто в настоящем Регламенте не запрещает суду государства - члена ЕС, рассматривающему дело, в отношении которого сторонами было достигнуто соглашение о передаче его в арбитраж, приостановить его рассмотрение или отказать в рассмотрении, сославшись на арбитражную оговорку, либо рассмотреть вопрос о действительности, ничтожности, неприменимости арбитражной оговорки в соответствии со своим национальным законодательством".

Тем не менее положения некоторых документов касаются и арбитража. В частности, 5 апреля 1993 г. была принята Директива N 93-13 о несправедливых условиях в потребительских контрактах, которая установила, что "договорное условие, которое не является согласованным в индивидуальном порядке, признается несправедливым, если вопреки требованиям доброй совести оно приводит к значительному дисбалансу в вытекающих из договора правах и обязанностях в ущерб потребителю".

5.1.15. Европейский суд по правам человека

Ряд аспектов, связанных с арбитражем, был предметом проверки Европейского суда по правам человека в контексте ст. 6 "Право на справедливое судебное разбирательство" Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), имеющей силу и для России.

Под влиянием многих из этих актов сформировалась позиция Конституционного Суда РФ при рассмотрении им ряда вопросов, связанных с третейским разбирательством. Например, в Постановлении КС РФ от 26.02.2010 N 4-П сделан вывод о том, что не только Конвенция о защите прав человека и основных свобод, но и решения ЕСПЧ (в той части, в какой ими исходя из общепризнанных принципов и норм международного права дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие) являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права.

Пункт 1 ст. 6 Конвенции устанавливает: "Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона".

В Постановлении от 28 июня 1984 г. по делу **Campbell and Fell v. The United Kingdom** (заявления N 7819/77; 7878/77) ЕСПЧ, в частности, указал, что "слово "суд" в статье 6, пункт 1 (ст. 6-1) необязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны".

В Постановлении от 8 июля 1986 г. по делу **Lithgow and others v. The United Kingdom** (заявления N 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81) ЕСПЧ развил этот тезис применительно к третейскому разбирательству: "201. Прежде всего они [заявители] утверждали, что третейский суд не являлся "законным судом" в том, что он выступал экстраординарным судом, а именно судом, основанным для целей вынесения решений по ограниченному числу особых вопросов, затрагивающих ограниченное число компаний.

Суд не может принять данный довод. Он отмечает, что третейский суд являлся "созданным на основании закона", момент, который заявители не оспаривали. Опять-таки он напоминает, что слово "суд" в пункте 1 статьи 6 (ст. 6-1) необязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны, таким образом, оно может охватывать орган, учрежденный для решения ограниченного числа особых вопросов, всегда при условии, что им предлагаются надлежащие гарантии".

Наконец, в п. 54 Постановления от 3 апреля 2008 г. по делу **Regent Company v. Ukraine** (заявление N 773/03) ЕСПЧ указал применительно к Международному коммерческому арбитражному суду при ТПП Украины: "Поскольку Правительство заявляет возражение против применимости § 1 статьи 6 Конвенции к третейскому разбирательству, Суд повторяет, что статья 6 не препятствует учреждению третейских судов для того, чтобы разрешать споры между частными лицами. В самом деле, слово "суд" в § 1 статьи 6 необязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны. Он далее полагает, что арбитражный суд [МКАС при ТПП Украины] являлся "судом, созданным на основании закона", действующим в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1994 г. и внутренним регламентом. Разбирательство перед арбитражным судом было схоже с тем, которое имеет место перед обычным государственным гражданским или коммерческим судом и было предусмотрено положением о возможности подачи ходатайств в Апелляционный суд города Киева (как это было применимо в рассматриваемое время), который мог пересмотреть третейское решение по основаниям, указанным в Законе об арбитраже 1994 г."

При этом важно понимать, что такое расширительное толкование понятия "суд", данное ЕСПЧ, является особым юридико-техническим приемом, направленным на признание допустимости рассмотрения различных споров в третейском порядке, а не только в государственных судах для цели обеспечения соблюдения баланса частных и личных интересов, но не означает распространение на третейские суды тех правовых позиций, которые выработал ЕСПЧ в отношении государственных судов.

5.2. Регулирование международного арбитража на частноправовом уровне

5.2.1. Правовые основания регулирования международного арбитража частными источниками

Для того чтобы понять, какую роль в регулировании международного арбитража играют частные источники, важно учитывать многоуровневый характер регулирования процедуры международного арбитража, которая определяется:

- законом страны места арбитража;
- соглашением сторон;
- арбитражным регламентом, рассматривающимся в качестве части соглашения сторон.

На практике в большинстве случаев процедура арбитражного разбирательства главным образом определяется применимым арбитражным регламентом, однако многие вопросы, касающиеся данной

процедуры, не урегулированы в арбитражных регламентах <85>.

<85> Так, Арбитражный регламент ICC (ст. 19) указывает: "При рассмотрении дела состав арбитров руководствуется Регламентом, а по вопросам, не урегулированным Регламентом, - любыми правилами, установленными сторонами, а при отсутствии таковых - правилами, установленными составом арбитров, со ссылкой или без ссылки на процессуальные нормы национального права, применимые к арбитражу". При этом сам Регламент содержит лишь одну ст. 25, которая касается установления фактических обстоятельств и говорит о том, что состав арбитров может решить заслушать свидетелей и экспертов, назначенных сторонами, а также может, после проведения консультаций со сторонами, назначить собственного эксперта (экспертов).

Национальное законодательство о международном арбитраже многих стран также не регулирует процедуру арбитражного разбирательства, предоставляя составу арбитров значительную свободу в определении правил процедуры <86>. Это, впрочем, не означает, что состав арбитров может игнорировать императивные нормы применимого права места арбитража и императивные нормы применимого регламента, например, о том, что к сторонам должно быть равное отношение и каждой из сторон должна быть предоставлена разумная возможность представить свою позицию.

<86> Например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ (ст. 19) устанавливает следующее правило: "1. При условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства третейским судом. 2. При отсутствии такого соглашения третейский суд может с соблюдением положений настоящего Закона вести арбитражное разбирательство таким образом, какой считает надлежащим. Полномочия, предоставленные третейскому суду, включают полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства".

В свою очередь, арбитры при определении правил разбирательства часто используют рекомендательные и иные документы, разработанные авторитетными международными организациями в области арбитража, что в ряде случаев делает такие рекомендации международным обычаем и, соответственно, источником права в области международного арбитража.

5.2.2. Ассоциация международного права

Ассоциация международного права (International Law Association) - авторитетная неправительственная международная организация в области развития международного права и добросовестного применения его норм <87>.

<87> См. официальный сайт Ассоциации: <http://www.ila-hq.org/> (дата посещения - 20.02.2018).

Ассоциация организована в Брюсселе в 1873 г. и сегодня имеет консультативный статус при ряде организаций системы ООН.

В сфере международного арбитража широко известны такие документы Ассоциации, как Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений <88>, Рекомендации о применении доктрин **lis pendens** и **res judicata** в международном арбитраже <89>, Рекомендации об установлении содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже <90>.

<88> Подробнее см.: Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 3. С. 41 - 53.

<89> Подробнее см.: Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин **lis pendens** и **res judicata** в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике // Международный коммерческий арбитраж. 2008. N 2. С. 74 - 98.

<90> Подробнее см.: Гармоза А.П. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 1. С. 182 - 191.

5.2.3. Международная ассоциация юристов (IBA)

Международная ассоциация юристов (International Bar Association, IBA) - одна из наиболее авторитетных неправительственных международных организаций юристов. Она приняла ряд рекомендательных актов, направленных на "факультативное" регулирование важных аспектов международного арбитража, которые получили широкое признание в деловом и юридическом сообществе. Такое нормотворчество связано с активной деятельностью Арбитражного комитета IBA, который осуществляет обмен информацией о международном арбитраже, а также следит за ее актуальностью, в том числе путем исследования регулирования арбитража в различных юрисдикциях и арбитражных регламентах, изучения соответствующей арбитражной и судебной практики. С учетом всего этого разрабатываются рекомендательные "стандарты" по отдельным аспектам международного арбитража <91>.

<91> Тексты правил и руководств IBA на ряде языков, в том числе на русском, размещены на ее интернет-сайте: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения - 20.02.2018).

В 1983 г. IBA приняла так называемые Дополнительные правила, регулирующие представление и получение доказательств в международном коммерческом арбитраже.

В 1999 г. данные Правила были заменены Правилами о предоставлении доказательств в международном коммерческом арбитраже. Новая редакция Правил (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration), принятая в 2010 г., была распространена на инвестиционный арбитраж.

Правила IBA о доказательствах имеют рекомендательный характер и применяются в основном тогда, когда стороны прямо договорились о них либо в арбитражном соглашении, либо впоследствии (после инициирования арбитражного разбирательства). Вместе с тем в практике международного арбитража встречаются случаи, когда состав арбитров, определяя процедуру разбирательства, ссылается на Правила IBA о доказательствах как на некий ориентир либо стандарт, устанавливающий основы процедуры данного конкретного разбирательства.

Правила IBA о доказательствах являются определенным компромиссом между процессуальными традициями, существующими в странах континентальной системы права (Германия, Франция, Швейцария, Россия), с одной стороны, и странами общего права (Англия, США, Австралия) - с другой.

Не менее важным документом IBA являются Руководящие принципы IBA относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) (далее - Принципы IBA о конфликте интересов). Принятие данного документа было обусловлено необходимостью установления неких стандартов раскрытия арбитрами информации об обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в их независимости и беспристрастности.

С одной стороны, большинство арбитражных регламентов устанавливают обязанность раскрытия арбитрами такой информации; с другой стороны, не существовало какого-либо авторитетного международного документа, который определял бы, хотя бы в общих чертах, какие именно обстоятельства подлежат раскрытию, а какие - нет.

В октябре 2014 г. Совет IBA одобрил пересмотренную редакцию Принципов IBA о конфликте интересов, предыдущая редакция которых успешно использовалась в течение предшествующих 10 лет.

В новую редакцию указанных Принципов были включены новеллы, отражающие современную практику международных арбитражей, а также возросшую сложность в специфике раскрытия информации относительно конфликта интересов.

Одной из целей обновления Принципов IBA о конфликте интересов стало внесение определенности и единообразия в регулирование возникших в недавней практике ситуаций, касающихся конфликта интересов в международном арбитраже. При этом были проанализированы предложения 19 ведущих институциональных международных арбитражных центров, приняты во внимание различные точки зрения, в том числе высказанные адвокатами, арбитрами и представителями компаний, являющихся частыми пользователями арбитража.

Данный документ, в частности, содержит несколько перечней конкретных ситуаций, в которых требуется или, напротив, не требуется раскрытие информации либо отвод арбитра, получивших наименования Красный, Оранжевый и Зеленый порядок раскрытия соответствующей информации (подробнее об этом см. гл. 9 настоящего Учебника) <92>.

<92> Подробная историческая справка к Принципам IBA о конфликте интересов была опубликована в журнале "Business Law International" (Vol. 5. N 3. Sept. 2004. P. 433 - 458) и размещена на сайте Международной ассоциации юристов.

В 2010 г. IBA презентовала Руководство по составлению международных арбитражных оговорок (IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses), а в 2013 г. - Руководство относительно представительства интересов сторон в международном арбитраже (IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration), которое логически и понятийно связано как с Правилами IBA о конфликте интересов, так и с Правилами IBA о доказательствах и призвано восполнить пробелы регламентации арбитражной процедуры в части поведения представителей.

5.2.4. Международная торговая палата (ICC)

Международная торговая палата (International Chamber of Commerce, ICC) <93> была создана в 1919 г. с целью развития открытой мировой экономики для повышения благосостояния наций и установления мира между ними. ICC - общественная неправительственная организация со штаб-квартирой в Париже.

<93> Официальный сайт: www.iccwbo.org (дата посещения - 20.02.2018).

Уникальным отличием ICC от иных предпринимательских объединений является ее действительно международный характер. В своей деятельности ICC опирается на национальные комитеты, которых в настоящее время насчитывается более 90. 6 мая 2000 г. Всемирный совет ICC утвердил Положение о Российском национальном комитете ICC. С этого времени ICC Russia стал активным участником ICC <94>.

<94> Официальный сайт ICC Russia: <http://www.iccwbo.ru> (дата посещения - 20.02.2018).

Широкая сфера деятельности ICC охватывает разработку рекомендаций предпринимателям по ведению бизнеса, а также государствам по многим вопросам, напрямую связанным с международной торговлей, и иным аспектам (например, по экологии, борьбе с коррупцией). Для разработки рекомендаций ICC формирует комиссии по различным направлениям, в том числе и по вопросам арбитража.

Целью Комиссии по арбитражу является формирование профессионального сообщества для обмена идеями и формирования политики по практическим вопросам международного арбитража. В частности, результатами деятельности Комиссии ICC по арбитражу стали:

- Отчет о способах контроля продолжительности и стоимости арбитража <95>.

<95>

См.: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Control-ling-Time-and-Costs-in-Arbitration-2012.pdf> (дата посещения - 20.02.2018).

- Руководство по арбитражированию небольших споров в соответствии с Регламентом ICC <96>.

<96> См.: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4095/index.html> (дата посещения - 20.02.2018).

- Правила подготовки решений в арбитраже ICC <97>.

<97> ICC International Court of Arbitration Bulletin. Fall 2005. Vol. 16. N 2.

- Рекомендации для сторон и состав арбитров о проведении арбитражного разбирательства в соответствии с Регламентом ICC от 30 октября 2017 г. <98>.

<98>

См.: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf> (дата посещения - 20.02.2018).

5.2.5. Международный институт унификации международного частного права (УНИДРУА)

Международный институт унификации международного частного права (фр. L'Institut international pour l'unification du **droit privé** - UNIDROIT (УНИДРУА)) был создан в 1926 г. как дополнительный орган Лиги Наций и был воссоздан в 1940 г. на основании многостороннего договора. В настоящее время членами УНИДРУА являются 63 государства.

Цель УНИДРУА - гармонизация частного, в частности коммерческого, права между государствами и формулирование единообразных правил и принципов.

Наиболее известная публикация УНИДРУА - Принципы международных коммерческих контрактов, впервые опубликованные в 1994 г. и переизданные в 2004 и 2010 гг. <99>.

<99> См.: <http://docs.cntd.ru/document/901784163> (дата посещения - 20.02.2018).

УНИДРУА внес свой вклад в развитие международного арбитража. Так, в 1932 г. была создана группа для анализа законодательства об арбитраже различных стран; в 1940 г. эта группа опубликовала Модельный закон об арбитраже в отношении международных отношений частного права. Однако данный документ не получил такой популярности, как аналогичный закон, разработанный ЮНСИТРАЛ.

5.2.6. Королевский институт арбитров

Королевский институт арбитров (The Chartered Institute of Arbitrators, CI Arb) - некоммерческая организация, основанная в 2015 г. в Великобритании, которая сегодня насчитывает более 1 200 членов по всему миру <100>.

<100> Официальный сайт: <http://www.ciarb.org> (дата посещения - 20.02.2018).

Целью деятельности Королевского института арбитров является содействие в развитии частных форм разрешения споров, в том числе путем обучения лиц, которые осуществляют свою деятельность как арбитры.

CIArb также разрабатывает разного рода рекомендации в области международного арбитража. В частности, им опубликованы:

- Протокол об электронном раскрытии доказательств в арбитраже;
- Практическое руководство по соблюдению формальностей при подготовке арбитражного решения;
- Руководство по обеспечительным мерам;
- Руководство по интервьюированию потенциальных арбитров.

5.2.7. Международный совет по коммерческому арбитражу (ICCA)

Международный совет по коммерческому арбитражу (МСКА) был основан в 1961 г. небольшой группой экспертов в сфере международного коммерческого арбитража. Это международная неправительственная организация, чья деятельность посвящена пропаганде и развитию арбитража, примирительных процедур и других форм разрешения международных споров.

Каждые два года МСКА проводит конгресс или конференцию, которые являются заметным событием в международном арбитраже.

Начиная с 1976 г. МСКА выпускает "Ежегодник коммерческого арбитража", в котором публикуются судебные решения по международному арбитражу. Кроме того, "Международный справочник МСКА по коммерческому арбитражу" содержит постоянно обновляемые отчеты об арбитражном законодательстве и практике арбитража в более чем 70 странах.

5.2.8. Арбитражные регламенты

Говоря об источниках регулирования международного арбитража, нельзя обойти стороной регламенты арбитражных институтов.

С одной стороны, можно подвергнуть сомнению сам факт отнесения подобных регламентов к числу источников регулирования международного арбитража, поскольку арбитражные регламенты действуют только тогда, когда стороны по арбитражному соглашению подчиняют свой спор тому или иному арбитражному регламенту. В противном случае арбитражный регламент не применяется. Таким образом, арбитражный регламент становится обязательным для сторон только тогда, когда стороны на это указали.

С другой стороны, типовые формы контрактов, например утверждаемые FIDIC, также, безусловно, применяются только тогда, когда стороны прямо сослались на них. Тем не менее, принимая во внимание, что:

- данные формы были разработаны авторитетными международными организациями на основании анализа обычаев и обыкновений международной торговли;

- данные формы устанавливают некий общий стандарт, который достаточно часто используется в международной торговле;

- составы арбитров при рассмотрении споров часто принимают их во внимание как обычай международной торговли даже в том случае, если стороны на них прямо не сослались, -

подобного рода типовые контракты считаются источниками международного торгового права.

Точно так же и арбитражные регламенты некоторых арбитражных институтов являются не только

сводом правил, которые становятся частью арбитражного соглашения, когда стороны об этом договариваются; они иногда устанавливают определенные принципы, применимые в международном арбитраже. Эти принципы арбитражного разбирательства впоследствии воспринимаются другими арбитражными институтами или составами арбитров, которые применяют их при рассмотрении конкретных дел, и, соответственно, становятся обычаем.

5.3. Регулирование международного инвестиционного арбитража

5.3.1. Нормы международного права

До определенного времени международная инвестиционная деятельность регулировалась нормами национального законодательства, в силу чего в инвестиционных спорах практически всегда применялось право государства - реципиента инвестиций.

Вместе с тем в течение последних 50 лет в мире наблюдается тенденция интернационализации, иными словами, денационализации споров между инвестором и государством. Эта тенденция привела к тому, что во многих инвестиционных договорах в качестве применимого права стали указываться международное право и его принципы <101>.

<101> Foreign investment disputes: cases, materials and commentary / Ed. by R.D. Bishop, J. Crawford, W.M. Reisman. The Hague, 2005. P. 12.

Так, в Вашингтонской конвенции указано: "Суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые могут быть согласованы сторонами. При отсутствии такого соглашения Суд применяет право Договаривающегося Государства, являющегося стороной в споре (включая его нормы коллизионного права), и такие нормы международного права, которые могут быть применены" (п. 1 ст. 42).

NAFTA отмечает, что споры должны разрешаться в соответствии с "данным договором и применимыми нормами международного права" (ст. 1131 (1)).

Статут Международного суда справедливости (ст. 38.1) регламентирует, что источниками международного права являются международные конвенции, обычаи, общие принципы права, юридические решения, а также работы наиболее авторитетных авторов (как дополнительные источники для определения норм права).

Можно говорить о том, что в настоящее время возникла целая отрасль международного права, регулирующая инвестиционную деятельность, в том числе и рассмотрение споров по инвестициям, основными источниками регулирования которой являются не только международные договоры (дву- и многосторонние), но и сложившаяся арбитражная практика, которая вместе с международными договорами формирует принципы данного права.

5.3.2. Вашингтонская конвенция

С окончанием Второй мировой войны многие государства третьего мира, ранее бывшие колониями, заявили о своей независимости. В этот же период в страны третьего мира стали активно продвигаться международные инвестиции, что потребовало создания эффективного механизма их защиты.

С этой целью 18 марта 1965 г. Всемирный банк открыл для подписания проект конвенции, устанавливающей порядок разрешения международных инвестиционных споров, и разослал его для одобрения государствам, являющимся членами данного банка.

Конвенция вступила в силу 14 октября 1966 г. Она именуется в литературе Вашингтонской конвенцией или Конвенцией ICSID (от англ. International Convention on the Settlement of Investment Disputes).

Российская Федерация подписала Вашингтонскую конвенцию 16 июня 1992 г., однако до настоящего времени не ратифицировала ее.

В соответствии с Конвенцией ICSID был создан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС, англ. International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID), ставший одним из органов Всемирного банка. Данное учреждение не является органом, непосредственно разрешающим споры, однако создает условия для администрирования арбитражного процесса. В отличие от других арбитражных институтов МЦУИС не является ни частной, ни государственной организацией, действующей на основании законодательства определенного государства. Он создан в силу международной конвенции, руководство его деятельностью осуществляется международной организацией, а применимая процедура соответствует нормам международного публичного права. Таким образом, МЦУИС - это учреждение, не зависящее от национальных правовых систем.

Компетенция МЦУИС распространяется на споры, которые в письменной форме согласились передать на его разрешение, с одной стороны, субъект договаривающегося государства, а с другой - договаривающееся государство или его агентство. При этом спор должен носить правовой характер и непосредственно вытекать из инвестиций.

Режим рассмотрения споров по Вашингтонской конвенции некоторые авторы называли "спящей красавицей" инвестиционного арбитража <102>, поскольку в течение первых шести лет существования на разрешение МЦУИС не было передано ни одного спора. В течение первых 26 лет только 26 споров были рассмотрены МЦУИС, т.е. в среднем по одному делу в год. Однако в настоящее время в МЦУИС поступает порядка 50 дел в год <103>, причем инвестиционные споры, как правило, характеризуются сложностью и высоким размером требований.

<102> Lew J.M. ICSID arbitration: special features and recent developments // Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects / Ed. by N. Horn. The Hague, 2004. P. 268.

<103> См. статистические данные о загруженности МЦУИС: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-2%20(English)%20Final.pdf) (дата посещения - 18.02.2018).

В 1978 г. Всемирный банк создал Дополнительный отдел по разрешению споров (Additional Facility). По Регламенту Дополнительного отдела ICSID рассматриваются инвестиционные споры между государствами и инвесторами, которые формально не подпадают под действие Вашингтонской конвенции, а также иные споры, особенности которых отличают их от обычных коммерческих сделок. Данный Отдел является не самостоятельным арбитражным институтом, а частью МЦУИС.

5.3.3. NAFTA

В 1992 г. между Канадой, Мексикой и США был подписан Североамериканский договор о свободной торговле (North American Free Trade Agreement - NAFTA, НАФТА). Данный Договор предусматривает возможность передачи в арбитраж споров между инвестором и государством, участвующим в NAFTA.

5.3.4. Договор к Европейской энергетической хартии 1994 г.

Энергетическая хартия была принята в 1991 г. в основном рядом государств Западной и Восточной Европы с целью развития сотрудничества в области энергетики. Она носила декларативный характер и не была обязательной для подписавших ее государств.

После трех лет интенсивных переговоров в декабре 1994 г. в Лиссабоне был подписан Договор к Европейской энергетической хартии <104>, участниками которого сегодня являются более 50 государств, включая все страны бывшего Советского Союза, страны Центральной и Восточной Европы, Японию, Австралию и государства - члены ЕС, а также Евротом.

<104> Вступил в силу в 1998 г.

Главной целью подписания данного Договора являлось создание и совершенствование юридических рамок сотрудничества в энергетической области, в связи с чем в положения Договора были включены такие вопросы, как защита инвестиций, применение транзитных правил к энергетическим системам, а также рассмотрение международных споров.

Положения Договора к Энергетической хартии, относящиеся к поощрению и защите инвестиций, применяются к любым инвестициям, связанным с "хозяйственной деятельностью в энергетическом секторе". При этом под такой деятельностью понимаются все виды деятельности, относящиеся к разведке, добыче, переработке, производству, хранению, транспортировке по суше, передаче, распределению, торговле, маркетингу или продаже энергетических материалов и продуктов. Эта деятельность включает такие услуги, как строительство энергетических объектов, поисковые работы, консультирование, управление и проектирование, а также деятельность, направленную на повышение энергоэффективности.

Важным элементом Договора к Энергетической хартии являются специальные положения о порядке рассмотрения споров между инвесторами и государством, а также между государствами - участниками Договора. Так, споры могут по выбору инвестора рассматриваться как в государственных судах страны, являющейся стороной в споре, так и в арбитражном порядке <105>. При этом при обращении в арбитраж инвестор имеет возможность передать спор:

<105> Вместе с тем ряд государств заявили о том, что в случае, если инвестор передал спор на рассмотрение национального суда данного государства либо инициировал рассмотрение спора в соответствии с процедурой, установленной в договоре между инвестором и данным государством, то такой спор уже не может быть повторно передан на рассмотрение иных органов. Такие заявления были сделаны Азербайджаном, Болгарией, Венгрией, Казахстаном, Польшей, Россией, Румынией, Словенией, Хорватией, Чехией.

(i) в МЦУИС, учрежденный в соответствии с Вашингтонской конвенцией, согласно основному Регламенту, если государство инвестора и государство, являющееся стороной в споре, являются участниками Вашингтонской конвенции;

(ii) МЦУИС, учрежденный в соответствии с Вашингтонской конвенцией, согласно правилам, регулирующим Дополнительную процедуру по обеспечению разбирательств секретариатом МЦУИС, если либо государство инвестора, либо государство - сторона по спору является участником Вашингтонской конвенции;

(iii) единоличному арбитру или в арбитражный суд, учреждаемый в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ;

(iv) на арбитражное рассмотрение при Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма.

Помимо установления возможной процедуры рассмотрения спора между инвестором и государством - реципиентом инвестиций Договор к Энергетической хартии устанавливает также и процедуру рассмотрения спора между государствами - участниками Договора.

Российская Федерация заявила о временном применении Договора к Энергетической хартии. После предъявления компаниями "ЮКОС" исков к Российской Федерации на основании данного Договора к Энергетической хартии Россия 20 августа 2009 г. заявила о выходе из данного Договора <106>.

<106> Что, впрочем, вряд ли приведет к освобождению Российской Федерации от ответственности по возможным искам в течение 20 последующих лет, поскольку в соответствии с пар. 45 (3) b) обязательства государства относительно иностранных инвестиций сохраняются в течение 20 лет после выхода из Договора.

5.3.5. Двусторонние договоры о защите инвестиций

Особую популярность в сфере защиты инвестиций получили двусторонние договоры о защите инвестиций, так называемые ВІТ - Bilateral Investment Treaty.

Стандартный договор ВІТ, как правило, содержит оговорку о том, что государство путем подписания ВІТ соглашается на разрешение спора с инвестором либо в государственном суде, либо одним из способов арбитража по выбору инвестора. Подобное положение, по сути, является бессрочной офертой на заключение арбитражного соглашения. Инвестор, обращаясь в тот или иной арбитраж, акцептует оферту; таким образом, арбитражное соглашение считается заключенным.

В случае если оба государства - участника ВІТ являются участниками Вашингтонской конвенции 1965 г., ВІТ, как правило, предусматривает возможность рассмотрения спора в МЦУИС, в противном случае отсылает к арбитражу **ad hoc**, достаточно часто - по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

Так, Типовое соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений, которое ранее являлось основой для заключения ВІТ Российской Федерацией <107>, предусматривало, что спор по выбору инвестора может быть передан на разрешение:

<107> Утверждено Постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 N 456 "О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений" (с изменениями от 11.04.2002). Указанное Постановление утратило силу с принятием Постановления Правительства РФ от 30.09.2016 N 992 "О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций".

- в компетентный суд или арбитраж договаривающейся стороны, на территории которой осуществлены капиталовложения;

- в арбитражный суд **ad hoc** в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ;

- в МЦУИС, созданный в соответствии с Вашингтонской конвенцией;

- арбитража в соответствии с Дополнительными правилами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (в случае, если Вашингтонская конвенция не вступила в силу для обеих или одной из договаривающихся сторон) <108>.

<108> Статья 8 Типового соглашения между Правительством Российской Федерации и правительством иностранного государства о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

Указанные формулировки исходили из того, что инвестор вправе выбрать любой из способов, который ему более удобен, и тот факт, что в контракте инвестора с государством имеется соглашение о порядке разрешения споров каким-либо определенным способом, не исключает возможность инвестора прибегнуть к иному способу, установленному в ВІТ.

5.3.6. Решения в области международного инвестиционного арбитража

Не существует единого мнения относительно того, какую юридическую силу имеют арбитражные решения, вынесенные по ранее рассмотренным спорам. Тем не менее применительно к инвестиционному арбитражу, особенно если речь идет об арбитраже ICSID, многие авторы ссылаются на решения ICSID как на "обычное международное право" (англ. Customary International Law).

С одной стороны, в Вашингтонской конвенции ничто не указывает на то, что решения арбитров по предыдущим делам ICSID имеют обязательную силу для последующих арбитражей, как это установлено, например, в английском праве, основанном на прецеденте.

С другой стороны, система разрешения споров ICSID является независимой, т.е. решения арбитров

не подлежат никакому контролю со стороны государственных судов. Единственная возможность осуществить контроль по вынесенным решениям - это обжалование решения в специальный комитет ICSID, формируемый **ad hoc**. Такой специальный комитет вправе отменить арбитражное решение, если, например, он придет к выводу о том, что состав арбитров превысил свою юрисдикцию. При вынесении подобного решения специальный комитет обращает внимание на предыдущие решения, вынесенные в рамках арбитража ICSID. С этой точки зрения хотя предыдущие решения и не носят обязательного характера, они тем не менее оказывают влияние на принятие решения, а потому могут рассматриваться в качестве своего рода источника регулирования международного инвестиционного права.

Однако это изначально не очень солидное основание рассматривать предыдущие решения в рамках ICSID в качестве источника права становится еще менее очевидным в случае рассмотрения инвестиционных споров по иным регламентам, например по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ или арбитражному регламенту какого-либо арбитражного института <109>.

<109> **RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation**, решение по юрисдикции в деле N V (079/2005), рассматриваемом по Регламенту Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, вынесенное в октябре 2007 г., пар. 49: "...Это совершенно неочевидно, насколько арбитражные решения по вопросам юрисдикции или оговоркам MFN по другим международным договорам имеют отношение к вопросам, поставленным перед Трибуналом. В любом случае понятно, что решения других трибуналов не являются обязательными для данного Трибунала... Однако это не препятствует Трибуналу рассмотреть другие решения и аргументы, которые стороны основывают на них, в той мере, в которой он найдет, что они проливают полезный свет на вопросы, необходимые для вынесения решения в данном деле". Интересно, что арбитры тем не менее при этом также сослались на пар. 73 - 76 решения о юрисдикции в деле **Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. The Islamic Republic of Pakistan** (ICSID Case N ARB/03/29).

5.4. Национальные источники регулирования международного коммерческого арбитража

5.4.1. Общая характеристика национальных законодательств об арбитраже

Несмотря на то что сложно найти страну, национальное законодательство которой не содержало бы регулирования международного арбитража, достаточно сложно установить единый признак, по которому можно было бы классифицировать национальные законодательства.

Тем не менее можно упомянуть о следующих общих чертах, которые достаточно часто наблюдаются в тех или иных национальных системах.

Влияние Типового закона ЮНСИТРАЛ. Прежде всего следует упомянуть Типовой закон ЮНСИТРАЛ, который оказал колоссальное влияние на формирование национальных законодательств об арбитраже. Так, законодательства многих стран либо полностью повторяют текст Типового закона ЮНСИТРАЛ (как, например, Украина), либо, хотя и следуют своей собственной структуре, воспроизводят основные принципы этого Закона (например, закон Беларуси "О международном арбитражном (третейском) суде").

К странам, которые относятся к "лагерю" Типового закона ЮНСИТРАЛ, следует отнести практически все страны СНГ, а также многие развивающиеся страны. Особая популярность Типового закона ЮНСИТРАЛ в данных странах объясняется тем, что до недавнего времени их национальное законодательство вообще не содержало регулирования арбитража, а потому появление некоего универсального стандарта в 1985 г. оказалось достаточно удобным и своевременным.

Дуализм регулирования внутреннего и международного арбитража. Национальные законодательства иногда достаточно серьезно различаются применительно к вопросу о самостоятельном регулировании внутреннего и международного арбитража.

В некоторых странах вообще не проводится никакого различия между международным и внутренним арбитражем (например, в Австрии, Италии, Англии и США). В некоторых странах вопросы как международного, так и внутреннего арбитража регулируются одним законом, тем не менее некоторые положения такого закона не применяются к международному арбитражу (например, Франция, Швеция). Наконец, законодательство некоторых стран содержит отдельные акты, регулирующие внутренний и международный арбитраж (Швейцария, Российская Федерация, Беларусь, Украина, Казахстан).

При этом регулирование международного арбитража, как правило, более либерально, что объясняется среди прочего и международно-правовыми обязательствами государства, вытекающими из Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и других договоров.

Государственный контроль за деятельностью арбитражных институтов. В связи с введением в России жесткого регулирования деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений уместно было бы также упомянуть о регулировании данного вопроса в законодательстве других стран.

Следует отметить, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ не устанавливает каких-либо требований в отношении правового статуса или обязательных элементов арбитражных учреждений.

В странах с устоявшимися традициями арбитражного разбирательства (Англия, Франция, Швейцария, США, Германия, Швеция, Сингапур и Гонконг), как правило, отсутствует административный контроль государства за деятельностью арбитражных институтов, равно как и специальное регулирование данного вопроса. Считается, что любые возникающие в данной сфере вопросы должны решаться на уровне судебного контроля на основании общих норм права.

Вместе с тем некоторые развивающиеся страны, столкнувшиеся со злоупотреблениями в области третейского разбирательства, пошли по пути государственного регулирования деятельности арбитражных институтов. В этих странах (например, в Коста-Рике, Эквадоре, Никарагуа, Панаме, Перу, Анголе, Мозамбике, Замбии, Уганде, Бахрейне, Украине, Латвии и Узбекистане) правительство прямо или косвенно контролирует образование арбитражных центров <110>.

<110> Жукова Г. Арбитражные институты: правовой статус, создание, обязательные требования, надзор за деятельностью // Третейский суд. 2016. N 2/3. С. 55 - 75.

Однако опыт стран, в которых была введена система государственной регистрации третейских судов, показал, что это не помогло избавиться от злоупотреблений в сфере третейского разбирательства.

Так, в Латвии до введения системы регистрации было более 200 судов, после стало около 80. В Украине после введения системы регистрации осталось около 500 постоянно действующих третейских судов <111>, что также доказывает неэффективность системы регистрации и административного регулирования деятельности третейских судов <112>.

<111> Единый реестр общественных формирований Украины: <http://rgf.informjust.ua/home/index> (дата посещения - 20.02.2018).

<112> Как верно заметил М.Л. Гальперин, "государство должно лишь законодательно регулировать деятельность третейских судов, воздерживаясь от учреждения такого рода институтов и непосредственного влияния на их создание. В противном случае авторитет третейских судов как независимых институтов будет только падать, разрешительная регистрация значительным образом ограничит инициативу субъектов хозяйственной деятельности и, возможно, повлечет за собой злоупотребления со стороны должностных лиц органов государственной власти". Цит. по: Гальперин М.Л. Проблема "карманных" третейских судов: возможные пути решения. 1 октября 2007 г. (<http://www.garant.ru/article/6674/>; дата посещения - 20.02.2018).

5.4.2. Развитие законодательства о международном арбитраже на территории стран СНГ

Законодательство о международном арбитраже стран СНГ во многом похоже, что, безусловно, связано с тем, что оно основано на общих правовых традициях, сформированных во времена Советского Союза.

Так, во введенных в 1961 г. Основах гражданского законодательства СССР и союзных республик, являвшихся основой для соответствующих республиканских кодексов, определялось, что защита гражданских прав осуществляется в установленном порядке посредством обращения в суд, арбитраж или третейский суд. Таким образом, гражданские кодексы союзных республик предусматривали возможность обращения в третейский суд за защитой нарушенных прав, а гражданские процессуальные кодексы содержали Приложение N 2, которое регламентировало порядок разрешения третейским судом споров между гражданами.

В хозяйственном обороте применялись Принципы деятельности третейского суда, созданного для разрешения хозяйственных споров между объединениями, предприятиями и организациями от 1975 г.

Вместе с тем на практике третейское разбирательство в хозяйственном обороте не было развито вообще. Причина заключалась в том, что законодательство прямо запрещало арбитрам получать гонорары за свою работу, а желающих рассматривать споры **pro bono** было не очень много.

Отсутствовало также какое-либо законодательство, регулирующее международный арбитраж. Единственным документом в данной сфере являлся Указ Президиума Верховного Совета СССР "О признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей" от 21 июня 1988 г.

Ситуация изменилась в начале 1990-х гг., после прекращения существования Советского Союза, когда бывшие республики СССР, объявив о независимости, начали развивать международную торговлю, что, в свою очередь, вызвало возникновение большого количества споров и, соответственно, необходимость в принятии национального законодательства в данной области.

В 1993 г. в Российской Федерации был принят Закон о МКА, который практически полностью повторяет положения Типового закона ЮНСИТРАЛ.

По этому же пути пошла и Украина, приняв в 1994 г. Закон "О международном коммерческом арбитраже".

Республика Беларусь лишь в 1999 г. приняла Закон "О международном арбитражном (третейском) суде", который, хотя и следует принципам Типового закона ЮНСИТРАЛ, имеет совершенно иную структуру и включает в себя положения, направленные не только на регулирование международного арбитража, но и на регулирование статуса международного арбитражного суда.

Казахстан принял Закон "О международном арбитраже" в 2004 г., Молдова - в 2008 г.

Таким образом, на территории многих государств СНГ международный арбитраж в течение достаточно долгого времени существовал, не имея адекватного законодательного регулирования.

Вместе с тем такие преимущества арбитража, как независимость третейских судов от государства, невозможность пересмотра решения арбитров по существу и пр., вызывали серьезное недовольство у некоторых предпринимателей, которые ранее не сталкивались с подобной формой разрешения споров. В своем стремлении предотвратить исполнение неблагоприятных для них решений они попытались признать третейское разбирательство в принципе не соответствующим конституционным основам - ограничивающим право лица на судебную защиту (т.е. на обращение в государственный суд).

Подобные вопросы неоднократно рассматривались Конституционным Судом Российской Федерации, который последовательно придерживался мнения о том, что передача спора на разрешение третейского суда не противоречит Конституции <113>.

<113> Определения КС РФ от 15.05.2001 по жалобе АК "АПРОСА" на нарушение конституционных прав и свобод п. 1 ст. 35 Закона МКА; от 20.02.2002 N 54-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы

акционерной компании "АПРОСА" на нарушение конституционных прав и свобод статьями 5 и 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже".

Аналогичные дела рассматривались и в иных государствах СНГ. Так, например, государственная компания "Славутич-Сталь", после того как против нее было вынесено решение в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины, обратилась в Конституционный суд Украины с вопросом о том, не следует ли рассматривать деятельность данного третейского суда как присвоение функций государственного суда, хотя он, согласно Конституции Украины, не входит в состав судебной системы страны. К счастью, Конституционный суд Украины не согласился с заявителем.

В некоторых других странах бывшего СССР противники третейского разбирательства были более успешны. Так, в 2002 г. Конституционный суд Республики Казахстан установил, что в силу недопустимости отказа от права на судебную защиту арбитражное решение может быть обжаловано по существу в случае противоречия его законодательству. К счастью, это положение просуществовало недолго и фактически перестало действовать после принятия в декабре 2004 г. законов "О третейских судах" и "О международном коммерческом арбитраже".

В определенный период времени в Кыргызской Республике также существовала ситуация, возникшая после принятия Конституционным судом решения о том, что третейские суды не входят в систему судов страны, поскольку не поименованы в Конституции, а потому должны рассматриваться как чрезвычайные, т.е. незаконные. Данная проблема, впрочем, решилась после того, как 21 октября 2007 г. в Конституцию Кыргызской Республики была введена статья, прямо указывающая на возможность разрешения гражданско-правовых споров третейскими судами <114>.

<114> Статья 38 Конституции Кыргызской Республики: "Для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, граждане Кыргызской Республики вправе учреждать третейские суды. Полномочия, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом".

Беларусь. До конца 1990-х гг. в Республике Беларусь практически полностью отсутствовало внутреннее национальное законодательство о международном арбитраже. Недостаток национального законодательства в данной сфере несколько компенсировался положениями международных договоров, участниками которых стала Республика Беларусь, прежде всего Европейской и Нью-Йоркской конвенций. Они тем не менее не решали многих проблем, которые могли быть решены только на уровне внутренних законов.

В связи с этим первый постоянно действующий международный арбитражный суд в Республике Беларусь (Международный арбитражный суд при БелТПП - МАС при БелТПП), созданный в апреле 1994 г., начал свою деятельность в условиях правового вакуума. В результате этого в Беларуси сложилась парадоксальная ситуация, когда решения МАС при БелТПП исполнялись за пределами Республики Беларусь в силу положений Нью-Йоркской конвенции 1958 г., но не исполнялись в Беларуси в связи с отсутствием соответствующего правового регулирования. Лишь после принятия 12 февраля 1996 г. Постановления Кабинета министров Республики Беларусь N 89 статус суда был легализован и была создана правовая база для исполнения его решений в Беларуси.

9 июля 1999 г. в Республике Беларусь был принят Закон "О международном арбитражном (третейском) суде" (далее - Закон о МАС), разработанный на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ. Однако и структурно, и содержательно текст Закона о МАС отличается от текста Типового закона.

Одной из основных особенностей белорусского Закона является то, что он урегулировал юридический статус постоянно действующего международного арбитражного суда, установив, что он является негосударственной, некоммерческой организацией, обладающей правами юридического лица (ст. 6 Закона о МАС). При этом до недавнего времени единственным постоянно действующим международным арбитражным судом в Беларуси являлся МАС при БелТПП.

В Законе о МАС имеется и ряд иных отличий от Типового закона ЮНСИТРАЛ. В частности, в случае обращения в государственный суд по вопросу отсутствия компетенции состава арбитров последний обязан приостановить арбитражное разбирательство до решения данного вопроса государственным судом <115>.

<115> См.: Функ Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь: Справ. Минск, 2005. С. 9 - 10.

Обращает на себя внимание также положение Закона о МАС о том, что международный арбитражный суд должен руководствоваться теми принципами гражданского процесса Республики Беларусь, которые не противоречат принципам ст. 3 Закона о МАС.

Кроме того, Закон содержит положение, согласно которому при подаче ходатайства в государственный суд об отмене арбитражного решения данный суд по ходатайству одной из сторон может отложить рассмотрение ходатайства об отмене решения международного арбитражного суда на установленный им срок, чтобы предоставить международному арбитражному суду возможность возобновить разбирательство дела или предпринять иные действия, которые, по мнению международного арбитражного суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения.

Порядок государственной регистрации постоянно действующих на территории Республики Беларусь международных арбитражных судов регулируется Постановлением Совета министров Республики Беларусь от 27 декабря 1999 г. N 2013 "О государственной регистрации постоянно действующих международных арбитражных (третейских) судов" и соответствующей инструкцией Министерства юстиции как регистрирующего органа (Постановление Министерства юстиции Республики Беларусь от 25 февраля 2000 г. N 41 "Об утверждении Положения о государственной регистрации постоянно действующих международных арбитражных (третейских) судов").

Украина. Украина, равно как и иные республики бывшего СССР, не имела собственного законодательства о международном арбитраже.

Однако принятый 31 марта 1992 г. Закон Украины "Об иностранных инвестициях" предоставил инвесторам возможность выбора судебного органа для рассмотрения споров. Так, в соответствии со ст. 49 данного Закона споры между иностранными инвесторами и государством по вопросам государственного регулирования иностранных инвестиций и деятельности предприятий с иностранными инвестициями подлежали рассмотрению в судах Украины, если иное не было определено международными договорами Украины. Все иные споры подлежали рассмотрению в судах и (или) государственных арбитражных судах Украины либо по соглашению сторон - в третейских судах, в том числе и за границей.

Однако данные положения Закона "Об иностранных инвестициях" вступили в противоречие с Конституцией Украины, а также с Законом Украины "О хозяйственных судах", в соответствии с которыми хозяйственные споры подлежали рассмотрению в государственных судах, а в Хозяйственном процессуальном кодексе вообще содержалось положение о том, что любые соглашения, исключающие подсудность украинских государственных арбитражных судов, являлись недействительными.

В связи с этим высказывались различные точки зрения относительно возможности передачи споров украинских субъектов на рассмотрение третейского суда, и лишь принятие в 1994 г. Закона Украины "О международном коммерческом арбитраже" положило конец данным дискуссиям.

Данный Закон полностью соответствует Типовому закону ЮНСИТРАЛ и текстуально его повторяет.

В качестве дополнения N 1 к данному Закону было принято Положение о международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Украины. Данный арбитражный суд до настоящего времени остается единственным постоянно действующим арбитражным институтом Украины, рассматривающим международные споры.

В 2004 г. был принят Закон "О третейских судах", регулирующий внутренние арбитражные

разбирательства <116>. Он допускает создание постоянно действующих третейских судов на базе всеукраинских некоммерческих и общественных организаций.

<116> Подробнее о Законе см.: http://arb.ucci.org.ua/legalbase/zak_tret_sud2004r.pdf (дата посещения - 21.02.2018).

5.4.3. Развитие законодательства о международном арбитраже на территории стран Центральной и Восточной Европы

Как и в СССР, третейское разбирательство во внутренних спорах не существовало либо **de jure**, либо **de facto** и в остальных странах - членах СЭВ <117>.

<117> Исключение составляла Югославия, в которой Основной закон о предприятиях 1965 г. разрешал передачу внутренних споров на разрешение арбитража.

При торгово-промышленных палатах данных стран были третейские суды, которые рассматривали международные споры преимущественно на основании Московской конвенции. Законодательство, регулирующее международный арбитраж, также практически отсутствовало <118>.

<118> "Бейкер и Макензи": Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной и Восточной Европы и СНГ: Учеб.-практ. пособие / Отв. ред. А. Тынель, В. Хвалей. М., 2001.

Экономические реформы, которые начали проводиться в данных странах в 1980-х гг., закономерно привели к тому, что потребовалось более адекватное регулирование процедуры разрешения коммерческих споров, в том числе и посредством международного арбитража.

В силу этого в данных странах либо вносились изменения в гражданско-процессуальные кодексы (например, в Венгрии, Польше и Румынии), либо принимались новые законы. Например, Болгария в 1988 г. приняла закон "О международном коммерческом арбитраже", основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В 1993 г. в этот Закон были внесены изменения, которые позволили применять его также и к национальному арбитражу. Венгрия в 1994 г. приняла Закон "Об арбитраже", также основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, который применяется как ко внутреннему, так и к международному арбитражу <119>.

<119> Antal J., Burger L. Hungary // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2009. М., 2010. P. 173.

Изменения, внесенные 14 мая 1989 г. в Гражданский процессуальный кодекс Польши, создали возможность разрешения споров между национальными субъектами путем арбитража. Вместе с тем внесенных изменений было явно недостаточно для того, чтобы регулировать арбитраж в соответствии с установившейся на этот момент международной практикой, и в 2005 г. была принята пятая часть ГПК Польши, именуемая "Третейский суд" <120>.

<120> Aslanowicz M., Tynel A. Poland // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2009. М., 2010. С. 235.

Распад Югославии и Чехословакии привел к формированию во вновь образованных государствах самостоятельного законодательства об арбитраже, как правило, основанного на Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Так, после принятия 25 ноября 1992 г. закона о разделе Чехословакии возникли два новых государства: Чешская Республика и Словацкая Республика. В обращении Чешской Республики к парламентам и народам мира провозглашалось, что все права и обязанности Чехословакии переходят к Чешской Республике в объеме, определенном парламентом или соглашением со Словацкой Республикой. Закон также устанавливал, что Чешская Республика принимает на себя международно-правовые права и обязанности Чехословакии в объеме, относящемся к ее территории.

1 ноября 1994 г. парламент Чешской Республики принял закон N 216/1994 Свода законов "Об арбитражном производстве и исполнении арбитражных решений". Этот Закон вступил в силу 1 января 1995 г. и применяется при осуществлении как иностранных арбитражных разбирательств, так и внутренних. Он базируется на основных принципах Типового закона ЮНСИТРАЛ, хотя и не повторяет его полностью <121>.

<121> Hrodek M., Orsagova M., **Matějka M.** Czech Republic // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2009. M., 2010. С. 114.

Хорватия приняла закон об арбитраже в 2001 г., Словения - в 2008 г., Черногория - в 2015 г.

Кроме того, в силу вступления в ЕС законодательство об арбитраже стран Центральной и Восточной Европы испытывает на себе серьезное влияние западноевропейского законодательства.

Так, например, аналогично регулированию в некоторых странах Западной Европы во многих странах Центральной и Восточной Европы установлено, что арбитражные соглашения в отношении потребительских и трудовых споров могут быть заключены только в отношении существующего спора (см. ст. 1164 (1) ГПК Польши).

5.4.4. Развитие законодательства о международном арбитраже на территории стран Западной Европы

Законодательство стран Западной Европы о международном арбитраже отличается большим разнообразием, что обусловлено существованием исторических традиций третейского разбирательства.

Так, во многих странах континентальной Западной Европы отношения, связанные с арбитражем, регулируются гражданскими процессуальными кодексами (например, во Франции, ФРГ, Австрии, Италии). Некоторые страны регулируют вопросы арбитража отдельными законами (например, Англия, Швеция).

В течение достаточно длительного времени законодательства стран Западной Европы содержали положения, не способствующие развитию международного арбитража (например, о том, что арбитражное соглашение может быть заключено только в отношении будущих споров (как это было во Франции), или о том, что вынесенное арбитражное решение может быть пересмотрено государственным судом по существу (как предусматривалось английским законом "Об арбитраже")).

Начало реформам национальных законодательств было положено Францией, которая в 1980 - 1981 гг. внесла значительные изменения в свой Гражданский процессуальный кодекс. При этом считалось, что вопросы международного арбитража не должны регулироваться в Кодексе, а суды при возникновении вопросов должны были руководствоваться только международными договорами, а также сложившейся судебной практикой <122>.

<122> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 63 - 64.

Таким образом, Франция стала первой страной, которая "денационализовала" международный арбитраж, установив, что вопросы как процедуры арбитражного разбирательства, так и существа спора должны регулироваться прежде всего намерениями сторон, а французское законодательство о внутреннем арбитраже должно применяться только subsidiarily, т.е. тогда, когда стороны или арбитры

решили его применить (ст. 1495 ГПК Франции).

Вслед за Францией серьезные реформы арбитражного законодательства были проведены в Австрии в 1983 г., в Нидерландах в 1986 г., в Швейцарии в 1987 г., в Англии в 1996 г., в Германии в 1997 г., в Швеции в 1999 г. Эти реформы были обусловлены не только стремлением к унификации, свойственным странам ЕС, но и конкуренцией арбитражных сообществ, желавших сделать свою страну наиболее привлекательным местом для арбитража. Кроме того, большое влияние на изменения оказал Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г., а также изменения к данному Закону, принятые в 2006 г.

Германия практически полностью инкорпорировала положения Типового закона ЮНСИТРАЛ в свой Гражданский процессуальный кодекс. Австрия стала одной из стран, которая, следуя изменениям, внесенным в 2006 г. в Типовой закон ЮНСИТРАЛ, внесла в свой ГПК положения, предусматривающие принудительное исполнение австрийскими судами решений о применении обеспечительных мер, вынесенных составами арбитров <123>.

<123> Liebsher C. The Austrian Arbitration Act 2006: Text and Notes. Kluwer Law International, 2006. P. 20.

Закон Швеции "Об арбитраже" имеет свою собственную структуру. Определение оснований для отмены арбитражного решения в этом Законе несколько отличается от формулировок Типового закона ЮНСИТРАЛ, однако сложно найти случай, когда шведские суды применяли бы данные основания иначе, чем это предусмотрено Типовым законом <124>.

<124> Neuman L. Arbitration Law in Sweden: Practice and Procedure. Juris Publishing, Inc., 2003. P. 671.

Законодательство об арбитраже стран Западной Европы традиционно отличается очень либеральным подходом к арбитрабельности споров. Так, в Австрии на разрешение арбитража могут быть переданы любые споры, касающиеся экономического интереса. Споры, в которых нет экономического интереса, могут быть переданы на разрешение арбитража в случае, если закон допускает заключение мирового соглашения в отношении предмета спора (ст. 582 (1) ГПК Австрии).

В Швейцарии любой спор, который включает финансовый интерес, может быть предметом арбитража, т.е. любое денежное требование может быть передано на разрешение арбитража, включая имущественные споры по семейным, трудовым и антимонопольным делам.

В Швеции предметом арбитража могут являться не только гражданско-правовые, но и, например, трудовые споры. Кроме того, Закон указывает, что арбитры вправе рассматривать вопросы о гражданско-правовых последствиях законодательства о конкуренции в том, что касается сторон (ст. 1 Закона Швеции "Об арбитраже").

Точно так же многие страны Западной Европы достаточно либерально относятся и к форме арбитражного соглашения, допуская его заключение в устной форме.

Так, Новый ГПК Франции вообще не устанавливает каких-либо требований относительно формы арбитражного соглашения (ст. 1507 ГПК Франции). Законодательство Швеции и Нидерландов допускает существование арбитражного соглашения в устной форме <125>, а Закон Англии "Об арбитраже" говорит о том, что арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме или подтверждено письменными доказательствами (ст. 5). Согласно Гражданскому процессуальному кодексу ФРГ требованию письменной формы удовлетворяет, например, письмо, суммирующее содержание устного соглашения об арбитраже, направленное одной стороной второй при отсутствии возражений такой стороны (ст. 1031 (2) ГПК ФРГ).

<125> Согласно голландскому Закону "Об арбитраже" в случае, если сторона оспаривает существование арбитражного соглашения в устной форме, его существование должно быть подтверждено

с использованием письменных доказательств, включая электронные.

Еще одной отличительной чертой законодательства стран ЕС является особое регулирование арбитража потребительских споров. Так, в Австрии арбитражное соглашение по потребительскому контракту должно представлять собой отдельный документ, который необходимо подписать (ст. 617 ГПК Австрии). Кроме того, арбитражное соглашение может быть заключено только после возникновения спора, а слушание по делу надлежит проводить в месте нахождения потребителя. Такие же правила применяются и к арбитражу в отношении трудовых споров (за исключением споров с руководителями компаний или членами совета директоров).

В Швеции арбитражное соглашение с потребителем действительно только в случае, если оно заключено в отношении уже существующего спора, когда потребитель сознательно соглашается на разбирательство в арбитраже <126>.

<126> Neuman L. Op. cit. P. 4.

Наконец, законодательство некоторых стран Западной Европы предоставляет сторонам право отказаться от обжалования арбитражного решения. Однако если законодательство Бельгии, Швейцарии <127> и Швеции <128> предоставляет такое право лишь в случае, если ни одна из сторон не имеет domicilia в стране решения (т.е. для "внешних" споров), то ГПК Франции предоставляет такое право и в случае, если одна из сторон арбитража - французская компания.

<127> Статья 192 Закона Швейцарии "О международном частном праве".

<128> Статья 51 Закона Швеции "Об арбитраже" 1999 г.

5.4.5. Законодательство о международном арбитраже в других регионах мира

Соединенные Штаты Америки. Регулирование международного арбитража в США представляет собой сложную, а иногда и противоречивую комбинацию международных договоров, актов федерального законодательства и законодательства штатов, а также решений, принятых как федеральными судами, так и судами штатов по вопросам арбитража.

На протяжении долгого времени суды США весьма враждебно относились к арбитражу. Они считали арбитражные соглашения противоречащими публичному порядку, поскольку те предлагали лишить государственные суды их законной юрисдикции и передать разрешение споров в "ненадежные, а иногда даже и коррумпированные частные руки" <129>.

<129> Joelson M.R. The Interplay of International, Federal and State Law in US Arbitration // Journal of International Arbitration. 2007. Vol. 24. Iss. 4. P. 379.

С целью преодоления подобного отношения в 1925 г. в США был принят Федеральный акт об арбитраже. В 1970 г. в данный Акт были инкорпорированы положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Следует заметить, что текст Федерального акта США об арбитраже достаточно короткий, поэтому многие правоотношения им не урегулированы, в частности вопросы, связанные с поддержкой государственными судами арбитража; процедура отвода арбитра; право состава арбитров определять место арбитража, язык и применимое право; процедура формирования состава арбитров в случае неучастия стороны; форма арбитражного соглашения и некоторые иные вопросы.

Помимо федерального законодательства штаты США также имеют свои законы об арбитраже. Первым штатом, который еще в 1920 г. принял подобный закон, был штат Нью-Йорк. Закон штата

Нью-Йорк признавал действительность арбитражных соглашений. Впоследствии многие штаты США приняли свои законы, при этом некоторые из них полностью инкорпорировали Типовой закон ЮНСИТРАЛ либо восприняли его основные принципы.

Несмотря на то что федеральное законодательство в данной области регулирования имеет приоритет перед законодательством штатов, последнее тем не менее дополняет федеральные акты, а также регламентирует внутренний арбитраж.

Кроме того, международный арбитраж регулируется многочисленными прецедентами как федеральных судов, так и судов штатов, которые на протяжении последних десятилетий демонстрируют лояльность по отношению к третейскому разбирательству. Так, например, Верховный суд США достаточно широко определяет круг арбитрабельных споров, исключая только вопросы, связанные с обращением ценных бумаг; потребительские споры, трудовые споры и вопросы антitrustового (антимонопольного) регулирования.

Страны Карибского бассейна. В странах Карибского бассейна достаточно долго отсутствовало регулирование вопросов арбитража. В конце 80-х гг. XX в. Карибский институт права, основываясь на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, разработал проекты двух законов об арбитраже (о международном и внутреннем) и рекомендовал их для принятия странам региона. Однако эта инициатива не получила поддержки со стороны государств, поскольку арбитраж воспринимался как слишком длинный процесс, подверженный вмешательству со стороны государственных судов.

К настоящему времени только три страны Карибского бассейна приняли законодательство об арбитраже, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ: Бермуды (1993), Доминиканская Республика (2008) и Британские Виргинские Острова (2013).

Латинская Америка. Страны Латинской Америки, которые являлись колониями Португалии или Испании, унаследовали также и принципы правовой системы этих стран, которые применялись как до объявления независимости, так и в течение некоторого времени после этого.

Конституция Бразилии, принятая в 1824 г., прямо указывала на возможность передачи гражданско-правовых споров на разрешение арбитража, а государственные суды не имели права пересматривать арбитражные решения. Следуя традициям Коммерческого кодекса Франции 1807 г., Торговый кодекс Бразилии 1850 г. предусматривал обязательный арбитраж в качестве способа разрешения некоторых видов споров, в частности между участниками коммерческих обществ и товариществ <130>.

<130> Paiva Muniz J.T. de, Palhares Basilio A.T. Arbitration Law of Brasil: Practice and Procedure. Juris Publishing, Inc., 2006. P. 3.

Однако слишком либеральный подход к арбитражу привел к злоупотреблениям, в результате чего в 1867 г. было принято законодательство, существенным образом ограничивающее применение арбитража. Например, была введена концепция "арбитражного компромисса" (**compromisso arbitral**): согласно ей стороны могли передать на разрешение арбитража только те споры, которые уже существовали в момент заключения арбитражного соглашения, в том числе и такие, в которых спор возникал из контракта, уже содержащего арбитражное соглашение.

Законодательство об арбитраже, принятое в XX в. (в частности, ГПК Бразилии 1973 г.), также не стимулировало развитие арбитража. Требовалось подтверждение арбитражных решений государственными судами, при этом такая процедура занимала достаточно длительное время. Кроме того, нельзя было принудить сторону к арбитражу: любая сторона могла отказаться от арбитражного соглашения; единственное требование, которое можно было предъявить такой стороне, - это требование о возмещении ущерба, причиненного нарушением арбитражного соглашения (что, впрочем, также было проблематичным) <131>.

<131> Paiva Muniz J.T. de, Palhares Basilio A.T. Op. cit. P. 4.

Ситуация изменилась в 1996 г., когда под влиянием Закона Испании "Об арбитраже" 1988 г., а также Типового закона ЮНСИТРАЛ был принят Закон Бразилии "Об арбитраже". Арбитражное соглашение стало обязательным для сторон, была отменена необходимость подтверждения арбитражных решений государственными судами <132>.

<132> Ibid. P. 6 - 7.

Ситуация изменилась и в Венесуэле, которая в 1998 г. приняла Закон "О коммерческом арбитраже", основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ <133>.

<133> Martinez E. Venezuela // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2009. M., 2010. С. 411.

В отличие от Бразилии Аргентина не имеет единого федерального законодательства об арбитраже, которое регулируется на уровне провинций. Характерной особенностью законодательства провинций является то, что государственные органы, для того чтобы заключить арбитражное соглашение, должны получить на это специальное разрешение.

Африка. Третейское разбирательство достаточно давно существовало в традициях стран Африки. При возникновении споры разрешались арбитрами, которые назначались из наиболее авторитетных представителей племен спорящих сторон.

Однако данные традиции были практически утрачены при колонизации Африки и введении колониального законодательства в XIX - XX вв., которое повторяло законодательство метрополий. Колониальное законодательство не оставляло места неофициальному третейскому разбирательству, существовавшему ранее вне системы государственного урегулирования споров.

После объявления независимости, которое часто сопровождалось также отказом от колониального права, образовался правовой вакуум. В силу этого законодательство многих государств Африки достаточно долго не содержало положений, детально регулирующих вопросы арбитража. Исключение, пожалуй, составляли Кот-д'Ивуар, который практически полностью позаимствовал положения ГПК Франции <134>, и ЮАР, которая сохранила действие "колониального" Закона "Об арбитраже" 1965 г.

<134> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 87.

Постепенно государства Африки стали формировать новое законодательство об арбитраже. Ряд стран приняли национальные законы, основанные на Типовом законе ЮНСИТРАЛ: Коморские Острова, Кения, Мадагаскар, Маврикий, Руанда, Уганда, Замбия и Зимбабве. Законодательство Мозамбика хотя и не повторяет положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, но во много основывается на его принципах.

Эфиопия, Танзания и Малави ввели регулирование арбитража, не основанное на Типовом законе, что часто приводит к принятию решений, не дружественных по отношению к арбитражу <135>.

<135> Например, в 1994 г. Верховный суд Малави указал, что ошибка в применении права является основанием для отмены арбитражного решения.

В Западной Африке единственной страной, которая приняла законодательство, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, является Нигерия.

В ЮАР вопросы внутреннего арбитража по-прежнему регулируются Законом 1965 г., однако в 2017 г. законодательство о международном арбитраже было приведено в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ.

В 1993 г. была создана OHADA, при которой возник Общий суд правосудия и арбитража, в чьи задачи входит администрирование институционального арбитража. Общий суд является достаточно авторитетным арбитражным учреждением данного региона.

Страны арабского Ближнего Востока. Правовая система стран Ближнего Востока характеризуется значительной ролью шариата <136> в урегулировании коммерческих отношений. При этом степень влияния шариата сильно отличается от страны к стране. Так, в Саудовской Аравии шариат является "единственным источником права и единственным применимым правом", а, например, в Финансовом центре в Дубае прямое действие имеет право Англии и Уэльса.

<136> Шариат является сводом исламского права, разработанным различными школами в период с 900 по 1100 г. Основными источниками шариата являются Коран и Сунна.

Правовая система большинства остальных государств региона характеризуется существованием дуалистической правовой системы. С одной стороны, преобладающим правом является шариат, который регулирует вопросы публичного права, семейных отношений и религии <137>. С другой стороны, коммерческие отношения регулируются актами законодательства, часто основанными на принципах европейского континентального права (появились в этих странах благодаря Кодексу Наполеона). Тем не менее шариат применяется в гражданско-правовых или коммерческих отношениях к вопросам, не урегулированным законодательством <138>.

<137> В частности, шариат в качестве основного источника права назван конституциями Сирии, Египта, Кувейта, Бахрейна, Катара, ОАЭ и Йемена. Это также справедливо применительно к Саудовской Аравии, в которой нет конституции. См.: Saleh S. Commercial Arbitration in the Arab Middle East. Hart Publishing, 2006. P. 4.

<138> Litigating in the UAE: initial guidance. P. 67. IHL 176.

Считается, что третейское разбирательство имеет давние традиции в мусульманских странах, поскольку шариат содержит ряд положений, касающихся третейского разбирательства <139>. В частности, это касается обязанности судьи или арбитра рассматривать дело справедливо, а также соблюдать нейтральность. Кроме того, положения об арбитраже нашли свое развитие в толковании Корана и Сунны различными авторитетными авторами, которые создали различные школы ислама. Тем не менее в течение достаточно длительного периода времени международный арбитраж не имел формального законодательного регулирования в странах арабского Ближнего Востока.

<139> "Концепция арбитража основывается не на Коране, а на доисламской концепции, признанной исламом. Арбитражное соглашение является основой для наделения арбитров полномочиями по принятию обязательного решения. Что же касается споров относительно арбитражного соглашения, то можно сделать вывод из вышесказанного, что арбитражные соглашения признаются исламом, поскольку они не разрешают то, что запрещено исламским шариатом". Цит. по: Alqurashi Z. Arbitration under the Islamic Sharia // Oil, Gas & Energy Law Intelligence. March 2003. Vol. 1. Iss. 2.

Ситуация изменилась в связи с нефтяным бумом в этом регионе во второй половине XX в., привлекая значительное количество иностранных инвестиций, естественным образом повлекших возникновение споров. Однако некоторые международные арбитражные решения, касающиеся концессий в области разработки нефти, принятые в середине XX в. <140>, привели к тому, что государства стран Ближнего Востока в течение достаточно долгого времени враждебно относились к арбитражу.

<140> **Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi** // International Law Reports (I. L. R.) 149 (1953), **Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd.** // 20 I. L. R. 545 (1953), **Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco)** // 27 I. L. R. 117 (1958). После того как состав арбитров в деле **Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co. (Aramco)** отказался применять правила шариата к спору, который касался нефтяной концессии в Саудовской Аравии, и принял решение в пользу Aramco, правительство Саудовской Аравии запретило своим министерствам заключать арбитражные соглашения без специального разрешения.

Дальнейшее развитие нефтяной промышленности, строительства и зон свободной торговли вместе с развитием исламского финансирования <141> привело к расширению международных связей и, соответственно, к потребности в создании законодательства о международном арбитраже, отвечающего современным стандартам.

<141> Особенностью исламского финансирования является особое регулирование порядка взимания процентов, поскольку Коран запрещает передачу денег в долг под проценты (риба). В связи с этим исламские финансовые институты вместо традиционного договора займа используют иные виды договоров, в частности договоры товарищества, в которых банк и заемщик выступают в роли партнеров, а функцию процентов выполняет передача доли прибыли участником товарищества, который получает денежные средства. Тем не менее такой участник может при обращении в исламский суд заявить о том, что на самом деле подобный договор товарищества прикрывает собой обычный договор займа, и суд, основываясь на шариате, признает такой договор недействительным. Для того чтобы исключить данный риск, участники финансовых сделок включают в них положения о том, что в случае возникновения споров стороны обязуются воздерживаться от обращения в исламские суды и передают споры на разрешение в арбитраж.

Кроме того, ряд арбитражных решений, вынесенных в пользу государств региона <142>, убедил правительства в том, что арбитражное разбирательство является нейтральным способом разрешения споров и они могут быть не только проигравшей, но и выигравшей стороной.

<142> Так, в 1973 г. правительство Кувейта получило положительное решение на значительную сумму против английской фирмы по спору, связанному со строительством аэропорта в Кувейте. Решение было исполнено в Англии на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 г., после того как Кувейт присоединился к ней в 1978 г.

Поскольку шариат по-прежнему играет значительную роль в правовом регулировании арабских стран Ближнего Востока, это, безусловно, отражается и на регулировании международного арбитража.

Вместе с тем в ряде стран шариат юридически не применяется к международному арбитражу, что объясняется как принятием достаточно разработанных актов национального законодательства, так и созданием правовой системы светского типа. В частности, это справедливо применительно к Сирии, Ливану, Иордании, Ираку, Египту и Бахрейну <143>.

<143> Saleh S. Op. cit. P. 5.

В любом случае принципы и традиции шариата нельзя полностью игнорировать, поскольку вне зависимости от положений законов поведение компаний и арбитров из стран арабского Ближнего Востока очень сильно обусловлено историческими, культурными и религиозными традициями данного региона <144>.

<144> Khatchadourian M. Arbitration and mediation: between Europe and the Gulf. SHIAC, 2008. P. 4.

Во-первых, исламская традиция арбитража включает в себя элементы согласительного урегулирования. Традиционно в данных странах в качестве арбитров выбирались только люди, которые имели большой авторитет у сторон спора. В силу этого арбитр не только рассматривал спор, но и принимал на себя роль посредника в урегулировании спора.

Эта традиция сохранилась и в настоящее время, когда арбитры из данного региона не только рассматривают спор, но и общаются со сторонами, чтобы достичь взаимоприемлемого решения с тем, чтобы стороны продолжали сотрудничество <145>.

<145> Arbitration in the Arab World: An interview with Professor Ahmed Sadek El-Kosheri by Nadia Darwazeh // Journal of International Arbitration. 2008. Vol. 25. N 2. P. 203.

Эта специфика также находит свое отражение в регламентах многих арбитражных институтов региона, где арбитраж комбинируется с применением согласительных процедур.

Во-вторых, арбитр, назначенный стороной, традиционно рассматривается как агент этой стороны в составе арбитров, а не как полностью независимый арбитр. Считалось, что обязанностью такого арбитра является прежде всего донесение наилучшим образом до остальных арбитров позиции этой стороны, а не нейтральная оценка доказательств и аргументов, представленных сторонами. Эта традиция не всегда вызывает понимание у западноевропейских арбитров, которые во время проведения арбитража сталкиваются с тем, что арбитр, назначенный стороной из данного региона, иногда слишком активно объясняет остальным арбитрам позицию данной стороны.

В-третьих, несмотря на то, что основные принципы третейского разбирательства в соответствии с шариатом не отличаются от подобного регулирования в европейских странах, тем не менее имеются достаточно важные особенности.

Так, например, шариат не допускает заключение арбитражного соглашения в отношении будущих споров, что, впрочем, в силу отдельного регулирования не относится к коммерческим отношениям.

Кроме того, правилами шариата установлены особые требования к арбитрам. В частности, арбитром может быть только мужчина <146> и обязательно мусульманин <147>. Причиной этого является то, что арбитр должен вынести свое решение в соответствии с правилами шариата, при этом он должен не только знать эти правила, но и верить в них. Некоторые исламские школы, впрочем, допускают избрание в качестве арбитра немусульманина при разрешении коммерческих споров между немусульманскими сторонами <148>.

<146> Таким образом, норма шариата о том, что судьей может быть только мужчина, в некоторых странах распространяется также и на арбитров.

<147> Так, например, ст. 2 Закона Саудовской Аравии 1985 г. "О введении в действие Закона об арбитраже" говорит о том, что арбитром может быть только подданный Саудовской Аравии или иностранный мусульманин, проживающий в Саудовской Аравии.

<148> Saleh S. Op. cit. P. 29.

Также в некоторых традиционных правилах доказывания прослеживается неравное положение женщин. Например, при рассмотрении финансовых споров для доказывания фактов требуются показания двух заслуживающих доверия свидетелей мужского пола либо в совокупности одного свидетеля мужского пола и двух женского пола. Таким образом, по сути, свидетельские показания одного мужчины приравниваются к свидетельским показаниям двух женщин <149>.

<149> Ibid. P. 50.

Законодательства об арбитраже, принятые странами арабского Ближнего Востока в течение последних 30 лет <150>, в значительной степени нивелировали влияние шариата на арбитраж <151>. Многие страны, например Египет, Бахрейн, Оман, ОАЭ, восприняли концепцию Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<150> Saudi Arabia: Arbitration Regulation and implementation Rules of 1983 and 1985 as approved by the Council of Ministers. Qatar: Law N 13 of 1990; Bahrain: Royal Decree N 9 of 1994 issuing the Law of Arbitration in Civil and Commercial Disputes; Kuwait: Law of Judicial Arbitration on Civil and Commercial Matters N 11 of 1995 (organizing Ministerial Resolutions and the Civil & Commercial Procedure, N 38 of 1980); Oman: Royal Decree N 47 of 1997 issuing the Law of Arbitration in Civil and Commercial Disputes; UAE: Federal Law of 2008 relative to Arbitration within the Civil Procedure Code. Dubai: DIFC Law N 1 of 2008 (based on the UNCITRAL Model Law) // Khatchadourian M. Op. cit. P. 8.

<151> "...Недавние тенденции в мусульманском праве устраняют ограничения на выбор арбитров исходя из их религиозных убеждений или пола. Далее, Коран ничего не говорит о месте арбитража, процедуре, сроках, применимых правилах, вознаграждении и порядке назначения арбитров. Это все находится в рамках дискреционных полномочий сторон". Цит. по: Alqurashi Z. Op. cit.

В то же время, например, законодательство Саудовской Аравии, измененное в 1983 г., хотя и приблизило регулирование арбитража к международным стандартам, сохранило многие ограничения, связанные с национальными традициями и религией. Так, местные суды сохранили право пересматривать арбитражные решения по существу, а арбитрами могли быть назначены только граждане Саудовской Аравии. Иностранцы могли быть арбитрами только в том случае, если они были мужчинами и являлись мусульманами, знакомыми с традициями и законами Саудовской Аравии. Впрочем, новый закон Саудовской Аравии об арбитраже 2012 г. устранил многие ограничения, включая возможность пересмотра государственными судами арбитражных решений по существу.

Одной из стран региона с давними традициями арбитража является Египет. До 1949 г. арбитраж в Египте был весьма популярен, и законодательство содержало достаточно подробное его регулирование. Однако после 1952 г. законодатель и судебная практика достаточно последовательно ограничивали возможности сторон по передаче дел в арбитраж <152>.

<152> Rizkana H., Darweesh H. Egypt // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2010 - 2011. Juris Publishing, Inc., 2010. P. 199 - 201.

Ситуация радикально изменилась в начале 1990-х гг., когда размер и сложность международных сделок потребовали наличия международно признанных способов разрешения споров.

В 1994 г. был принят Закон "Об арбитраже в гражданских и коммерческих спорах", который основывался на Типовом законе ЮНСИТРАЛ и заменил собой положения Гражданского и коммерческого процессуального кодекса.

В Объединенных Арабских Эмиратах в течение достаточно долгого времени арбитраж регулировался Гражданским процессуальным кодексом 1970 г. Этот кодекс был заменен в 1992 г. новым законом, содержащим раздел, посвященный арбитражу (ст. ст. 201 - 218), и устанавливающим ряд императивных норм, слишком детально регулирующих вопросы арбитража. В частности, слушание должно быть проведено в течение 30 дней с момента формирования состава арбитров (ст. 208 (1) ГПК ОАЭ), а арбитражное решение вынесено в течение 6 месяцев с даты первого слушания, за исключением случаев, если стороны: 1) прямо согласились на продление срока, в течение которого арбитражное решение должно быть вынесено, или 2) предоставили составу арбитров такое право (ст. 210 ГПК ОАЭ). Помимо несовершенного законодательного регулирования ситуация усугубляется недружественным отношением со стороны государственных судов к арбитражу. Так, в некоторых случаях арбитражные

решения отменялись по крайне формальным основаниям (например, отсутствие подписи арбитров на каждой странице арбитражного решения) либо в связи с очень широким толкованием судами понятия "публичный порядок". Процесс совершенствования законодательства ОАЭ об арбитраже, продолжавшийся в течение нескольких последних лет, близок к своему завершению. В марте 2018 г. Федеральный национальный совет (Federal National Council - FNC) одобрил проект нового закона об арбитраже, основанного на принципах Типового закона ЮНСИТРАЛ. Ожидается, что данный Закон будет принят в течение 2018 г. <153>.

<153>

<https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2018/03/uae-approves-new-federal-law-on-arbitration/>
(дата посещения - 18.02.2018).

Полной противоположностью является ситуация с арбитражем в Международном финансовом центре в Дубае (Dubai International Financial Centre - DIFC), созданном в 2004 г. Очевидно, осознавая невозможность быстрого реформирования судебной системы ОАЭ, эмир Дубая решил создать Международный финансовый центр с особым статусом и правовым режимом. Так, деятельность компаний в нем регулируется нормами общего права (Англии и Уэльса); споры рассматриваются судами DIFC (суд первой инстанции и апелляционный суд) также на основании общего права. Суды DIFC имеют исключительную компетенцию по рассмотрению гражданских и коммерческих споров, возникающих из контрактов, заключенных в рамках DIFC. С 2011 г. суд DIFC получил компетенцию рассматривать и иные споры при наличии соглашения сторон.

Арбитраж в DIFC регулируется специальным законом, основанным на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Арбитражные решения, после того как они прошли процедуру ратификации в суде DIFC, подлежат исполнению всеми остальными судами ОАЭ.

В Катаре до недавнего времени вопросы внутреннего и международного арбитража регулировались Гражданским и коммерческим процессуальным кодексом, который предусматривал возможность пересмотра арбитражных решений по существу, а также в связи с различными процессуальными нарушениями. Так, в 2008 г. Кассационный суд Катара вынес решение об отмене арбитражного решения ICC, несмотря на то что место арбитража находилось за пределами Катара <154>. В 2012 г. этот же суд, применив нормы национального процессуального законодательства, указал, что арбитражное решение, если оно не вынесено именем эмира Катара, является недействительным. Впоследствии, правда, применительно к арбитражному решению, вынесенному в Дохе по Регламенту ICC, Кассационный суд уточнил, что данное требование применяется только ко внутренним арбитражным решениям.

<154> **International Trading and Industrial Investment v. DynCorp Aerospace Technology**. Civil Appeal, N 33/2008.

Однако, желая улучшить репутацию на международной арене, в 2017 г. в Катаре был принят новый закон, основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

В Турции вопросы арбитража достаточно долго регулировались положениями Гражданского процессуального кодекса и были изменены в связи с принятием в 2001 г. Закона "О международном арбитраже", также основанного на Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Страны Азии. Законодательство об арбитраже стран Юго-Восточной Азии отличается большим разнообразием.

Страны и регионы, которые ранее являлись английскими колониями (Индия, Сингапур, Гонконг), безусловно восприняли традиции английского права. Так, Арбитражный ордонанс, принятый в Гонконге в 1982 г., был основан на положениях закона Англии "Об арбитраже" 1979 г. Однако впоследствии Гонконг изменил свое законодательство, инкорпорировал в него положения Типового закона ЮНСИТРАЛ. Арбитражный ордонанс, принятый в 2010 г., упростил арбитражное законодательство, а также ликвидировал различия в регулировании национального и международного арбитража <155>.

<155> Seib G., Mun C. Hong Kong // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2010 - 2011. Juris Publishing, Inc., 2010. P. 37 - 41.

Гонконг традиционно пользуется репутацией юрисдикции, дружественной арбитражу, и эта репутация сохранилась и после перехода Гонконга в состав Китая <156>. Во многом это достигается благодаря тому, что Гонконг сохранил особый статус, в том числе и прежнюю судебную систему.

<156> В 2010 - 2013 гг. в судах Гонконга было рассмотрено около 100 дел по исполнению иностранных арбитражных решений, при этом положительное решение было вынесено во всех случаях.

Другой наиболее дружественной к арбитражу юрисдикцией в Юго-Восточной Азии можно назвать Сингапур. Суды и правительство этой страны последовательно проводят политику, направленную на поддержку международного арбитража, что является составной частью политики Сингапура как крупного регионального торгового центра <157>.

<157> Thye Tan C., Cooke T., Kek K. Singapore // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2009. M., 2010. P. 73.

Законодательство Сингапура отдельно регулирует внутренний и международный арбитраж, следуя положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ. Закон "О международном арбитраже" прямо придает Типовому закону ЮНСИТРАЛ силу закона Сингапура, за исключением положений о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, которые регулируются положениями Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

В Японии до принятия в 2003 г. нового Закона "Об арбитраже" на протяжении более 100 лет действовали положения Гражданского процессуального кодекса, основанного на положениях ГПК Германии 1879 г. <158>. Новый Закон в основном базируется на положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<158> Oghigian H., Tseng I-C. Japan // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2009. M., 2010. P. 24.

Основным нормативным актом Китайской Народной Республики, регулирующим арбитраж, является Закон "Об арбитраже" 1995 г., который отражает целый ряд установившихся в международном арбитраже принципов, в частности принцип исключения юрисдикции государственных судов при наличии арбитражного соглашения <159>. Арбитражное законодательство КНР (которое, впрочем, не применяется к Гонконгу) различает внутренний арбитраж, международный арбитраж и арбитраж с иностранным элементом. В частности, различия существуют в нормах, которые касаются отмены арбитражных решений или отказа в признании и приведении в исполнение иностранных решений.

<159> Mun C., Peng S. China // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2010 - 2011. Juris Publishing, Inc., 2011. P. 37.

Наконец, в качестве страны, которая долгое время имела репутацию недружественной к арбитражу, достаточно часто называется Индия. И хотя в 1996 г. Индия приняла Закон "Об арбитраже и посредничестве", основанный на принципах Типового закона ЮНСИТРАЛ <160>, на практике это не сильно изменило общую ситуацию.

<160> Thacker Sh. Ch. 18. India // The International Arbitration Review / Ed. by J.H. Carter. Law Business Reseach, 2011.

Одной из главных проблем Индии являются сроки рассмотрения дел в судах. Так, средний срок рассмотрения гражданских дел в судах составляет 14 лет, что сводит на нет любое либеральное законодательство об арбитраже. Поскольку по традиции стороны (а также суды в случае неназначения арбитров сторонами) достаточно часто назначали в качестве арбитров бывших судей, длительные сроки рассмотрения дел в арбитраже стали также уделом и третейского разбирательства.

С целью улучшить ситуацию в 2016 г. были приняты изменения, направленные на устранение длительных сроков рассмотрения дел. Так, суды должны назначить арбитра в течение 60 дней с момента обращения. При этом они также обязаны выяснить у потенциального арбитра, обладает ли он достаточным временем для быстрого рассмотрения дела.

Кроме того, Закон установил, что арбитром необходимо принять решение в течение 12 месяцев, и этот срок может быть продлен по соглашению сторон, но не более чем на 6 месяцев. Если по истечении этого срока арбитражное решение не вынесено, арбитражное разбирательство должно быть прекращено. Правда, государственный суд может при наличии уважительной причины продлить этот срок.

Изменения также придали решениям арбитров по обеспечительным мерам такую же юридическую силу, как и аналогичным актам государственных судов.

В Таиланде Арбитражный акт был принят в 2002 г. и основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Однако арбитражная репутация Таиланда серьезно пострадала после случая, когда при осуществлении арбитражного разбирательства по Регламенту ICC с местом арбитража в Бангкоке председатель состава арбитров был оштрафован местными властями на значительную сумму. Власти Таиланда сочли, что рассмотрение спора арбитрами в Бангкоке приравнивается к выполнению ими трудовых функций, а председатель состава арбитров не имел соответствующего разрешения на работу в Таиланде и был оштрафован за нарушение иммиграционного законодательства.

Глава 6. КОМПЕТЕНЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

6.1. Общие правила определения компетенции международного коммерческого арбитража

До начала разбирательства дела по существу международный коммерческий арбитраж должен решить вопрос о своей компетенции - определить объем и характер своих полномочий в отношении переданного спора. **Компетенция** международных коммерческих арбитражей - это совокупность их полномочий по разрешению спора по существу, а также полномочий по ведению разбирательства, гарантирующих при разрешении дела выполнение требований справедливой процедуры.

Соглашаясь на разбирательство дела в арбитраже, стороны приводят в действие правовые нормы, наделяющие арбитров компетенцией - полномочиями по рассмотрению спора и вынесению обязательного решения. Принято считать, что компетенция арбитров основывается на праве, применимом к арбитражному соглашению, праве места арбитража и праве государства, в котором признается и приводится в исполнение арбитражное решение.

Основной источник компетенции международного коммерческого арбитража на рассмотрение конкретного спора - это арбитражное соглашение. **Объем компетенции (полномочий) третейского суда произведен от объема (пределов) арбитражного соглашения.** Третейские суды вправе рассматривать дела, возникающие из конкретного правоотношения, определенного арбитражным соглашением, поэтому решение, вынесенное по спору, выходящему за его пределы, не может порождать правовых последствий. Превышение полномочий арбитрами при разрешении спора влечет либо отмену арбитражного решения, либо отказ в его признании и приведении в исполнение.

Реформа арбитража в России позволила снять целый ряд вопросов, касающихся толкования объема арбитражного соглашения исходя из использованных сторонами формулировок. В настоящее время арбитражное соглашение по спору, возникающему из договора или в связи с ним,

распространяется на любые сделки между сторонами третейского соглашения, направленные на исполнение, изменение или расторжение указанного договора. Кроме того, арбитражная оговорка в договоре распространяется также на любые споры, связанные с заключением такого договора, его вступлением в силу, изменением, прекращением, действительностью, в том числе и с возвратом сторонами исполненного по договору, признанному недействительным или незаключенным, если иное не следует из самого арбитражного соглашения (ст. 7 Закона о МКА).

Полномочия арбитров, а также условия и порядок совершения арбитрами процессуальных действий нормативно закрепляются в источниках правового регулирования арбитража, и прежде всего в национальном законодательстве. Положения, определяющие объем и содержание полномочий третейского суда, содержатся также в правилах постоянно действующего арбитражного учреждения или правилах арбитража **ad hoc**. Нормативное закрепление позволяет признавать действия арбитров в рамках компетенции в качестве юридических фактов. Арбитражное соглашение рассматривается как источник компетенции, основание для предоставления арбитрам полномочий по разрешению конкретного гражданского спора. Отметим, однако, что стороны свободны в предоставлении арбитрам прав и возложении на них обязанностей до тех пор, пока такие права и обязанности не противоречат императивным правовым нормам. Только сами стороны могут согласиться на истребование арбитрами доказательств, разрешение дела и вынесение обязательного решения, применение обеспечительных мер в отношении предмета спора и т.д. Изложенные обстоятельства отражают **роль арбитражного соглашения и правил арбитража в определении компетенции третейского суда**.

Оценивая роль соглашения сторон как источника компетенции арбитража, особо следует сказать о полномочиях состава арбитров действовать в качестве **amiable compositeur** или решать спор **ex aequo et bono**. Напомним, что компетенцией решать спор по справедливости, действовать в качестве **amiable compositeur** стороны могут наделить арбитров только своим соглашением. Компетенция арбитража решать спор по справедливости не должна вступать в противоречие с соображениями публичного порядка.

В качестве источника компетенции международного коммерческого арбитража нередко рассматривается арбитражный договор. **Арбитражный договор** - это соглашение сторон и арбитров об осуществлении деятельности по рассмотрению и разрешению споров. Он связывает стороны и арбитров и является основанием для возмещения сторонами расходов, возникающих у третейских судей в связи с рассмотрением дела. Арбитражный договор не заключается в письменном виде как отдельный документ, однако это не влечет его недействительности.

При оценке компетенции третейских судов необходимо исходить из договорного характера подчинения сторон компетенции третейских судов и, соответственно, договорного характера определения объема такой компетенции. Подчеркнем еще раз: объем компетенции (полномочий) международного коммерческого арбитража произведен от объема (пределов) арбитражного соглашения. Это обстоятельство чрезвычайно важно для правоприменительной деятельности, в том числе для решения арбитрами вопроса о собственной компетенции и для осуществления государственными судами ряда контрольных полномочий.

Органы, уполномоченные на решение вопроса о компетенции арбитража. Принято считать, что вопрос о компетенции международного институционального арбитража может стать предметом исследования трех разных органов. Во-первых, решения об отсутствии очевидных препятствий к принятию спора для администрирования, о назначении арбитров, об определении размера аванса на покрытие арбитражных расходов принимает администрирующий орган. Данная концепция получила название **prima facie jurisdiction**, или компетенция "**на первый взгляд**", т.е. разрешение вопроса о компетенции без полноценной оценки материалов дела и позиций сторон. Во-вторых, после передачи дела составу арбитров последний уполномочен решить вопрос о наличии у него компетенции на разрешение спора. В-третьих, вопрос о наличии компетенции может быть разрешен соответствующим государственным судом по месту арбитража <1>.

<1> Зыков Р.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М., 2014. С. 105.

В современном мире основным становится право арбитража решать вопрос о своей компетенции. Третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения (в российском законодательстве см. ст. 16 Закона о МКА). В ст. V Европейской конвенции 1961 г. содержится правило о том, что арбитраж, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции или о наличии или действительности арбитражного соглашения или сделки, составной частью которой это соглашение является, с тем, однако, что указанное решение арбитража может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда. Это правило известно как принцип "компетенции-компетенции" и наряду с принципом автономности арбитражного соглашения нашло закрепление в международных соглашениях, законодательстве многих стран мира, регламентах крупнейших арбитражных центров.

Принцип "компетенции-компетенции" ограничивает вмешательство государства в арбитраж, препятствует рассмотрению государственными судами вопроса о компетенции арбитража до того момента, пока он не разрешен арбитрами самостоятельно. В этом смысле данный принцип является правилом хронологического приоритета. Арбитры рассматриваются не как единственные, а как первые лица, принимающие решение по вопросу о компетенции международного коммерческого арбитража на рассмотрение спора сторон. Право третейского суда на принятие постановления по вопросу о своей компетенции основано на нормах законодательства, что дает арбитрам возможность преодолеть утверждения о недействительности арбитражного соглашения.

Виды компетенции арбитража. Учеными выделяется две формы компетенции арбитража - объективная и субъективная. Объективная компетенция арбитража устанавливает, может ли спор в принципе быть предметом арбитражного разбирательства, другими словами, арбитрабелен ли такой спор. Субъективная же компетенция определяет наличие и объем полномочий состава арбитров в отношении конкретного спора, переданного на его рассмотрение. Считается, что субъективная компетенция арбитража строится на четырех ключевых элементах: компетенции в отношении предмета спора (объекта спора); компетенции в отношении сторон арбитражного соглашения (субъектов спора); компетенции в отношении организации арбитражного процесса; компетенции в отношении определения средств защиты поправных прав сторон спора <2>.

<2> Зыков Р.О. Указ. соч. С. 112.

Кроме того, принято различать предметные и функциональные полномочия арбитражей. Поскольку целью деятельности международных коммерческих арбитражей является разрешение споров о праве, для достижения этой цели арбитры наделяются полномочиями, совокупность которых и образует **функциональную компетенцию международных коммерческих арбитражей**. Содержание функциональной компетенции составляют полномочия по принятию искового заявления к рассмотрению, истребованию от ответчика отзыва на исковое заявление, полномочия по проведению разбирательства дела в заседании третейского суда, полномочия по принятию обеспечительных мер, по вынесению решения и т.д. Полномочия международных коммерческих арбитражей по осуществлению своих функций в отношении определенного в законе круга объектов (споров гражданско-правового характера, в отношении которых имеется действительное арбитражное соглашение) составляют их **предметную компетенцию**.

Правила определения предметной компетенции международных коммерческих арбитражей. Действует этот механизм посредством указания на определенные критерии, в зависимости от которых конкретные дела поступают на разрешение определенных в законе органов. Для разграничения гражданских дел между государственными судами и международными коммерческими арбитражами критерии применяются комплексно.

Дело относится к предметной компетенции международного коммерческого арбитража при наличии **одновременно** следующих критериев (признаков):

- 1) допустимости передачи спора в арбитраж, основанной на характере спорного правоотношения;

- 2) допустимости передачи спора в арбитраж, производной от субъектного состава участников дела;
- 3) наличии действительного арбитражного соглашения;
- 4) спорного характера дела.

Первый из названных критериев применяется для разграничения дел между третейскими и государственными судами. Допустимость передачи дела на рассмотрение арбитража, основанная на характере спорного правоотношения, - это так называемая объективная арбитрабельность.

В международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей. В случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться споры с участием иностранного инвестора в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

Гражданско-правовой характер спора как критерий его возможного разрешения в арбитраже подразумевает, что споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, а также дела, рассматриваемые в порядке особого производства, не отвечающие традиционным признакам споров о праве (например, дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, и др.) не могут быть переданы на рассмотрение в третейский суд <3>.

<3> Подробнее см.: Постановление КС РФ от 26.05.2011 N 10-П.

Ограничение круга споров, допустимых на передачу в арбитраж, осуществляется федеральными законами. Не могут рассматриваться международными коммерческими арбитражами споры, связанные с защитой патентных прав, некоторые категории споров из отношений, возникающих на рынке ценных бумаг, дела о банкротстве. Таким образом, отдельные категории споров, возникающих из гражданско-правовых отношений, изымаются законодателем из компетенции международных коммерческих арбитражей.

Второй критерий основан на субъектном составе участников дела. Так, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться споры, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей.

Допустимость передачи спора на рассмотрение третейского суда, производная от субъектного состава участников дела, - это субъективная арбитрабельность. Как справедливо отмечает Н.Ю. Ерпылева, субъективная арбитрабельность суть порождение как материальной, так и процессуальной правосубъектности лица <4>. На ее основе разграничиваются дела как между третейскими и государственными судами, так и между внутренними и международными коммерческими арбитражами.

<4> Ерпылева Н.Ю. Международные арбитражные соглашения: понятие, виды и основания действительности // Юрист. 2010. N 2. С. 60.

Национальное законодательство может определять условия допустимости передачи конкретных дел в международный коммерческий арбитраж в зависимости от субъектного состава его участников. Так, например, в третейский суд могут быть переданы экономические споры в области использования и охраны природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов, а также имущественные споры, связанные с возмещением вреда, причиненного природным лечебным ресурсам, лечебно-оздоровительным местностям и курортам, тогда, когда сторонами спора выступают организации, являющиеся юридическими лицами, и граждане-предприниматели.

Рассматриваемый критерий допустимости передачи спора на рассмотрение международного коммерческого арбитража применяется только совместно с объективной арбитрабельностью. Справедлив вывод О.Ю. Скворцова о том, что третейскому суду по общему правилу безразличен правовой статус участников третейского разбирательства при условии, что материальные отношения между ними носят гражданско-правовой характер <5>.

<5> Скворцов О.Ю. Публичный элемент в споре и арбитрабельность // Третейский суд. 2014. N 4. С. 82 - 83.

В соответствии с третьим критерием в международный коммерческий арбитраж споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, могут передаваться по соглашению сторон. Именно существование между сторонами действительного арбитражного соглашения является основным критерием, определяющим компетенцию по рассмотрению дела третейским судом. С его помощью также разграничиваются дела между третейскими и государственными судами. Подчеркнем, что в качестве основания для отнесения дела к компетенции третейского суда может рассматриваться только действительное и исполнимое арбитражное соглашение.

И, наконец, последний, четвертый критерий: на разрешение в международный коммерческий арбитраж могут передаваться только спорные дела - споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей; споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей. В международном коммерческом арбитраже не могут рассматриваться бесспорные дела, в том числе дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение.

Таким образом, международным коммерческим арбитражем рассматриваются дела, в отношении которых имеется действительное и исполнимое третейское соглашение, по спорам сторон, возникающим из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей, либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей (ч. 3 ст. 1 Закона о МКА).

6.2. Теория арбитрабельности

6.2.1. Понятие арбитрабельности и способы ее определения

Арбитраж - частный по своему генезису способ разрешения правовых споров. При этом совершенно очевидным является право законодателя определять, какие дела могут, а какие не могут становиться предметом арбитражного разбирательства. Широкие формулировки закона потребовали от судов и ученых создания механизма, позволяющего решить вопрос о допустимости рассмотрения арбитрами конкретного спора. Этот правовой инструмент известен в доктрине как арбитрабельность (**arbitrability**).

В общем виде **арбитрабельность** - это допустимость передачи спора на разрешение международного коммерческого арбитража. С одной стороны, допустимость - это возможность, с другой - ограничение. Принято считать, что арбитрабельность **ограничивает** полномочия состава арбитров и право сторон в отношении того, какой вопрос может быть разрешен в арбитраже. В этом смысле ограничения могут возникнуть только из норм национального права, нацеленных на защиту общих социальных и экономических интересов государства <6>.

<6> Pamboukis H. On Arbitrability: the Arbitrator as a Problem Solver // Arbitrability: International & Comparative Perspectives / Ed. by L. Mistelis, S. Brekoulakis. Alphen aan den Rijn, 2009. P. 122 - 123.

Многие исследователи при описании арбитрабельности в своих рассуждениях отталкиваются от обратного - от указания того, какие дела не могут передаваться в арбитраж, т.е. являются неарбитрабельными. Определение арбитрабельности происходит следующим образом: от общего круга дел, допустимых к передаче в арбитраж (обычно это экономические споры гражданско-правового характера), по соображениям публичного порядка отсекаются споры, в которых присутствует "чувствительный" для общества элемент. В странах общего права неарбитрабельными те или иные споры признают, как правило, суды. В странах континентального права изъятия из сферы арбитрабельных дел закрепляются в законе.

Круг дел, допустимых к передаче в арбитраж, - результат согласования частных и публичных интересов. Вне зависимости от конкретной страны арбитрабельные споры всегда касаются только тех прав, которыми стороны могут свободно распоряжаться, а дела о защите неотчуждаемых прав не могут становиться предметом арбитражного разбирательства.

Европейский и американский подходы к арбитрабельности несколько расходятся. В европейской традиции правила арбитрабельности - это основанный на соображениях публичного порядка комплекс норм национального законодательства, определяющий допустимость передачи споров на разрешение международных коммерческих арбитражей. Американские специалисты традиционно опираются на доктрину "неарбитрабельности" (**non-arbitrability doctrine**), которая является аналогом правовой конструкции объективной арбитрабельности. Доктрина "неарбитрабельности" рассматривает особый и ограниченный тип неисполнимости действительного арбитражного соглашения. Когда арбитражное соглашение является недействительным в силу порока воли, несоответствия формальным требованиям, принуждения или ошибки, оно не становится обязательным и не может быть исполнено против воли сторон при любых обстоятельствах. Напротив, доктрина "неарбитрабельности" устанавливает, что действительное арбитражное соглашение не может обрести юридической силы применительно к конкретному спору или существу дела. Акцент при анализе делается на конкретном споре или требовании, а не на условиях соглашения сторон об арбитраже <7>. В этом смысле арбитрабельность принято рассматривать как **внешний фактор, ограничивающий эффективность арбитражного соглашения**. Отметим, что некоторыми авторами арбитрабельность рассматривается даже как элемент действительности арбитражного соглашения.

<7> Born G. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 769.

Основанная на признаках юридического дела арбитрабельность - это юридическое дозволение, определяющее возможность его передачи для рассмотрения и разрешения в арбитраж, а также общее условие признания компетенции состава третейского суда на рассмотрение спора определенной категории. Арбитрабельность отражает согласие государства на признание результатов деятельности арбитражей, которое формализуется либо законодателем, либо судами. В этом смысле арбитрабельность является продуктом национального права. Современные исследователи ставят вопрос шире. По некоторым оценкам, арбитрабельность является многогранной и многоцелевой концепцией, динамику которой, несмотря на ее национальное происхождение, определяет международное право. Арбитрабельность устанавливает категории споров, которые могут быть перемещены из сферы, связанной с арбитражем, в область исключительной юрисдикции национальных судов <8>.

<8> Mistelis L. Arbitrability - International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue? // Arbitrability: International & Comparative Perspectives / Ed. by L. Mistelis, S. Brekoulakis. Alphen aan den Rijn, 2009. P. 7.

В литературе справедливо отмечается, что арбитрабельность, по существу, является вопросом национального публичного порядка. Как содержание публичного порядка может различаться в разных странах, так и арбитрабельность конкретного спора может существенно меняться в зависимости от юрисдикции <9>. В России, Франции, Бельгии, Испании, Индонезии, многих странах Среднего Востока, Африки и Латинской Америки, государствах, воспринявших Типовой закон ЮНСИТРАЛ, законодателем споры, как правило, четко разделены на арбитрабельные и неарбитрабельные. Ключевым становится

разграничение между тем, какие права допускаются, а какие нет для свободного распоряжения сторонами, другими словами, между делами, в которых общественный (государственный) интерес в достижении определенного результата таков, что правила, направленные на достижение этой цели, не могут быть изменены соглашением сторон (отношения, регулируемые сверхимперативными нормами) и делами, в которых не затрагиваются отношения, регулируемые сверхимперативными нормами <10>. В Италии, Швейцарии, Нидерландах на разрешение арбитража стороны могут передать споры, касающиеся прав, которыми они могут свободно распоряжаться, за исключением дел, передача которых в арбитраж прямо запрещена законодательством. Отметим, что общие формулировки закона, допускающие рассмотрение в арбитраже споров, по которым стороны могут заключать соглашение (как, например, в Бельгии) или использовать другие примирительные процедуры, становятся не всегда удобными для практического применения.

<9> Baron P., Liniger S.A. Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany // Arbitration International. 2003. N 1. P. 27.

<10> Varady T., Barcelo J., Mehren A. von. International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective. St. Paul, 1999. P. 220.

В США и Великобритании определение круга дел, допустимых к рассмотрению в арбитраже, осуществляется прецедентным правом через установление изъятий (исключений) из общей арбитрабельности споров. Так, в США во второй половине XX в. судами были установлены ограничения свободы сторон на передачу в арбитраж отдельных категорий дел, в частности в тех сферах, которые традиционно рассматривались как находящиеся в исключительной юрисдикции федеральных судов и судов штатов. Как итог, определенные виды споров, прежде всего те, которые включают существенный публичный интерес, были признаны неарбитрабельными <11>. В странах СНГ порядок определения арбитрабельности спора в целом аналогичен российскому.

<11> Baron P., Liniger S. Op. cit. P. 29.

Хотя далеко не во всех правовых системах прямо установлено, что любые споры, включающие экономический интерес, являются арбитрабельными, очевидным становится вывод о том, что вопросы, которые не имеют экономического содержания, являются неарбитрабельными <12>. Ограничения арбитрабельности в первую очередь относятся к вопросам реализации субъектами правоотношений прав, которыми они не могут свободно распоряжаться, как правило в делах, возникающих в "чувствительных" для общества сферах (например, в области антимонопольного регулирования, интеллектуальной собственности и корпоративного управления, в делах о банкротстве). Стоит отметить, что перечень ограничений объективной арбитрабельности весьма типичен. Так, например, в Хорватии в исключительной юрисдикции национальных судов находятся споры, предметом которых являются права на недвижимое имущество, воздушные суда и корабли, объекты военного назначения, некоторые категории корпоративных споров, дела о банкротстве. Отмечаются сомнения и в отношении арбитрабельности дел, связанных с интеллектуальной собственностью <13>.

<12> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 339.

<13> Подробнее см.: Uzelac A. (In)Arbitrability and Exclusive Jurisdiction: Parallels that Matter // International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution / Ed. by S. Kröll, L. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers. Alphen aan den Rijn, 2011. P. 461.

По некоторым оценкам, "ограничение автономии воли сторон может быть обоснованным в исключительных случаях и не должно становиться правилом" <14>. Вместе с тем право законодателя очертить круг арбитрабельных дел, исключив из него споры, которые затрагивают интересы всего общества, являются "чувствительными" с точки зрения публичного порядка, не должно рассматриваться

как произвольное ограничение автономии воли сторон. Именно в таких случаях воля сторон правоотношения уже не является абсолютной. Свобода участников гражданского оборота в выборе способа разрешения их спора заканчивается там, где начинается свобода связанных с таким отношением субъектов.

<14> Mistelis L. Op. cit. P. 4.

В доктрине различается арбитрабельность в **широком** и **узком** смыслах. Арбитрабельность в узком понимании - это категории споров, которые могут быть переданы на рассмотрение арбитража. Спор признается арбитрабельным тогда, когда его объект может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с применимым законом. Именно в этом значении арбитрабельность спора становится условием признания и приведения в исполнение арбитражных решений либо сохранения такими решениями юридической силы в рамках процедуры их оспаривания. В широком смысле понятием "арбитрабельность" заокеанские ученые стали обозначать вопросы, связанные с существованием и действительностью арбитражного соглашения, а также вопросы основанной на нем компетенции состава арбитров. Поводом для этого стало вынесенное в 1995 г. Верховным судом США решение по делу **First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan**, в ходе рассмотрения которого американские суды столкнулись с проблемой того, может ли арбитрами решаться вопрос об арбитрабельности спора, производной от наличия между сторонами арбитражного соглашения. Концепция широкого смысла понятия арбитрабельности в настоящее время не находит большого количества сторонников среди правоведов и подвергается критике.

Принято также различать **объективную** и **субъективную арбитрабельность**, которые будут подробно рассмотрены далее. Объективная арбитрабельность связана со свойством дела и определяет допустимость рассмотрения в арбитраже определенных категорий дел. Субъективная арбитрабельность - это возможность заключения арбитражного соглашения некоторыми субъектами гражданских правоотношений. В доктрине под объективной арбитрабельностью также понимается возможность заключения арбитражного соглашения в отношении предмета спора, субъективная арбитрабельность - это способность стороны к заключению арбитражного соглашения (что рассматривается в целом как аналог соответствующей процессуальной дееспособности) <15>.

<15> Ерпылева Н.Ю. Международный коммерческий арбитраж: институционно-нормативный механизм правового регулирования // Законодательство и экономика. 2011. N 1. С. 42.

Помимо прочего, механизм, позволяющий решить вопрос о допустимости рассмотрения арбитрами конкретного спора, - это еще и сугубо практический инструмент. Кто и как определяет арбитрабельность спора? Прежде всего это арбитры, рассматривающие дело. Именно они первыми оценивают арбитрабельность спора с учетом того права, о применении которого договорились стороны. Очевидно, что арбитры должны принимать во внимание нормы об арбитрабельности государства - места арбитража (в противном случае арбитражное решение может быть отменено по месту вынесения), а также государства, в котором предполагается исполнение арбитражного решения. Напомним, что целью арбитров является вынесение юридически действительного и исполнимого решения. Арбитрабельность спора оценивается и судами. По месту арбитража суды проверяют, может ли спор быть предметом арбитражного разбирательства при обращении одной из сторон арбитража в суд, несмотря на арбитражное соглашение; при оказании содействия международным коммерческим арбитражам, а также при рассмотрении заявлений об отмене арбитражных решений. Кроме того, арбитрабельность спора оценивается судами при рассмотрении заявлений о признании и приведении в исполнение арбитражных решений. Хотя нормы об арбитрабельности адресованы арбитрам и государственным судам, в первую очередь такие правила должны учитываться сторонами спора при заключении арбитражного соглашения.

Отметим, что в международной практике принято исходить из **презумпции арбитрабельности спора** при ее определении.

Арбитрабельность в российской доктрине. Институт арбитрабельности был заимствован российской юридической наукой для обозначения допустимости передачи в арбитраж определенных

категорий гражданских дел для рассмотрения и разрешения по существу. Впервые о нем написал в своих работах С.Н. Лебедев <16>, а необходимость применения арбитрабельности для обозначения предметной компетенции третейских судов была обоснована О.Ю. Скворцовым <17>. Современными российскими авторами исследования в этой сфере активно продолжаются <18>.

<16> Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. Международные конвенции, соглашения и другие документы по вопросам арбитража. М., 1979.

<17> Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России... С. 386.

<18> См., например: Минаева А.И. Арбитрабельность: теория и практика международного коммерческого арбитража. М., 2014.

Интеграция механизма арбитрабельности потребовала его соотнесения с существующими правовыми конструкциями. Какова же природа арбитрабельности? Прежде всего арбитрабельность - это юридическое дозволение, правовое средство, обеспечивающее свободу действий участников гражданского оборота по передаче возникшего между ними спора в арбитраж для рассмотрения и разрешения. С.С. Алексеев отмечал, что дозволение в праве - это субъективное юридическое право и ему свойственно все то, что присуще субъективным юридическим правам. В то же время для юридического дозволения (в строгом смысле этого слова) характерна не просто мера возможного поведения, а преимущественно такая мера, которая состоит в просторе собственного поведения, в возможности проявить свою собственную активность, реализовать свой интерес <19>. Определяя допустимость передачи конкретных видов споров на рассмотрение международного коммерческого арбитража, национальный законодатель определяет меру возможного поведения, наделяет участников гражданского оборота субъективными правами.

<19> Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М., 1989. С. 54.

Принятие сторонами решения о передаче возникшего между ними спора на рассмотрение международного коммерческого арбитража - это уже проявление принципа диспозитивности, в силу которого, как известно, граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе, свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Данный принцип распространяется и на процессуальные отношения. В этой связи справедливо: "Принципы автономии воли и свободы договора являются одними из наиболее фундаментальных принципов международного арбитража. Вместе с тем беспредельной свободы выбора не существует, в том числе в области арбитража" <20>.

<20> Uzelac A. Op. cit. P. 455.

О.А. Красавчиков подчеркивал, что диспозитивность, подобно иным правовым явлениям, не представляет собой какого-то естественного свойства лица. Диспозитивность - свойство социальное, которым наделяет граждан и другие субъекты права закон. Вне закона, помимо него, ни граждане, ни юридические лица не могут стать носителями диспозитивности, а в силу этого приобретать, осуществлять или распоряжаться своими правами <21>. Именно законодатель определяет границы реализации диспозитивности, круг тех дел, которые стороны могут передать на рассмотрение международного коммерческого арбитража. Подчеркнем еще раз: **арбитрабельность - это юридическое дозволение**.

<21> Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Категории науки гражданского права. Избранные труды: В 2 т. М., 2005. Т. 1. С. 64.

Допустимость передачи определенных споров на разрешение арбитража и, как следствие, признание итоговых решений арбитража по таким спорам - это решение национального законодателя, которое принимается с учетом экономических, политических и социальных приоритетов государства. Конституционный Суд Российской Федерации указал, что реализация принципа диспозитивности не затрагивает право федерального законодателя определять (исходя из необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов) перечень видов споров, которые могут быть переданы на рассмотрение третейского суда в зависимости от их социальной значимости, конкретных условий развития гражданского оборота и социально-экономической системы в целом, укоренения правовых начал рыночного хозяйства, правовой культуры и других факторов, и вносить в этот перечень изменения <22>.

<22> Постановление КС РФ от 26.05.2011 N 10-П.

Цель ограничения круга арбитрабельных споров - защита публичных интересов. Считается, что концепция арбитрабельности обязана своим появлением действию императивных и сверхимперативных норм, которые образуют фундаментальные правовые начала (принципы), обладающие высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью; составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства, т.е. составляют публичный порядок государства <23>. В этом аспекте арбитрабельность является **правовым механизмом, обеспечивающим защиту публичных интересов** как на этапе выбора сторонами формы защиты своих прав и законных интересов, так и на этапе решения вопроса о включении итогового арбитражного решения в национальный правопорядок. Арбитрабельности также отведена особая роль в международном коммерческом арбитраже. Справедливо отмечается, что она принадлежит к широкой категории значимых норм, цель которых - признавать и давать эффект внешним, иностранным правоотношениям <24>.

<23> Куделич Е.А. Арбитрабельность: в поисках баланса между частной автономией и публичным порядком // Закон. 2014. N 4. С. 94.

<24> Pamboukis H. Op. cit. P. 122.

Критерии арбитрабельности не тождественны рассмотренным ранее критериям (признакам) предметной компетенции международного коммерческого арбитража. **Критерии арбитрабельности** - это признаки, определяющие допустимость разрешения спора международными коммерческими арбитражами. При их наличии дела могут разрешаться органами негосударственной гражданской юрисдикции - арбитражами с соблюдением ряда других требований. Неслучайно законодатель формулирует нормы об арбитрабельности как дозволение. Судами было отмечено, что эти нормы устанавливают общие критерии арбитрабельности споров, которые могут передаваться на рассмотрение третейского суда, функционирующего в форме международного коммерческого арбитража <25>.

<25> Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 N 2572/13 по делу N A27-7409/2011 // СПС "КонсультантПлюс".

Нормы об арбитрабельности характеризуются высоким уровнем обобщения. Закрепленные ими критерии позволяют ответить на вопрос о том, допускается ли передача дел определенной категории на рассмотрение и разрешение международного коммерческого арбитража. Перспективным для практического применения видится подход Т.Н. Нешатаевой к определению арбитрабельности конфликта. Она выделяет два наиболее распространенных способа: разрешительный, когда в законе перечисляются виды спорных правоотношений, которые позволяет урегулировать арбитражу, и ограничительный (или исключаящий), когда в законе прямо перечисляются виды споров, которые законодатель не позволяет рассматривать в арбитраже. Как правило, оба метода - разрешительный и ограничительный - сочетаются в одном законе, или их сочетание выводится на основе анализа нескольких законодательных актов. Можно согласиться с Т.Н. Нешатаевой в том, что чем определеннее законодатель разрешает или запрещает участникам экономических отношений (или арбитражам) прибегать к арбитражной процедуре, тем

эффективнее работает вся система урегулирования экономических конфликтов <26>.

<26> Нешатаева Т.Н. Решения Европейского суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику. М., 2013. С. 265.

Обобщая сказанное выше, отметим, что формируемая признаками юридического дела арбитрабельность - это юридическое дозволение, определяющее возможность его передачи для рассмотрения и разрешения в арбитраж, а также общее условие признания компетенции международного коммерческого арбитража на рассмотрение спора определенной категории. Правила арбитрабельности - это основанный на соображениях публичного порядка комплекс правовых норм, определяющих допустимость передачи спора на разрешение международных коммерческих арбитражей.

6.2.2. Объективная арбитрабельность

Как уже было отмечено, в теории принято различать объективную и субъективную арбитрабельность. Объективная арбитрабельность, или арбитрабельность *ratione materiae*, - это допустимость передачи спора на рассмотрение арбитража, основанная на характере спорного правоотношения. Объективная арбитрабельность связана со свойством дела, определяет принципиальную возможность рассмотрения арбитрами определенных категорий дел.

В России круг споров, передача которых в международный коммерческий арбитраж допускается, определен ст. 1 Закона о МКА. Отметим, что при определении перечня арбитрабельных дел законодателем были обозначены правила как объективной, так и субъективной арбитрабельности. Общий круг дел, допустимых к рассмотрению и разрешению международными коммерческими арбитражами, конкретизирован рядом федеральных законов. Так, Положением о МАК при ТПП РФ (является приложением к Закону о МКА) определена целая группа арбитрабельных споров, вытекающих из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового мореплавания, независимо от того, являются сторонами таких отношений субъекты российского или иностранного права.

Рассмотрим подробнее категории споров, которые согласно ст. 1 Закона о МКА допустимо передавать в арбитраж:

1. Споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей. По оценке КС РФ, гражданско-правовой характер спора выступает критерием его возможного разрешения посредством третейского разбирательства и означает, что в системе действующего правового регулирования **не допускается передача на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, а также дел, рассматриваемых в порядке особого производства**, не отвечающих традиционным признакам споров о праве (дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение, и др.). Такое ограничение сферы компетенции третейских судов связано с природой гражданских правоотношений, которые основаны на признании равенства участников, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты <27>.

<27> Постановление КС РФ от 26.05.2011 N 10-П.

Гражданско-правовые отношения, споры из которых могут быть переданы на разрешение международного коммерческого арбитража, включают, в частности, отношения по купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), распоряжению исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям, страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации.

2. Споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей. В случаях, предусмотренных международными договорами, заключенными Российской Федерацией, и федеральным законом, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться споры с участием иностранного инвестора в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей. Так, например, споры между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений о разделе продукции, могут быть переданы в арбитраж (ст. 22 Федерального закона от 30.12.1995 N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции").

В теории и на практике неоднократно возникали вопросы о соотношении круга споров, допустимых к передаче в международный коммерческий арбитраж и во внутренние третейские суды. Отметим, что в настоящее время Законом об арбитраже предусмотрено, что в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, подведомственные арбитражным судам и судам общей юрисдикции, при наличии между сторонами спора действительного арбитражного соглашения. При определении круга дел, допустимых к рассмотрению и разрешению внутренними третейскими судами, российским законодателем за основу был принят только характер спора (объективная арбитрабельность). На наш взгляд, основанные на характере спорного правоотношения общие правила, определяющие допустимость передачи спора на рассмотрение внутренних третейских судов и международных коммерческих арбитражей, должны быть едиными. Иными словами, **объективная арбитрабельность споров должна быть универсальной как для внутреннего третейского разбирательства, так и для международного коммерческого арбитража.**

Ограничения на передачу отдельных категорий споров в арбитраж. Федеральными законами устанавливаются ограничения на передачу отдельных категорий споров в международный коммерческий арбитраж. Не могут быть переданы на рассмотрение международного коммерческого арбитража дела, подведомственные арбитражным судам Российской Федерации (ч. 2 ст. 33 АПК РФ), а именно:

- дела о несостоятельности (банкротстве);
- споры об отказе в государственной регистрации, об уклонении от государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей;
- споры о защите интеллектуальных прав с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, а также споры, отнесенные к подсудности Суда по интеллектуальным правам (определены ч. 4 ст. 34 АПК РФ);
- дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений;
- дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение;
- дела о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок;
- дела о защите прав и законных интересов группы лиц;
- целый ряд дел по корпоративным спорам (предусмотренных п. п. 1 - 5 ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ);
- споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о приватизации государственного и муниципального имущества;
- споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд;
- споры, возникающие из отношений, связанных с возмещением вреда, причиненного окружающей среде.

Не могут быть переданы на рассмотрение международного коммерческого арбитража дела,

подведомственные государственным судам (ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ), а именно:

- дела особого производства;
- споры, возникающие из семейных отношений, в том числе споры, возникающие из отношений по распоряжению опекунами и попечителями имуществом подопечного, за исключением дел о разделе между супругами совместно нажитого имущества;
- споры, возникающие из трудовых отношений;
- споры, возникающие из наследственных отношений;
- споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством о приватизации государственного и муниципального имущества;
- споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд;
- споры о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью;
- споры о выселении граждан из жилых помещений;
- споры, возникающие из отношений, связанных с возмещением вреда, причиненного окружающей среде.

Неарбитрабельность споров, как правило, обусловлена особенностями правовой природы отношений, лежащих в их основе, наличием в них публичного (государственного) интереса.

6.2.3. Субъективная арбитрабельность

Если объективная арбитрабельность основана на свойствах дела, то субъективная определяется статусом участников правоотношений. Именно она допускает возможность заключения арбитражного соглашения некоторыми субъектами гражданских правоотношений. **Субъективная арбитрабельность** - юридическое дозволение указанным в законе лицам передавать споры с их участием для разрешения в арбитраж, заключая для этого арбитражное соглашение.

Субъективная арбитрабельность, или арбитрабельность **ratione personae**, касается, в частности, вопросов наделения государства и публично-правовых образований правом передачи споров с их участием в арбитраж <28>. Некоторые ученые полагают, что субъективная арбитрабельность также включает вопросы возможности участия в международном коммерческом арбитраже третьих лиц и проблемы перемены лиц в арбитражном соглашении <29>.

<28> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 313.

<29> Минина А.И. Понятие и содержание субъективной арбитрабельности // Актуальные проблемы российского права. 2014. N 6. С. 12 - 41.

Кто может передавать споры в международный коммерческий арбитраж? Прежде всего это субъекты гражданско-правовых отношений, возникающих при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей. Кроме того, это иностранные инвесторы в делах, связанных с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации, а также российские инвесторы в связи с осуществлением ими инвестиций за границей. Их юридическая способность передавать споры на рассмотрение в арбитраж сомнений не вызывает. Субъективная арбитрабельность в таком случае носит характер общего юридического дозволения, но остается правовым механизмом, обеспечивающим защиту публичных интересов.

Условия допустимости передачи конкретного спора в арбитраж в зависимости от субъектного

состава его участников определяются правом, избранным сторонами. Вместе с тем, как уже было отмечено, арбитрабельность является критерием действительности арбитражного соглашения. Поэтому при оценке субъективной арбитрабельности учитывается **lex arbitri**.

Особо стоит остановиться на вопросах субъективной арбитрабельности применительно к государству либо к иным публично-правовым образованиям, выступающим сторонами в делах, связанных с осуществлением внешнеторговых и иных видов международных экономических связей. В международной практике некоторые субъекты признаются неспособными передавать свои споры в арбитраж по причине присущего им особого статуса или выполнения ими особых функций. В первую очередь это относится к государствам, органам власти и органам местного самоуправления, организациям, выполняющим определенные публичные функции. Отметим, неспособность передавать свои споры в арбитраж связана именно с этими функциями. В данном случае мы можем говорить о правах, которыми стороны спора не могут свободно распоряжаться. Субъективная арбитрабельность становится основанной на соображениях публичного порядка механизмом ограничения допустимости передачи споров с участием определенных лиц или организаций на разрешение международного коммерческого арбитража.

Правоспособность публично-правовых образований, организаций публичного права определяется их личным законом, поэтому субъективная арбитрабельность устанавливается в первую очередь нормами соответствующего национального законодательства. Вместе с тем вопросы субъективной арбитрабельности нашли отражение и в международных соглашениях. Так, Европейская конвенция 1961 г. определяет возможность для публично-правовых юридических лиц обращаться к арбитражу. В соответствии со ст. 2 указанной Конвенции в целях разрешения в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле, юридические лица, которые по применимому к ним национальному закону рассматриваются как "юридические лица публичного права", будут иметь возможность заключать арбитражные соглашения.

Российское законодательство и международные соглашения позволяют сделать вывод о субъективной арбитрабельности применительно к государству либо к иным публично-правовым образованиям тогда, когда они выступают сторонами в инвестиционных спорах или делах, связанных с осуществлением внешнеторговых и иных видов международных экономических связей.

По критерию субъективной арбитрабельности разграничиваются дела между внутренними и международными коммерческими арбитражами. Нормы законодательства об объективной и субъективной арбитрабельности применяются комплексно. Вместе с тем дискуссионным остается вопрос о применении правил субъективной арбитрабельности судом при рассмотрении заявлений о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Подчеркнем, что способность заключать арбитражное соглашение определяется личным законом тех или иных субъектов, а не законодательством страны места исполнения арбитражного решения.

6.3. Арбитрабельность отдельных категорий споров

6.3.1. Арбитрабельность корпоративных споров

Под корпоративными спорами российское процессуальное законодательство понимает споры, связанные с созданием юридического лица, управлением им или участием в нем при условии, что соответствующее юридическое лицо является коммерческой организацией или некоммерческой корпоративной организацией (ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ). Деление всех российских юридических лиц на корпоративные и унитарные - на сегодняшний день основополагающее для российского гражданского законодательства (ст. 65.1 ГК РФ). Таким образом, определение корпоративного спора основано на сочетании предметного и субъектного критериев: предметный критерий требует, чтобы спор был связан с вопросами создания юридического лица, управлением им или участием в нем, а субъектный критерий указывает на организационно-правовые формы юридических лиц, в связи с которыми должен возникнуть спор.

Для целей решения вопроса об арбитрабельности корпоративных споров важное значение имеет классификация корпоративных споров на внутренние и внешние. Одной из сторон **внутреннего корпоративного спора** является само юридическое лицо или его органы, поэтому такой спор неизбежно

затрагивает права или законные интересы всех участников корпорации. Подобные споры противопоставляются **внешним корпоративным спорам**, которые, как правило, связаны с договорными обязательствами между отдельными участниками юридического лица или третьими лицами, их стороной не является само юридическое лицо или его органы, а потому такие споры обычно не затрагивают права или законные интересы других субъектов корпоративных отношений <30>. К внешним корпоративным спорам относятся, например, споры из договоров купли-продажи и залога акций и долей в уставном капитале, стороной которых не является само юридическое лицо.

<30> Подробнее о делении корпоративных споров на внутренние и внешние см.: Асосков А.В. Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012.

Проблема арбитрабельности приобретает особое звучание для внутренних корпоративных споров из-за того, что арбитражное решение по таким спорам будет затрагивать права или законные интересы всех участников соответствующей корпорации, а также самой корпорации. В результате, даже если соответствующий участник корпорации формально не выступал истцом или ответчиком по делу, арбитражное решение по внутреннему корпоративному спору приобретает для него свойство обязательности, а в некоторых случаях - и свойство исключительности. На эту особенность прямо обращают внимание нормы российского гражданского законодательства применительно к искам о возмещении причиненных корпорации убытков и искам о признании недействительной совершенной корпорацией сделки или о применении последствий недействительности сделки: если такой иск уже предъявлен одним участником корпорации, другие участники могут только присоединиться к ранее заявленному требованию, но не вправе самостоятельно инициировать новые тождественные требования (п. 2 ст. 65.2 ГК РФ).

Таким образом, для внутренних корпоративных споров появляется потребность в установлении особой процессуальной формы рассмотрения споров, которая гарантировала бы всем заинтересованным лицам возможность активного участия в третейском разбирательстве <31>. При отсутствии такой особой процессуальной формы законодатели ряда стран мира склонны признавать неарбитрабельными многие категории внутренних корпоративных споров.

<31> Куделич Е.А. Указ. соч. С. 94 - 111.

Яркий пример в этом отношении представляет собой германское право. До 2009 г. там преобладала точка зрения, согласно которой споры, связанные с оспариванием решений общего собрания участников в обществе с ограниченной ответственностью (GmbH), являются неарбитрабельными. Однако в 2009 г. Верховный суд Германии сформулировал основные элементы особой процессуальной формы, соблюдение которой позволяет рассматривать данную категорию внутренних корпоративных споров в третейских судах <32>. Следом за этим ведущий германский арбитражный институт (Немецкая институция по арбитражу, DIS) утвердил специальные Дополнительные правила для корпоративных споров 2009 г., содержащие подробное описание особенностей процедуры разрешения корпоративных споров этого вида <33>. Германский опыт активно использовался как в рамках российской законодательной реформы третейского разбирательства, так и при подготовке Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ.

<32> Решение Верховного суда Германии от 06.04.2009 II ZR 255/08 - так называемое решение "Арбитрабельность II" ("**Schiedsfähigkeit II**").

<33> **DIS-Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten**, вступили в силу с 15.09.2009 (<http://www.disarb.org/de/16/regeln/dis-erg%C3%A4nzende-regeln-f%C3%BCrgesellschaftsrechtliche-streitigkeit>)

en-09-erges-id5; дата посещения - 20.02.2018).

Однако вплоть до 1 февраля 2017 г. в российском законодательстве о третейском разбирательстве подобная особая процессуальная форма отсутствовала, что закрывало возможность для разрешения в арбитраже внутренних корпоративных споров. Ситуация ранее усугублялась тем, что российские процессуальные нормы не проводили различия между внутренними и внешними корпоративными спорами: все виды корпоративных споров охватывались одними и теми же правилами (ст. 225.1 АПК РФ в первоначальной редакции) и относились к специальной подведомственности государственных арбитражных судов (ст. 33 АПК РФ в первоначальной редакции). В результате сложилась преобладающая практика российских судов, в соответствии с которой все виды корпоративных споров (как внутренние, так и внешние) считались полностью неарбитрабельными.

Наибольшую известность в этой связи получил спор между г-ном Максимовым и ОАО "Новолипецкий металлургический комбинат". Первый эпизод этого длительного спора возник из договора купли-продажи акций ОАО "Макси-Групп" и преимущественно касался заверений и гарантий, которые продавец акций дал покупателю в отношении финансового состояния ОАО "Макси-Групп", а также формулы расчета покупной цены акций. Этот внешний корпоративный спор между первоначальным и новым акционерами в соответствии с арбитражной оговоркой, включенной в договор купли-продажи акций, был рассмотрен МКАС при ТПП РФ. Однако впоследствии российские государственные суды отменили вынесенное арбитражное решение, сделав вывод о неарбитрабельности всех видов корпоративных споров <34>. Конституционный Суд РФ не нашел нарушений Конституции РФ в подобном толковании норм российского процессуального законодательства <35>.

<34> Постановление ФАС Московского округа от 10.10.2011 по делу N А40-35844/11-69-311; Определение ВАС РФ от 30.01.2012 N ВАС-15384/11 // СПС "КонсультантПлюс".

<35> Определения КС РФ от 21.12.2011 N 1804-О-О, от 17.07.2012 N 1488-О // СПС "КонсультантПлюс".

Режим неарбитрабельности корпоративных споров, применявшийся до 1 февраля 2017 г., был подтвержден на уровне федерального закона, который объявил неисполнимыми все заключенные ранее 1 февраля 2017 г. арбитражные соглашения о передаче в третейский суд любых видов корпоративных споров (ч. 7 ст. 13 Закона N 409-ФЗ).

С 1 февраля 2017 г. Закон об арбитраже и новая редакция АПК РФ установили новый правовой режим для корпоративных споров и ввели детальное регулирование особой процессуальной формы рассмотрения внутренних корпоративных споров, которая позволяет существенно раздвинуть границы арбитрабельности корпоративных споров.

Для этой цели все корпоративные споры делятся на три группы. Первая группа включает **корпоративные споры, которые затрагивают существенный публичный интерес и признаются полностью неарбитрабельными**. К ним относятся споры, связанные с оспариванием ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления и должностных лиц (например, решения об утверждении проспекта эмиссии акций); споры, вытекающие из деятельности нотариусов по удостоверению сделок с долями в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью; споры, связанные с выкупом и приобретением акций самим акционерным обществом; споры по обязательным и добровольным предложениям о приобретении акций в публичном акционерном обществе; споры о созыве общего собрания участников юридического лица; споры, связанные с исключением участников юридических лиц, а также значительная часть споров в отношении хозяйственных обществ, имеющих существенное значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства в соответствии с Федеральным законом от 29 апреля 2008 г. N 57-ФЗ (ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ).

Вторая группа включает **внешние корпоративные споры, которые признаются арбитрабельными и для разрешения которых не требуется соблюдения особой процессуальной формы**. К спорам из этой группы относятся споры, связанные с принадлежностью акций и долей в

уставном капитале, установлением их обременений и реализацией вытекающих из них прав, в частности споры, вытекающие из договоров купли-продажи и залога акций и долей в уставном капитале, а также споры, вытекающие из деятельности держателей реестра владельцев ценных бумаг (пп. 2 и 6 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ). Единственное императивное требование, которое установлено для данной категории внешних корпоративных споров, - это их рассмотрение в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением (ч. 7 ст. 45 Закона об арбитраже, ч. 5 ст. 225.1 АПК РФ).

Сложность заключается в том, что Закон об арбитраже использует это выражение ("арбитраж, администрируемый постоянно действующим арбитражным учреждением") в двух различных значениях. Первое значение - это любой институциональный арбитраж, который в этом смысле противопоставляется арбитражу **ad hoc** (ч. 5 ст. 1 Закона об арбитраже). Однако такое же выражение используется и в более узком смысле для обозначения только таких институциональных арбитражей, которые получили право на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения на основании акта Правительства РФ, в то время как иные институциональные арбитражи именуются иначе - постоянно действующими третейскими судами (ч. ч. 1 и 3 ст. 44, ч. ч. 6, 13, 15 и 16 ст. 52 Закона об арбитраже). С позиций второго толкования получается, что даже внешние корпоративные споры из данной категории не могут рассматриваться иностранными институциональными арбитражами, если они не получили от Правительства РФ право на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения в порядке, установленном в ст. 44 Закона об арбитраже (при этом не имеет значения, находится ли место арбитража на территории России или за ее пределами).

Последняя, третья группа включает **внутренние корпоративные споры, которые признаются арбитрабельными при условии соблюдения особой процессуальной формы**, установленной императивными правилами Закона об арбитраже. В данную группу попадают все внутренние корпоративные споры, а также иные споры, которые были приравнены к таковым законодателем. Среди внутренних корпоративных споров следует отметить споры об обжаловании решений органов управления юридического лица; споры по искам участников юридического лица о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу; споры, связанные с созданием, реорганизацией или ликвидацией юридического лица. В эту же третью группу помещены споры, вытекающие из соглашений участников юридического лица по поводу управления этим юридическим лицом, включая споры, вытекающие из корпоративных договоров, а также споры по искам участников юридического лица о признании недействительными сделок, совершенных юридическим лицом, и (или) применении последствий недействительности таких сделок.

Для того чтобы внутренний корпоративный спор из третьей группы мог быть разрешен в третейском суде, необходимо соблюсти целый ряд императивных требований (ч. ч. 7 и 8 ст. 45 Закона об арбитраже, ч. ч. 3 и 4 ст. 225.1 АПК РФ):

- спор должен рассматриваться в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением;

- местом арбитража должна являться территория Российской Федерации;

- постоянно действующее арбитражное учреждение должно утвердить, депонировать в Министерстве юстиции РФ и разместить на своем интернет-сайте специальные правила арбитража корпоративных споров, содержание которых должно соответствовать императивным требованиям Закона об арбитраже;

- юридическое лицо, все его участники, а также иные лица, которые являются истцами или ответчиками в таких спорах (например, контрагенты юридического лица для исков об оспаривании сделок), должны выразить свое согласие на разрешение спора в соответствующем третейском суде.

Иными словами, внутренние корпоративные споры из третьей группы являются **условно арбитрабельными**: невыполнение любого из перечисленных условий делает невозможным рассмотрение такого спора в третейском суде с точки зрения российского права.

Закон об арбитраже и новая редакция АПК РФ устанавливают особую процессуальную форму только для юридических лиц, которые учреждены в Российской Федерации. Таким образом, применение данной формы не является обязательным для корпоративных споров по поводу иностранных

юридических лиц, учрежденных за пределами Российской Федерации, даже если основные активы такой иностранной компании расположены в России либо в число ее акционеров или конечных бенефициаров входят российские лица. Вместе с тем отсутствуют препятствия для того, чтобы участники корпоративных отношений в такой иностранной компании добровольно договорились о применении этой особой процессуальной формы, установленной для российских внутренних корпоративных споров (п. 3 § 2 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ).

Теперь рассмотрим более подробно саму особую процессуальную форму, установленную для внутренних корпоративных споров (и приравненных к ним споров) из третьей группы.

Прежде всего для данной категории споров возникает вопрос, каким образом возможно соблюдение требования о выражении согласия на арбитраж не только самим юридическим лицом, но и всеми участниками юридического лица (число которых может быть весьма значительным и состав которых может меняться во времени), а также иными лицами, выступающими истцами или ответчиками в подобных корпоративных спорах.

Важно обратить внимание на то, что арбитражное соглашение о передаче в арбитраж всех или части корпоративных споров может заключаться **путем включения его в устав** юридического лица (п. 8 ст. 7 Закона о МКА, ч. 7 ст. 7 Закона об арбитраже). В отступление от общих правил корпоративного законодательства устанавливается, что содержащий арбитражную оговорку устав или изменения в устав принимаются единогласно всеми участниками соответствующего юридического лица. Арбитражное соглашение не может быть заключено путем включения его в устав публичного акционерного общества, а также иного акционерного общества с числом акционеров - владельцев голосующих акций 1 000 и более.

Следует исходить из того, что арбитражная оговорка в уставе связывает не только само юридическое лицо и его участников, голосовавших за включение арбитражной оговорки, но и любых новых участников юридического лица, которые приобрели акции или доли в уставном капитале уже после включения арбитражной оговорки в устав (пп. "б" п. 3 § 3 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ). Приобретение акций и долей в уставном капитале является разновидностью сингулярного правопреемства, при котором арбитражное соглашение действует как для правопреемника, так и для его правопреемника (п. 11 ст. 7 Закона о МКА, ч. 10 ст. 7 Закона об арбитраже).

Кроме того, арбитражную оговорку в уставе также следует считать обязательной в части корпоративных прав и обязанностей для любого директора, под которым мы понимаем физическое лицо, выполняющее функции единоличного исполнительного органа (генерального директора, президента юридического лица) либо являющееся членом коллегиального исполнительного органа (правления и т.п.) или коллегиального органа управления (наблюдательного совета, совета директоров и т.п.). Как и в отношении участников, речь идет о связанности арбитражной оговоркой не только тех директоров, которые выполняли свои функции в момент включения арбитражной оговорки в устав, но и новых директоров, которые стали выполнять свои функции позднее (пп. "г" и "д" п. 3 § 3 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ). Такое решение вполне закономерно, если учитывать, что директора являются членами органов управления или контроля юридического лица, а выполнение соответствующих функций предполагает предварительное ознакомление с учредительными документами соответствующего юридического лица и выражение согласия на обязательность их положений в части, относящейся к корпоративным правам и обязанностям директора.

Согласие на разрешение корпоративных споров в арбитраже может быть выражено не только в уставе, но и любым другим допустимым способом. Например, для споров из корпоративных договоров вполне естественно помещение арбитражной оговорки в текст соответствующего корпоративного договора. Однако в данном случае не следует забывать о том, что отнесение законодателем этой разновидности споров к третьей группе условно арбитрабельных споров требует наличия согласия на арбитраж со стороны всех участников юридического лица. Поэтому при заключении корпоративного договора между отдельными (не всеми) участниками юридического лица потребуется оформить согласие на арбитраж и всех остальных участников юридического лица, которые впоследствии получат возможность присоединиться к арбитражному разбирательству, несмотря на то что они не являются сторонами соответствующего корпоративного договора. Практические сложности реализации такой громоздкой конструкции заставляют задуматься над тем, насколько обоснованным было отнесение законодателем споров из корпоративных договоров к внутренним корпоративным спорам из третьей

группы (а не к внешним корпоративным спорам из второй группы), если учитывать, что российскому корпоративному праву ближе так называемая обязательственно-правовая модель корпоративного договора <36>.

<36> Об основных различиях между континентальной (обязательственно-правовой) и англо-американской (корпоративной) моделями корпоративного договора см.: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договоров об осуществлении корпоративных прав (корпоративных договоров) // Закон. 2014. N 8. С. 31 - 42; Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014. 456 с.

Российское гражданское законодательство исходит из того, что участник юридического лица, который оспаривает совершенную корпорацией сделку или требует применения последствий недействительности сделки, действует от имени корпорации в качестве ее представителя (п. 1 ст. 65.2 ГК РФ). В теории это открывало возможность по данной категории споров (так называемых косвенных исков) считать участников юридического лица автоматически связанными арбитражными соглашениями, заключенными юридическим лицом со своими контрагентами.

Однако российский законодатель не пошел по этому пути, выбрав более сложную конструкцию обязательного выражения согласия на арбитраж не только сторонами соответствующей сделки (юридическим лицом и его контрагентом), но и всеми участниками юридического лица, имеющими право на предъявление косвенного иска. В результате, для того чтобы косвенные иски об оспаривании совершенных юридическим лицом сделок обязательно попадали в арбитраж, необходимо зафиксировать согласие на арбитраж всех вовлеченных лиц, а именно: 1) юридического лица; 2) его контрагента по сделке; 3) всех участников юридического лица (а если обеими сторонами сделки являются российские корпорации, то участников обоих юридических лиц).

В данном случае согласие на арбитраж может быть выражено в нескольких документах, формирующих в совокупности арбитражное соглашение (п. 2 § 3 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ). Например, согласие самого юридического лица и его участников выражается в уставе, а контрагент может выразить свое согласие в арбитражной оговорке, включенной в договор между ним и юридическим лицом. При отсутствии арбитражной оговорки в уставе участники юридического лица могут дать свое согласие на арбитраж и любым иным способом, например путем выражения своей воли на обязательность арбитражной оговорки из конкретного договора, заключенного между юридическим лицом и его контрагентом. Не следует забывать и о том, что российское корпоративное законодательство дополнительно наделяет правом на подачу исков об оспаривании совершенных юридическим лицом сделок членов коллегиального органа управления корпорации (наблюдательного совета, совета директоров и т.п.) (абз. 2 п. 4 ст. 65.3 ГК РФ). Согласие директоров на предъявление таких исков именно в арбитраж может следовать из арбитражной оговорки в уставе либо выражаться директорами в индивидуальном порядке.

Закон об арбитраже устанавливает целый ряд императивных положений об особой процессуальной форме разбирательства внутренних корпоративных споров, которые подлежат включению в правила арбитража корпоративных споров любого постоянно действующего арбитражного учреждения, намеренного оказывать услуги по администрированию арбитража корпоративных споров. В отличие от АПК РФ Закон об арбитраже фиксирует одинаковую процессуальную форму разбирательства внутренних корпоративных споров, не делая различий между обычной процедурой и процедурой группового иска <37>.

<37> О процедуре группового иска см. гл. 28.2 АПК РФ. Эта процедура применяется в государственных арбитражных судах для корпоративных споров, если ко дню обращения в суд к требованию заявителя присоединились не менее пяти лиц (ч. 2 ст. 225.10 АПК РФ).

Прежде всего Закон об арбитраже устанавливает гарантии получения всеми участниками юридического лица информации о предъявленном иске по корпоративному спору. Истец может не иметь доступа к информации о текущем составе участников (например, если речь идет об акционерном

обществе) либо может сознательно избегать направления уведомления отдельным участникам юридического лица. Поэтому Закон об арбитраже предусматривает, что уведомление всех участников юридического лица о предъявленном иске производится через юридическое лицо (п. 1 ч. 8 ст. 45 Закона об арбитраже). Арбитражное учреждение направляет копию искового заявления юридическому лицу в трехдневный срок с даты его получения, а юридическое лицо затем в течение следующих трех дней обязано изготовить и направить копии искового заявления всем своим участникам, а также держателю реестра владельцев ценных бумаг и (или) депозитарию, осуществляющему учет прав на эмиссионные ценные бумаги такого юридического лица (п. 3 ч. 8 ст. 45 Закона об арбитраже). Предполагается, что затем юридическое лицо информирует арбитражное учреждение об исполнении обязанности по направлению копии искового заявления всем указанным выше лицам (п. 3 § 8 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ).

В дополнение к этому арбитражное учреждение обязано в тот же трехдневный срок разместить на своем интернет-сайте информацию о подаче искового заявления по корпоративному спору (п. 2 ч. 8 ст. 45 Закона об арбитраже). Закон не уточняет перечень подлежащей размещению информации. В данном случае необходимо соблюсти баланс между эффективными гарантиями получения участниками юридического лица достаточной информации о наличии корпоративного спора, с одной стороны, и сохранением конфиденциальности арбитражного разбирательства (которая является одним из важных преимуществ арбитража в сравнении с государственными судами), с другой стороны. Правила арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ предусматривают, что размещаемая на интернет-сайте информация должна включать указание на юридическое лицо, в связи с которым возник корпоративный спор, предмет иска, истца, ответчика, а также представителя истца, под которым понимается участник юридического лица, предъявляющий иск и действующий от имени юридического лица (§ 7 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ).

Ключевым элементом особой процессуальной формы разбирательства корпоративных споров является право каждого участника юридического лица присоединиться к арбитражу. Данное право реализуется участником путем подачи в арбитражное учреждение заявления о присоединении к арбитражу (п. 4 ч. 8 ст. 45 Закона об арбитраже). В этой связи возникает вопрос о том, на какой стадии арбитражного разбирательства можно допустить присоединение новых участников. С одной стороны, установление жестких пресекательных сроков выглядит нецелесообразным, поскольку участник может подать заявление о присоединении с опозданием по уважительной причине (например, из-за задержки получения копии искового заявления от юридического лица). С другой стороны, если появление нового участника в арбитражном разбирательстве будет требовать повторения совершенных ранее процессуальных действий, то открываются широкие возможности для процессуальных злоупотреблений и бесконечного затягивания арбитража. Законодатель формулирует компромиссное правило, предоставляя каждому участнику юридического лица право на присоединение к арбитражу на любом его этапе, но одновременно указывая на то, что участник принимает арбитраж в том состоянии, в котором он находится на тот момент, и лишается права выдвигать возражения и оспаривать процессуальные действия, имевшие место до момента, когда он стал участником арбитража.

Возникает также важный вопрос о том, в каком процессуальном статусе участник юридического лица вправе присоединиться к арбитражу. Закон об арбитраже не содержит четкого ответа на этот вопрос. К сожалению, он не находит однозначного решения и при рассмотрении корпоративных споров в государственных судах <38>. Особенно сложным данный вопрос становится применительно к косвенным искам, которые предъявляются от имени юридического лица его участниками. Как отмечалось ранее, гражданское законодательство использует модель представительства, для которой было бы логичным рассматривать участника юридического лица в качестве процессуального представителя юридического лица. Однако АПК РФ предлагает использовать в данной ситуации модель разделения истца в материальном смысле (каковым выступает юридическое лицо) и в процессуальном смысле (каковым выступает его участник, предъявляющий иск) (ст. 225.8 АПК РФ). ВС РФ предлагает присоединять других участников в процессуальном статусе представителя юридического лица или третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, в зависимости от согласия или несогласия этих участников с первоначально заявленными исковыми требованиями <39>.

<38> Изложение различных точек зрения по данному вопросу см.: Моисеев С.В. Процессуальное положение корпораций и лиц, обращающихся в защиту их прав // Законы России: опыт, анализ, практика.

<39> Пункт 32 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25 // СПС "КонсультантПлюс".

Однако рекомендованная ВС РФ государственным судам модель выбора между несколькими возможными процессуальными статусами по выбору самого участника требует введения специальных процедур изменения такого процессуального статуса для ситуаций, когда участник по ошибке или вследствие умышенного злоупотребления делает неверный выбор в заявлении о присоединении. Эта проблема может стать в арбитраже особенно острой на этапе, предшествующем завершению формирования третейского суда.

С учетом этого имеет несомненные преимущества другая модель, в соответствии с которой все участники юридического лица присоединяются к арбитражу в одинаковом процессуальном статусе, который с точки зрения набора процессуальных прав и обязанностей приравнивается к статусу стороны арбитражного разбирательства. Именно такая модель заложена в § 9 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ ("заинтересованное лицо, присоединившееся к разбирательству, для целей Правил пользуется процессуальными правами и несет процессуальные обязанности стороны"). Острота данного вопроса в любом случае сглаживается, если по умолчанию весь состав третейского суда назначается арбитражным учреждением, а положения о возмещении арбитражных расходов сформулированы гибким образом и позволяют требовать такого возмещения у любого присоединившегося участника юридического лица вне зависимости от его процессуального статуса.

В целях процессуальной экономии Закон об арбитраже указывает, что каждому присоединившемуся к арбитражу участнику должны направляться письменные заявления, уведомления, постановления и решения третейского суда, в то время как вся иная корреспонденция по делу направляется только в том случае, если третейский суд считает, что данная корреспонденция важна для принятия решения этими участниками или для защиты их прав и законных интересов (п. 5 ч. 8 ст. 45 Закона об арбитраже). Участникам юридического лица, которые не воспользовались своим правом на присоединение к разбирательству, дополнительная информация по делу (за исключением копии искового заявления) не направляется. Вместе с тем, учитывая, что арбитражное решение будет обладать и в отношении таких неприсоединившихся участников свойством обязательности, логично установить возможность получения ими копии арбитражного решения при условии подтверждения ими своего правового статуса участника юридического лица (п. 2 § 19 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ).

Закон об арбитраже также устанавливает упрощенные правила для совершения распорядительных процессуальных действий: отказ от иска, признание иска и заключение мирового соглашения возможны без необходимости получения согласия всех участников юридического лица, присоединившихся к арбитражу, за исключением случая, когда какой-либо участник направит письменное возражение в течение 30 дней, а третейский суд установит охраняемый законом интерес такого участника в продолжении арбитража (п. 6 ч. 8 ст. 45 Закона об арбитраже).

Из-за множественности участников разбирательства весьма непросто может стать вопрос о формировании третейского суда. При использовании модели избрания арбитров сторонами право участвовать в таком избрании должно быть предоставлено также тем участникам юридического лица, которые не являются истцом или ответчиком, но присоединились к арбитражу на более позднем этапе. В связи с этим возникает ряд сложных вопросов.

Во-первых, всех присоединившихся к арбитражу участников необходимо разделить на две группы (условные "соистцы" и "соответчики") в зависимости от существа заявленных ими требований или возражений. Во многих случаях сделать это непросто, поскольку процессуальная позиция присоединившегося участника может не совпадать ни с позицией истца, ни с позицией ответчика. Во-вторых, учитывая, что Закон об арбитраже не устанавливает жесткого срока на реализацию участниками юридического лица права на присоединение к арбитражу, возникает потребность зафиксировать в правилах арбитража "точку отсечения", после наступления которой присоединившиеся к арбитражу участники уже не смогут воспользоваться правом на участие в формировании третейского суда. Например, Правила арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ для данной модели (которая применима только в соответствии с прямо выраженным соглашением сторон) устанавливают "точку отсечения" в 60 дней с даты размещения на интернет-сайте МКАС при ТПП РФ информации о

подаче искового заявления (п. 3 § 9). В-третьих, в соответствии с известным правилом, берущим свои истоки от знаменитого французского дела **Dutco (Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co.)**, если лица хотя бы на одной стороне (условных "соистцов" или "соответчиков") не смогут достичь соглашения по кандидатуре выбираемого ими арбитра, во избежание процессуального диспаритета арбитражное учреждение может лишиться и другую сторону права на избрание арбитра, осуществив назначение всего состава третейского суда.

Таким образом, за редкими исключениями модель избрания арбитров сторонами становится весьма громоздкой и малоэффективной для корпоративных споров, характерной чертой которых является множественность участников разбирательства. Поэтому более логично использование другой модели, в соответствии с которой весь состав третейского суда назначается арбитражным учреждением. Именно эта модель по умолчанию применяется в Правилах арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ (п. 1 § 12). В то же время стороны не лишены права договориться об ином порядке формирования третейского суда. Важно, чтобы при этом они осознавали описанные выше сложности и фиксировали в арбитражном соглашении эффективный механизм их преодоления.

Специфические процессуальные вопросы возникают и в отношении **косвенных исков**, отличительной чертой которых является предъявление иска одним лицом (участником юридического лица) от имени другого лица (юридического лица), но при наличии материально-правовой заинтересованности в исходе спора, в том числе у первого лица <40>. Несмотря на то что решение принимается в пользу юридического лица, удовлетворение иска или отказ в иске влияет на рыночную стоимость акций или долей предъявившего иск участника, а также на эффективное осуществление им права на участие в управлении корпорацией, права на получение части прибыли и/или иных корпоративных прав. По российскому праву правовой режим косвенных исков распространяется на иски участников о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу; иски участников об оспаривании совершенных юридическим лицом сделок или о применении последствий недействительности таких сделок.

<40> Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. С. 275.

Несмотря на то что в косвенном иске в качестве истца фигурирует юридическое лицо, предъявляющий иск участник пользуется процессуальными правами и несет процессуальные обязанности истца, в том числе обязанность по уплате соответствующих арбитражных сборов и расходов (§ 5 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ). Любой иной подход делал бы конструкцию косвенного иска неэффективной, поскольку зачастую менеджмент юридического лица по тем или иным причинам не заинтересован в поддержке предъявленного иска и, наоборот, стремится всеми силами предотвратить дальнейшее движение разбирательства по делу. Вполне естественно, что в последующем предъявивший иск участник будет иметь право на возмещение понесенных расходов, как если бы он выступал в качестве полноценного истца.

Российское гражданское законодательство реализует модель единого разбирательства для косвенных исков участников. Предполагается, что все тождественные требования о возмещении убытков, причиненных юридическому лицу одним и тем же ответчиком (например, директором), а равно все тождественные требования о признании недействительной одной и той же совершенной юридическим лицом сделки или о применении последствий недействительности одной и той же сделки должны рассматриваться в рамках единого разбирательства, вне зависимости от количества участников юридического лица, желающих предъявить подобные требования (п. 2 ст. 65.2 ГК РФ, п. 1 § 11 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ). Все предъявленные позднее иски с тождественными требованиями других участников юридического лица следует перекалвалифицировать в заявления о присоединении к ранее начатому разбирательству, а несколько уже начатых разбирательств подлежат объединению (п. п. 2 - 4 § 11 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ).

В рамках косвенных исков возможна ситуация, при которой одно и то же юридическое лицо имеет сразу несколько представителей, чьи позиции по делу могут быть диаметрально противоположными (например, единоличный исполнительный орган юридического лица имеет одну позицию, а предъявивший иск участник или несколько участников - другую позицию, а возможно, и несколько не полностью

совпадающих между собой позиций). Чтобы не ущемлять процессуальные права ни одного из таких представителей, все документы по делу следует направлять каждому из них. Они, в свою очередь, вправе независимо друг от друга направлять заявления и ходатайства, представлять доказательства, участвовать в слушании, а также совершать иные процессуальные действия (§ 15 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ).

Из природы косвенного иска следует, что юридическое лицо не вправе совершать распорядительные процессуальные действия (отказ от иска, признание иска или заключение мирового соглашения) без согласия предъявившего иск участника юридического лица (п. 2 § 16 Правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ). Как уже отмечалось, зачастую процессуальная позиция предъявившего иск участника не совпадает с позицией единоличного исполнительного органа юридического лица, а потому разбирательство подлежит продолжению, даже если последний настаивает на отказе от иска или заключении мирового соглашения с ответчиком.

Таким образом, подводя итог, необходимо отметить, что реформа третейского разбирательства радикальным образом изменила подход российского права к вопросу об арбитрабельности корпоративных споров и процедуре их разрешения. Если до законодательной реформы (до 1 февраля 2017 г.) в российской судебной практике преобладала точка зрения о полной неарбитрабельности всех видов корпоративных споров, то после реформы не только внешние, но и внутренние корпоративные споры были признаны арбитрабельными. Это стало возможным благодаря введению особой процессуальной формы разбирательства внутренних корпоративных споров, направленной на обеспечение эффективного участия в арбитраже как самого юридического лица, так и всех его участников.

6.3.2. Арбитрабельность споров о недвижимом имуществе

Основные проблемы арбитрабельности споров в сфере недвижимости. Исторически вопрос о возможности рассмотрения третейскими судами споров о недвижимом имуществе всегда относился к числу наиболее дискуссионных - и в дореволюционный период, и на современном этапе развития арбитража в России. Способствовали этому два обстоятельства: 1) несовершенство законодательного регулирования арбитрабельности споров; 2) сложный состав возникновения прав на недвижимое имущество.

К примеру, Кассационный департамент Правительствующего сената в решении по конкретному делу указывал: "Третейский суд не вправе разрешать дела, подлежащие ведению коронного суда в порядке охранительного или бесспорного производства, и признавать за просителем права на недвижимое имущество по давности владения этим имуществом или на основании наследственных на него прав владельца" <41>.

<41> Цит. по: Устав гражданского судопроизводства, с законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов, извлечениями из научных и практических трудов по гражданскому праву и судопроизводству (по 1 сентября 1915 года): В 2 т. / Сост. И.М. Тютрюмов. Петроград, 1916. Т. 2. С. 2050 - 2051.

Несмотря на противодействие государственных органов, споры о праве собственности, в том числе и на недвижимое имущество, всегда были в компетенции **дореволюционного третейского суда**. В 1887 г. Министерство юстиции Российской империи из-за различных злоупотреблений пыталось законодательно запретить третейским судам рассматривать дела, касающиеся недвижимого имущества. Однако законодательный орган - Государственный совет при рассмотрении этого вопроса пришел к выводу, что злоупотребления, на которые ссылается Министерство юстиции, относятся к попыткам уйти от уплаты налогов или попыткам приобретения недвижимого имущества лицами, которым запрещалось приобретать это имущество <42>.

<42> См.: Волков А.Ф. Торговые третейские суды: Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. С. 89 - 90.

Существовали, конечно, чисто юридические ограничения для рассмотрения третейским судом споров о недвижимости, но эти ограничения аналогичны нынешним. До революции третейский суд (впрочем, как и сейчас) был не вправе рассматривать дела об установлении фактов принятия наследственного недвижимого имущества, о признании движимой вещи бесхозной и признании права муниципальной собственности на бесхозную недвижимую вещь, поскольку эти дела всегда относились к компетенции коронных (компетентных) судов <43>.

<43> Устав гражданского судопроизводства с систематизированным собранием законодательных мотивов ко всем узаконениям и разъяснениям Правительствующего Сената и Министерства юстиции / Сост. В.М. Гордон. СПб., 1914. Кн. 3. С. 72.

Благодатной почвой для современного дискурса об арбитрабельности споров о недвижимом имуществе является несовершенство законодательного регулирования компетенции третейских судов при отсутствии четких критериев арбитрабельности споров.

Проблематичность закрепленного в российском законодательстве способа определения арбитрабельности заключается в "размытости" общего предметного критерия - "спору из гражданско-правовых отношений". Не снимает этой проблемы и перечисление исключений из арбитрабельности в процессуальных кодексах.

Российское законодательство не содержит общих норм, непосредственно решающих вопрос о том, какие именно гражданско-правовые споры могут передаваться на рассмотрение в третейский суд. Вместе с тем, как справедливо отмечает О.Ю. Скворцов, интерпретация гражданско-правовых отношений не имеет единства в суждениях российских юристов <44>. В литературе, посвященной третейскому разбирательству, можно найти точки зрения о необходимости как расширительного толкования категории "гражданско-правовые споры" (в значении частных), так и узкого, когда проводится отграничение гражданско-правовых правоотношений от трудовых, семейных, жилищных, земельных, экологических и т.п.

<44> Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 396.

Мировой опыт регулирования третейского разбирательства свидетельствует о том, что возможны и иные, нежели в российском законодательстве, подходы к определению арбитрабельности споров. Так, в соответствии с § 577 ГПК Австрии предметом арбитражного разбирательства могут быть любые споры, по которым стороны способны заключать мировое соглашение <45>. Это же правило закреплено шведским законом "Об арбитраже" 1999 г. <46>. Другой вариант более четкого критерия арбитрабельности - возможность разрешения "споров по поводу прав, которыми стороны могут свободно распоряжаться", - был закреплен в ст. 469 "а" ГПК Югославии, а также присутствует в ст. 469 ГПК Хорватии <47>. В ст. 3 Закона Венгерской Республики "Об арбитраже" подобный критерий звучит следующим образом: "Стороны имеют право свободно распоряжаться предметом спора" <48>. Следует отметить, что ни один из рассмотренных критериев арбитрабельности не связан с **отраслевой принадлежностью спора**, как это установлено в российском законодательстве. Ориентация на отраслевой критерий не позволяет преодолеть комплексность гражданско-правовых отношений, а также включить в "орбиту" арбитрабельных споров споры из частных (в широком смысле) отношений, что показывает недостаточную эффективность и упрощенность регулирования арбитрабельности в нашей стране.

<45> Хегер С. Законодательство Австрии о международном коммерческом арбитраже и перспективы его развития // Третейский суд. 2004. N 2. С. 50.

<46> Хвалеи В.В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. N 5. С. 59.

<47> "Бейкер и Макензи": Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной и

Восточной Европы и СНГ: Учеб.-практ. пособие / Отв. ред. А. Тынель, В. Хвалеи. М., 2001. С. 355.

<48> Там же. С. 106.

Более взвешенные подходы к определению арбитрабельности существовали в дореволюционном законодательстве России. Так, в гл. II ("О третейском суде") разд. IV кн. III Устава гражданского судопроизводства 1864 г. содержалась ст. 1367, где возможность обращения сторон в третейский суд определялась наличием у лиц права свободно владеть, пользоваться или распоряжаться имуществом: "Все лица, имеющие право свободно располагать имуществом, могут предоставлять разрешение возникших между ними споров одному или нескольким посредникам" <49>.

<49> Устав гражданского судопроизводства / Сост. В.М. Гордон. СПб., 1903. С. 664; Минц П.М. Проект новой редакции главы II раздела IV книги III Устава о гражданском судопроизводстве (О третейском суде). М., 1985. Понятие "посредник" рассматривалось в широком смысле, обозначая лиц, содействующих разрешению споров между сторонами, в том числе и третейских судей.

Как отмечал Е.А. Нефедьев, право свободного распоряжения имуществом как предпосылка права на обращение к третейскому разбирательству вытекает из права распоряжения имуществом в сфере гражданско-правовых отношений и зависит от дееспособности стороны материально-правового отношения <50>.

<50> Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 342 - 343.

И.М. Тютрюмов справедливо отмечал, что "если человек, пользующийся гражданскими правами, может произвольно располагать своим имуществом, то он тем более имеет право избрать посредника для разрешения спорного вопроса о принадлежности сего имущества" <51>.

<51> Устав гражданского судопроизводства... / Сост. И.М. Тютрюмов. С. 2037.

Еще один аспект, определяющий дискуссионную специфику арбитрабельности споров в сфере недвижимости, связан с комплексным характером возникновения вещного права как объекта гражданских прав <52>, поскольку своего рода "созревание" вещных прав связано не только с гражданско-правовыми отношениями или возможностью их установления в случае правовой неопределенности судом (третейским судом), но и с обязательным присутствием публично-правового элемента - **государственной регистрации**. В п. 2 ст. 8 ГК РФ содержится важное уточнение: права на имущество, подлежащее государственной регистрации, возникают с момента регистрации соответствующих прав на него, если иное не установлено законом.

<52> По смыслу законодательства объектами гражданских прав признаются как сами недвижимые вещи (недвижимое имущество, недвижимость), так и имущественные права на них, т.е. право собственности и другие вещные права на недвижимые вещи (право хозяйственного ведения, право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования, ипотека, сервитуты), а также другие права в случаях, предусмотренных ГК РФ и иными законами (ст. 131 ГК РФ). Согласно ст. 130 ГК РФ к недвижимым вещам (недвижимому имуществу, недвижимости) относятся земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, т.е. объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства; также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания; жилые и нежилые помещения, а также предназначенные для размещения транспортных средств части зданий или сооружений (машино-места), если границы таких помещений, частей зданий или сооружений описаны в установленном законодательством о государственном кадастровом учете порядке. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное

имущество.

При этом важно отметить, что запись в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее - ЕГРП) не является самостоятельным правовым основанием возникновения, изменения, прекращения права на недвижимое имущество, так как она сама по себе не порождает никаких гражданских прав и обязанностей в отношении недвижимого имущества. Таковым основанием является в каждом конкретном случае: сделка, ненормативный акт, судебный акт, юридический факт и др. Содержание записи в ЕГРП, определяющее содержание зарегистрированного права, условия его осуществления и т.д., повторяет, дублирует, причем в сокращенном виде, содержание правоустанавливающих документов. Запись в ЕГРП не заменяет и не подменяет существующее гражданско-правовое основание возникновения, изменения, перехода, прекращения, обременения права, т.е. не является новым основанием, в которое "перерастает" первоначальное основание. Государственная регистрация (запись в ЕГРП как юридический факт) как единственное доказательство зарегистрированного права определяет момент, когда соответствующий правообладатель получает право им распоряжаться(!). Соответственно, указанный момент приобретает характер "публично-достоверного", сведения о котором может получить любое лицо <53>. Или, по-другому, порождаемые сделкой права, их переход, изменения или обременения становятся существенными для третьих лиц с момента государственной регистрации. В предоставлении правообладателю возможности определения дальнейшей "юридической судьбы" вещного права, а значит, и самой недвижимой вещи (владение, пользование и распоряжение) состоит главное правовое значение (правовой эффект) государственной регистрации прав <54>.

<53> Концепция развития гражданского законодательства о недвижимом имуществе // Недвижимость и инвестиции. Правовое регулирование. 2003. N 1 - 2 (http://dpr.ru/journal/journal_11_13.htm; дата посещения - 24.02.2018).

<54> Так, например, в п. 60 Постановления Пленума ВС РФ N 10 и Пленума ВАС РФ N 22 от 29.04.2010 (текст см. СПС "КонсультантПлюс") говорится, что покупатель не вправе распоряжаться полученным им во владение имуществом, поскольку право собственности на это имущество до момента государственной регистрации сохраняется за продавцом.

Следовательно, своеобразная грань между частным и публичным интересом при возникновении прав на недвижимость как раз и состоит в реализации первой части сложного состава возникновения права собственности благодаря определению правообладателя решением третейского суда, которое является основанием для его государственной регистрации, т.е. осуществления второй, завершающей части сложного состава возникновения права собственности на недвижимое имущество.

Таким образом, вещные права, в том числе право собственности на недвижимое имущество, относятся к числу субъективных гражданских прав, т.е. рассматриваются законодательством о третейских судах в качестве арбитрабельных. В этой связи справедливо высказывание В.А. Мусина: "Право собственности на недвижимое имущество является одним из типичных, если не самым важным, из числа гражданских прав" <55>.

<55> Мусин В.А. Там, где кончаются споры, там кончается наука... // Третейский суд. 2005. N 3. С. 8.

Правовые дискуссии и позиции государственных судов о возможности рассмотрения третейскими судами споров о недвижимом имуществе. Отсутствие в действующем российском законодательстве четких критериев, позволяющих однозначно определить арбитрабельность передаваемых на рассмотрение в третейский суд гражданско-правовых споров, предопределило оживленную многолетнюю научную дискуссию <56> о возможности рассмотрения третейскими судами споров о недвижимом имуществе.

<56> Морозов М.Э. Подведомственность третейскому суду споров о признании права собственности // Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 185 - 187; Скворцов О.Ю. Иски о признании права собственности в практике третейских судов // Там же. С. 188 - 194; Он же. Новое дело о правах на недвижимость - повлияет ли оно на практику третейского разбирательства споров о недвижимом имуществе? // Третейский суд. 2007. N 3. С. 8 - 9; Севастьянов Г.В. Подведомственность третейскому суду споров о недвижимом имуществе: современное состояние проблемы // Закон. 2008. N 1. С. 58 - 74; Он же. О правовом нигилизме и регистрации прав на недвижимость на основании решения третейского суда // Третейский суд. 2008. N 1. С. 70 - 72; Он же. Новый конституционный источник третейского разбирательства // Третейский суд. 2011. N 3. С. 7 - 11; Он же. Росреестр против Конституционного Суда РФ // Третейский суд. 2012. N 2. С. 13 - 15.

Постановление N 10-П, в целом признавшее конституционными положения законодательства об арбитрабельности споров о недвижимом имуществе, отчасти сократило масштабы дискуссии, но не дало ответы на все вопросы теоретического и практического плана.

Современная научная дискуссия о возможности рассмотрения третейскими судами споров в сфере недвижимости началась в 2000 г. на страницах журнала "Третейский суд". Катализатором возникшей полемики послужило высказывание С.Ф. Афанасьева и А.И. Зайцева относительно практики Третейского суда при Брянской торгово-промышленной палате в области разрешения дел о признании права собственности на недвижимое имущество <57>. Анализируя практику Третейского суда при Брянской ТПП, ученые пришли к выводу, что он принимает к своему рассмотрению дела об установлении факта права собственности на недвижимое имущество, автотранспорт и т.п., хотя это противоречит действующему законодательству, в соответствии с которым третейские суды должны рассматривать лишь гражданско-правовые споры <58>.

<57> Козлов А.Ф. Обзор практики Третейского суда при Брянской ТПП (по делу N 5-ТС-2000 от 31.03.2000) // Третейский суд. 2000. N 3. С. 47.

<58> Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Спорные вопросы предметной подведомственности третейских судов // Третейский суд. 2000. N 5. С. 23 - 25.

Суть дела, которое анализируют С.Ф. Афанасьев и А.И. Зайцев, заключается в следующем. Между частным предпринимателем и ОАО в 1997 г. был заключен договор купли-продажи недвижимого имущества. Частный предприниматель произвел оплату в полном объеме и получил недвижимое имущество от ОАО по акту приема-передачи, однако своевременно не зарегистрировал надлежащим образом переход права собственности. Как следует из опубликованной по данному делу информации, право собственности на приобретенное недвижимое имущество никем не оспаривалось. С целью признания за ним права собственности и последующей его регистрации частный предприниматель обратился в третейский суд при Брянской ТПП. Из фабулы дела вытекает, что какой-либо спор относительно приобретаемого имущества отсутствовал. Частный предприниматель, обращаясь в третейский суд (по мнению авторов статьи), ставил перед собой в качестве конечной цели не разрешение спора о праве как такового, поскольку самого спора не существовало, а установление права собственности и последующую государственную регистрацию данного юридического факта в органах государственной власти и управления, а также получение правоустанавливающих документов надлежащей формы.

Осудив подобную практику, С.Ф. Афанасьев и А.И. Зайцев отметили, что третейский суд не может от имени Российской Федерации (как государства) подтверждать существование каких-либо юридических фактов, не связанных в последующем с разрешением споров о праве, поскольку третейские суды не относятся к государственной судебной системе, а следовательно, не могут предписывать государственным учреждениям регистрировать данные факты и выдавать соответствующую документацию. Установление юридических фактов - это публично-правовая функция, к тому же подобные действия третейского суда противоречат его правовой природе и действующему законодательству <59>.

<59> Афанасьев С.Ф., Зайцев А.И. Указ. соч. С. 27.

М.Э. Морозов, в целом разделяя позицию о невозможности установления в третейском суде фактов, имеющих юридическое значение, отметил, что С.Ф. Афанасьев и А.И. Зайцев тем не менее делают неверный вывод о невозможности рассмотрения в третейском суде споров о праве собственности на недвижимое имущество, в том числе по поводу обязывания регистрирующих органов на основании таких решений регистрировать право собственности; в ст. 28 Федерального закона от 21.07.1997 N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" прямо установлена возможность регистрации права на основании решения третейского суда <60>.

<60> Морозов М.Э. Еще раз о подведомственности дел третейским судам // Третейский суд. 2001. N 2. С. 25 - 26.

Как оказалось впоследствии, этим небольшим исследованием был вскрыт целый пласт теоретических и практических проблем, связанных с возможностью рассмотрения в третейском суде споров о признании права собственности на недвижимое имущество.

В обоснование возможности или невозможности рассмотрения третейскими судами споров о недвижимом имуществе приводилось большое число аргументов. Чаще всего рассматривались следующие вопросы:

- 1) о правовой природе иска о праве собственности на недвижимое имущество;
- 2) спорности/беспорности требования о признании права собственности на недвижимое имущество;
- 3) вступлении/невступлении решения третейского суда в так называемую "законную силу";
- 4) возможности получения исполнительного листа по иску о признании права собственности;
- 5) балансе частного и публичного интереса при рассмотрении споров о признании права собственности на недвижимое имущество;
- 6) абсолютном характере устанавливаемого вещного права - права собственности на недвижимое имущество;
- 7) соотношении категорий "исключительная подведомственность/компетенция" и "подведомственность споров третейскому суду/арбитрабельность";
- 8) критериях подведомственности дел третейским судам <61>.

<61> Анализ точек зрения ведущих специалистов и практиков в области процессуального права, а также существовавшей судебной практики показывает значительную поляриность подходов. Более подробно см.: Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права). СПб., 2015. С. 142 - 188.

Стоит отметить, что в российской доктрине и судебной практике до принятия Постановления N 10-П не было однозначных ответов на обозначенные выше проблемы. Поскольку вопрос о возможности рассмотрения третейским судом споров в сфере недвижимости долгое время оставался дискуссионным, а правоприменительная практика в этом вопросе не отличалась единообразием, многие правоведы сходились во мнении о необходимости выработки обобщающей позиции высшими судебными инстанциями России <62>. Однако и государственные суды до принятия Постановления N 10-П не смогли окончательно прояснить ситуацию и выработать общую позицию в рассматриваемом вопросе.

<62> См., например: Мусин В.А. Указ. соч. С. 234.

Первая рекомендация (после принятия в 2002 г. обновленного процессуального законодательства) о возможности рассмотрения третейскими судами споров в сфере недвижимости содержится в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 2004 г. <63>, где на вопрос о том, может ли решение третейского суда являться основанием для регистрации прав на недвижимое имущество, дан положительный ответ (в 2007 г. Верховный Суд РФ несколько скорректировал ответ на данный вопрос). Однако эта рекомендация так и осталась всего лишь рекомендацией и не стала руководством к действию. Практика регистрирующих органов, практика государственных судов в случае обжалования отказа регистрирующего органа в регистрации права собственности на основании решения третейского суда оставалась крайне неоднородной.

<63> Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2004 года. Ответы на вопросы (извлечения) // Третейский суд. 2005. N 3. С. 13.

Позиция Высшего Арбитражного Суда РФ в отношении практики системы арбитражных судов по вопросам третейского разбирательства (международного коммерческого арбитража) формировалась достаточно сложно. Окончательный вариант Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов появился лишь в конце 2005 г. <64>. Пункт 27 информационного письма N 96 содержал достаточно пространную формулировку, которая, с одной стороны, относилась к невозможности исполнения решения третейского суда, обязывающего регистрирующий орган зарегистрировать право собственности на недвижимое имущество, так как вопросы публично-правового характера не могут рассматриваться в третейском суде. С другой стороны, в этом же пункте (без необходимых разъяснений) констатировалось, что вопрос о праве собственности на недвижимое имущество относится к исключительной компетенции государственных судов. Первая часть вывода не вызвала никаких сомнений, будучи "аксиомой третейского разбирательства", однако вторая, ввиду своей оторванности от общего хода рассуждений, выпадала из общего контекста и вызвала серьезное недоумение.

<64> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 N 96 (официальный текст) // Третейский суд. 2006. N 1. С. 14 - 18.

Неопределенность позиции ВАС РФ отражалась на деятельности регистрирующих органов. Сложилась ситуация, когда в одних субъектах РФ государственные регистрирующие органы признавали регистрацию права собственности на основании решения третейского суда (например, в Республике Татарстан) <65>, а в других (например, в Саратовской области, Ставропольском крае, Краснодарском крае) заявители получали отрицательный ответ. В этой ситуации общую обеспокоенность положением дел выразила Федеральная регистрационная служба, которая обратилась за разъяснениями в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации. В ответном письме ВАС РФ впервые выразил свою официальную позицию по вопросам регистрации прав на недвижимое имущество на основании решения третейского суда <66>.

<65> Так, например, Управление Федеральной регистрационной службы по Республике Татарстан в ответе АНО "Третейский энергетический суд", принимая во внимание положения п. 27 информационного письма N 96, указало на возможность проведения государственной регистрации на основании решения третейского суда, которым установлено право, подлежащее государственной регистрации, и в котором отсутствует обязательное предписание в совершении какого-либо действия. Письмо УФРС по Республике Татарстан от 04.12.2006 N 06-15/24376 // Третейский суд. 2007. N 1. С. 58 - 59.

<66> Письмо ВАС РФ от 23.08.2007 N ВАС-С06/ОПП-1200 // СПС "КонсультантПлюс".

Прежде чем перейти к анализу официальной позиции ВАС РФ, необходимо отметить, что немногим ранее Конституционный Суд РФ принял Определение от 04.06.2007 N 377-О-О <67>, в котором среди прочего указал, что решение третейского суда является основанием для государственной регистрации прав на недвижимое имущество согласно ст. 28 Федерального закона N 122-ФЗ, тем самым косвенно подтвердив конституционность данной нормы. Однако ВАС РФ прокомментировал Определение КС РФ с совершенно других позиций. В частности, в письме ВАС РФ говорится, что КС РФ согласился с выводами арбитражных судов о том, "что спор в данном случае не может быть предметом третейского разбирательства, судебные акты приняты с учетом оценки фактических обстоятельств, свидетельствующих об административно-правовом характере спорных отношений". Однако КС РФ не мог прийти к такому заключению, поскольку общеизвестно, что вопросы исследования фактических обстоятельств дел, в данном случае рассмотренных арбитражными судами, не относятся к его компетенции, на что КС РФ и указал в своем Определении <68>.

<67> Определение КС РФ от 04.06.2007 N 377-О-О // Третейский суд. 2007. N 4. С. 7 - 9.

<68> Там же. С. 9.

В официальной позиции ВАС РФ, изложенной в письме N ВАС-С06/ОПП-1200, сформулированы положения, ставшие, по сути, новеллами действующего законодательства, согласно которым решение третейского суда **не может быть признано самостоятельным основанием для государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество**, а третейское разбирательство было "низведено" до уровня примирительной процедуры.

К новеллам законодательства, изложенным в рассматриваемом Письме ВАС РФ, необходимо отнести следующие его положения:

- 1) о необходимости легализации решения третейского суда в государственном суде;
- 2) публичном характере споров о правах на недвижимость, поскольку права на недвижимость необходимо регистрировать в публичном реестре;
- 3) исключительной юрисдикции государственных судов по спорам о правах на недвижимое имущество;
- 4) необходимости заключения сторонами третейского разбирательства специального договора, соответствующего условиям третейского решения, а также составления акта приема-передачи недвижимого имущества;
- 5) необходимости получения исполнительного листа по спорам о сделках с недвижимым имуществом в случае отказа от добровольного исполнения решения третейского суда.

На этом ВАС РФ не остановился. Апогеем дискуссии о возможности рассмотрения третейскими судами споров о недвижимом имуществе следует считать направленный Президиумом ВАС РФ в Конституционный Суд РФ запрос о проверке конституционности положений п. 1 ст. 11 ГК РФ, п. 1 ст. 33 Федерального закона от 16.07.1988 N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)", Закона о МКА и норм Закона о третейских судах, а также ст. 28 Федерального закона от 21.07.1997 N 122-ФЗ <69>.

<69> См.: Третейский суд. 2011. N 2. С. 21 - 43.

Запрос был направлен в связи с обращением в ВАС РФ ООО "БулгарРегионСнаб" с заявлением о пересмотре в порядке надзора судебных актов Арбитражного суда Республики Татарстан по делам N А65-9867/2009-СГ5-52 и N А65-9868/2009-СГ5-52, выдавшего исполнительный лист на исполнение решения третейского суда, обратившего взыскание на заложенное ООО "БулгарРегионСнаб" по договору залога имущество в обеспечение исполнения обязательств по кредитному договору. Решением третейского суда по обоим делам также была определена реализация недвижимого имущества на публичных торгах с направлением денежных средств, полученных от реализации, на погашение

задолженности по кредитному договору и расходов по третейскому сбору. ФАС Поволжского округа оставил определения Арбитражного суда Республики Татарстан о выдаче исполнительных листов на решение третейского суда по указанным делам без изменения <70>. Интересно, что в запросе ВАС РФ также отмечалось отсутствие в третейском законодательстве четких критериев арбитрабельности и неарбитрабельности споров.

<70> Там же. С. 23.

Рассмотрение данного дела Конституционным Судом РФ всколыхнуло юридическую общественность страны, поскольку "на кону" была судьба не только арбитрабельности в сфере недвижимости, но и всего третейского разбирательства в России <71>.

<71> См.: Заключение А.Л. Маковского // Третейский суд. 2011. N 2. С. 57 - 67; Заключение О.Ю. Скворцова // Там же. С. 68 - 73; Экспертное заключение В.В. Яркова, С.А. Курочкина, А.Г. Котельникова // Там же. С. 74 - 85.

В принятом по итогам рассмотрения запроса ВАС РФ Постановлении N 10-П возможность рассмотрения третейскими судами споров о правах на недвижимое имущество **признается соответствующей Конституции РФ**, в частности, отмечается, что: 1) возможность передачи на рассмотрение третейским судам споров, возникающих из гражданских правоотношений, в том числе по поводу недвижимого имущества, которые предполагают дальнейшую государственную регистрацию перехода прав на это имущество, вытекает из ч. 1 ст. 34 и ч. 2 ст. 45 Конституции РФ; 2) "обязательность государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним не может рассматриваться как обстоятельство, исключающее возможность передачи споров по поводу недвижимого имущества на рассмотрение третейских судов"; 3) **"правовые последствия вынесения решения третейского суда по спору, касающемуся недвижимого имущества, равные - для целей государственной регистрации прав на такое имущество - последствиям вынесения решения государственным судом (общей юрисдикции или арбитражным)"**.

Таким образом, Конституционный Суд РФ не просто указал на возможность рассмотрения в третейских судах споров о недвижимом имуществе, но и дал конституционное толкование многих положений современной отечественной доктрины третейского разбирательства.

Несмотря на это, последующая практика ВАС РФ, до момента его ликвидации, **отчетливо ориентировала государственные арбитражные суды на обязательность получения исполнительного листа на решение третейского суда, установившего права в отношении недвижимого имущества**, ссылаясь на то обстоятельство, что решение третейского суда не вступает в законную силу <72>.

<72> Постановление Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 N 3004/11 // СПС "КонсультантПлюс".

Данная практика ВАС РФ послужила основой для подготовки и принятия Росреестром (Федеральной службой государственной регистрации, кадастра и картографии Министерства экономического развития Российской Федерации) специального информационного письма от 21.05.2012 N 14-3648-ГЕ "О некоторых вопросах государственной регистрации прав на основании решений третейских судов" <73>. Смысл письма состоял в установлении специального режима для регистрации недвижимости на основании решения третейского суда. Пакет документов, поданных на регистрацию на основании этого решения, кроме прочего, в обязательном порядке должен был содержать либо исполнительный лист (так называемый принудительный режим регистрации), выданный на том же основании, либо отдельные заявления сторон третейского разбирательства (добровольный режим регистрации). Таким образом, решение третейского суда становилось второстепенным документом, лишенным правоустанавливающего значения, так как без исполнительного листа или наличия двух заявлений оно не было бы принято во внимание и в регистрации было бы отказано. Кроме того, данным письмом Росреестр существенно

расширил (в сравнении с действовавшим в то время Законом о регистрации) свои контрольно-экспертные полномочия, обеспечив себе возможность фактически контролировать решение третейского суда по существу, что не может делать даже компетентный государственный суд <74>. В обоснование введения столь суровых мер Росреестр привел собственную избирательную трактовку Постановления N 10-П.

<73> Информационное письмо Росреестра от 21.05.2012 N 14-3648-ГЕ "О некоторых вопросах государственной регистрации прав на основании решений третейских судов" // Третейский суд. 2012. N 2. С. 63 - 73.

<74> Скворцов О.Ю. Новая апелляция: очередные инициативы Росреестра по коррекции Постановления Конституционного Суда Российской Федерации // Третейский суд. 2012. N 3. С. 8 - 11.

Арбитрабельность споров о недвижимости по современному российскому законодательству. Обновленное российское законодательство о третейском разбирательстве, в том числе международном коммерческом арбитраже, содержит **двухступенчатый механизм определения арбитрабельности споров**: во-первых, сохранилось общее указание о возможности передачи в третейский суд гражданско-правовых споров (ч. 3 ст. 1 Закона об арбитраже, ч. 3 ст. 1 Закона о МКА, ч. 1 ст. 33 АПК РФ и ч. 1 ст. 22.1 ГПК РФ), а во-вторых, в процессуальном законодательстве впервые закреплены перечни неарбитрабельных споров (ч. 2 ст. 33 АПК РФ и ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ). Важно отметить, что перечни изъятий из компетенции третейского суда не содержат ограничений, связанных с недвижимостью. Следовательно, российский законодатель не исключает арбитрабельность споров в сфере недвижимости.

Следовательно, в ходе состоявшейся в 2015 - 2017 гг. в России третейской реформы закреплён подход, ранее реализованный в практике ВАС РФ и Росреестра. В ст. 43 Закона об арбитраже содержится следующая норма: **"Никакое арбитражное решение, включая арбитражное решение, не требующее принудительного приведения в исполнение, не может являться основанием для внесения записи в государственный реестр** (в том числе Единый государственный реестр юридических лиц, Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей, **Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним**), реестр владельцев именных ценных бумаг или иной реестр на территории Российской Федерации, внесение записей в который влечет за собой возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, **при отсутствии исполнительного листа, выданного на основании судебного акта компетентного суда** (в том числе арбитражного решения, не требующего принудительного приведения в исполнение)".

Положения ст. 43 Закона об арбитраже, по смыслу ч. 2 ст. 1 Закона о МКА, распространяются на международный коммерческий арбитраж. Аналогичная норма должна была появиться в Федеральном законе N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним". Однако этого не произошло, так как указанный Федеральный закон утратил свою силу почти в полном объеме <75>, т.е. до момента вступления в силу Закона об арбитраже (01.09.2016; см. ст. 54).

<75> См.: Федеральный закон от 03.07.2016 N 361-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

В настоящее время государственная регистрация прав на недвижимость осуществляется на основании нового закона: Федерального закона N 218-ФЗ "О государственной регистрации недвижимости" (вступил в силу 01.01.2017). Новое регулирование не содержит сведений о возможности государственной регистрации прав на недвижимое имущество на основании решения третейского суда. В ст. 58 Закона N 218-ФЗ речь идет о **государственной регистрации прав на основании решения суда**. Понятие "суд" в Законе не раскрывается, поэтому возможность его расширительного толкования, включающего третейский суд, по всей видимости, исключается.

Таким образом, несмотря на признание в обновленном законодательстве об арбитраже споров о недвижимости арбитрабельными, общая направленность современного регулирования государственной

регистрации прав в области недвижимости не позволяет считать решение третейского суда равновесным (по правовым последствиям) решению государственного суда для целей регистрации прав на недвижимость, что отмечал Конституционный Суд РФ в своем историческом Постановлении, а закрепляет противоположный подход, исключающий решение третейского суда из числа оснований возникновения, изменения и прекращения права собственности на недвижимое имущество, что, по сути, является **искусственным ограничением арбитрабельности данной категории споров**.

Тем самым для регистрации прав на недвижимое имущество, установленных решением третейского суда, необходима "легализация в государственном суде" этого решения путем получения определения государственного суда о его исполнении. Именно этот судебный акт необходимо представить в государственный регистрационный орган в сфере недвижимости, а не само третейское решение. Более того, указанный судебный акт должен вступить в законную силу, что предопределяет потенциальную возможность его обжалования в вышестоящих инстанциях государственного суда. Встает вопрос, насколько эффективен данный подход с учетом того обстоятельства, что решение третейского суда не может быть проверено по существу компетентным государственным судом, а формальные основания проверки могут быть в данном случае совершенно бесполезны. Таким образом, данная мера не содержит позитивного эффекта и может служить средством злоупотреблений при отсутствии исследования обстоятельств, установленных третейским судом.

Поскольку действия государственных регистрационных органов, связанные с заключительной стадией возникновения вещного права, относятся к сфере публичных правоотношений, претензии к данному органу могут быть предъявлены только в государственный суд. Именно по этой причине эффективность рассмотрения споров в сфере недвижимости третейскими судами становится не столь очевидной. Присутствие публичного элемента в возникновении вещных прав делает более продуктивным обращение в государственные судебные органы за разрешением данных правовых конфликтов, но не исключает арбитрабельности споров в сфере недвижимости.

Арбитрабельность споров о недвижимости по законодательству зарубежных стран. В развитых странах как англо-американской, так и романо-германской правовой семьи практически не делается различий между объемом компетенции третейских и государственных судов в отношении рассмотрения споров о недвижимом имуществе. Если проанализировать арбитражные законы ведущих арбитражных держав, мы не увидим существенных ограничений компетенции третейских (арбитражных) судов в отношении рассмотрения споров о недвижимой собственности.

В странах, принадлежащих к **англосаксонской системе права (страны системы общего права)**, споры о правах на недвижимое имущество, за небольшими исключениями, практически всегда могут быть предметом третейского разбирательства <76>:

<76> Ярков В.В., Курочкин С.А., Котельников А.Г. Справка о рассмотрении вопросов о правах на недвижимое имущество за рубежом // Третейский суд. 2011. N 2. С. 86 - 92.

1. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии. В данном государстве традиционно права на недвижимое имущество могли и могут быть предметом третейского разбирательства, о чем свидетельствует не только законодательство (ст. 412 (11) Greater London Authority Act), но и наличие судебных прецедентов, когда суды рассматривали вопросы о выдаче исполнительного листа или направляли стороны в арбитраж при наличии арбитражного соглашения касательно прав на недвижимое имущество.

2. Соединенные Штаты Америки. Согласно Федеральному арбитражному закону (Federal Arbitration Act, Title 9, US Code, Section 1 - 14) любые споры о правах на недвижимость могут быть рассмотрены в третейском суде, при этом если имеются основания для федеральной юрисдикции, то положения Федерального арбитражного закона превагируют над положениями законодательства штатов, относящих какие-либо споры к категории неарбитрабельных. Ведущие американские комментаторы отмечают, что в большинстве штатов США споры в сфере недвижимости традиционно являются арбитрабельными, за исключением нескольких штатов (Индиана, Мичиган, Огайо, Теннесси).

3. **Канада.** Арбитрабельность споров о правах на недвижимость в Канаде основана на судебной практике. В 1994 г. Апелляционным судом провинции Онтарио было рассмотрено прецедентное дело **Automatic Systems Inc. v. Bracknell** и положительно разрешен вопрос о направлении в арбитраж дела, касающегося права залога подрядчика на земельный участок заказчика (**mechanic's lien**). Затем в 1997 г. разрешено дело **Cooper v. Deggan** о направлении в арбитраж сторон касательно раздела права собственности на землю.

В подавляющем большинстве стран **романо-германской правовой семьи** споры о недвижимости признаются арбитрабельными на уровне законодательства, поскольку оно не устанавливает ограничений в этой сфере. В качестве "исключений из общего правила" можно признать ограничения, установленные в законодательстве Украины <77>, Латвии <78>, Болгарии <79>. В Хорватии согласно ст. 3 (2) Арбитражного закона Хорватии ограничения касаются лишь споров, которые рассмотрены арбитражем за пределами страны (по смыслу - иностранным международным коммерческим арбитражем).

<77> Закон Украины от 05.03.2009 "О внесении изменений в законодательные акты о деятельности третейских судов", вступивший в силу 31.03.2009, исключает из компетенции третейских судов Украины споры из корпоративных отношений, а также споры о недвижимости и земельных участках.

<78> В силу прямо установленного законом ограничения.

<79> Исключение прямо установлено ГПК Болгарии.

Арбитрабельность споров о недвижимости установлена в правовых порядках следующих стран романо-германской правовой семьи <80>:

<80> См. подробнее: Ярков В.В., Курочкин С.А., Котельников А.Г. Указ. соч. С. 92 - 94; Справка N 1. Об арбитрабельности споров с наличием публичных элементов или затрагивающих интересы третьих лиц в иностранных правовых порядках. Позиция Торгово-промышленной палаты РФ на запрос ВАС РФ в Конституционный Суд РФ // Третейский суд. 2011. N 4. С. 112 - 118.

1. **Германия.** В данной стране споры по поводу недвижимого имущества признаются арбитрабельными. Из указанного правила существует одно исключение: п. 2 § 1030 ГПК Германии исключает из числа арбитрабельных споры, касающиеся отношений между арендаторами и арендодателями. Причиной такого исключения является специальный подход германского материального права, изложенный в Гражданском кодексе Германии, направленный на защиту прав арендатора в спорах с арендодателем.

2. **Франция.** Согласно ст. 2059 ГК Франции "все лица могут передавать в арбитраж права, которыми они вправе свободно распоряжаться". Рассмотрение споров о правах на недвижимость во Франции является допустимым. Арбитрабельными также признаются споры в связи с иностранными инвестициями, ценными бумагами.

3. **Швейцария.** Согласно ст. 177 (1) закона Швейцарии "О международном частном праве" (заменившего собой Конкордат) арбитрабельными являются все требования, которые касаются экономического интереса. Следовательно, третейские суды вправе разрешать споры о правах на недвижимое имущество.

4. **Австрия.** Согласно ст. 582 (1) Гражданского процессуального кодекса этой страны любые споры, в основе которых лежит экономический интерес, являются арбитрабельными, за исключением тех споров, которые рассматриваются административными органами. Соответственно, в число арбитрабельных споров входят и споры в связи с недвижимостью. Исключения составляют споры по вопросам, связанным с договорами по законам "О землевладельцах и арендаторах", "Об ограничении прибыли, получаемой от жилья", а также в отношении прав кондоминиумов.

5. **Нидерланды.** По голландскому праву в арбитраж могут быть переданы споры, возникающие из

отношений, урегулированных правом, вне зависимости от того, носят они договорный характер или нет, при условии, что предоставленными законом правами стороны могут свободно распоряжаться (ст. 1020 ГПК Нидерландов). Среди прочего могут передаваться на разрешение арбитража споры о правах на недвижимое имущество.

6. **Швеция.** Споры в связи с недвижимостью в Швеции также арбитрабельны. В этой стране арбитрабельности споров дается широкое толкование. Шведский закон "Об арбитраже", вступивший в силу в 1999 г., направлен на поощрение развития третейского разбирательства: "Закон основывается на том же принципиальном определении арбитрабельности, которое было включено в предыдущий закон, а именно: арбитрабельным признается любой спор, который стороны вправе разрешить путем мирового соглашения" <81>.

<81> Хобер К. Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 1. С. 58.

Арбитрабельность в сфере недвижимости также закреплена в законодательстве **Польши, Бельгии** <82>, **Испании, Греции** и других стран романо-германской правовой семьи.

<82> В ней неарбитрабельны только отдельные категории споров в связи с недвижимым имуществом, например, о совместной собственности, о чем прямо указано в ст. 577-4 (§ 4) ГК Бельгии.

Таким образом, сравнительное исследование зарубежного законодательства позволяет говорить об арбитрабельности споров о правах на недвижимое имущество в большинстве ведущих "арбитражных" держав.

6.3.3. Арбитрабельность споров из государственных контрактов

В соответствии с п. 6 ч. 2 ст. 33 АПК РФ подведомственные арбитражным судам споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, не могут быть переданы на рассмотрение арбитражного суда. Аналогичная норма содержится в п. 6 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ.

При этом Закон N 409-ФЗ предусматривает, что действие указанных ограничений прекращается со дня вступления в силу федерального закона, которым будет установлен порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать споры, возникающие из отношений в сфере государственных и муниципальных закупок.

Таким образом, если исходить из положения ч. 8 ст. 13 Закона N 409-ФЗ, единственным препятствием, которое необходимо преодолеть на пути к арбитрабельности споров по госзакупкам, является вопрос о механизме выбора арбитражного учреждения, которое будет администрировать спор.

В судебной арбитражной практике сформулированы более широкие основания неарбитрабельности дел данной категории. Так в Постановлении Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 N 11535/13 высказана правовая позиция, согласно которой "споры из контрактов, заключаемых в соответствии с Законом о размещении заказов, не могут рассматриваться третейскими судами в силу специфики характера этих правоотношений и совокупности требований, предъявляемых к ним Законом, а также ввиду несовместимости законодательных принципов третейского разбирательства и законодательных принципов размещения заказов", а соглашения о передаче подобных споров для рассмотрения в третейские суды являются недействительными, как нарушающие такие основополагающие принципы российского права, как противодействие коррупции и обеспечение конкуренции <83>.

<83> Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 N 11535/13 // СПС "КонсультантПлюс".

Почему Президиум ВАС РФ посчитал, что рассмотрение споров в третейском суде является более "коррупциогенным", чем рассмотрение дел в государственных судах, в Постановлении не пояснено. О невозможности рассмотрения третейскими судами споров по приватизационным сделкам см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 10.04.2001 N 3515/00 // СПС "КонсультантПлюс".

Основные возражения против передачи таких споров на рассмотрение арбитрам, суммированные в судебном Постановлении N 11535/13, состоят в следующем:

1) споры о признании торгов недействительными, понуждении заказчиков и организаторов торгов к совершению действий, а победителей торгов - к заключению контрактов по их результатам подведомственны исключительно судам; в то же время эти вопросы неотделимы от вопросов, связанных с исполнением и нарушением условий госконтрактов (которые (теоретически) могли бы рассматривать третейские суды), в силу связанности единством правоотношения и подчиненности единому правовому регулированию;

2) судопроизводство ведется на основе принципа гласности в противовес конфиденциальности арбитража; "...все этапы указанных правоотношений, включая заключение, исполнение, расторжение контрактов и применение ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение, должны быть полностью прозрачны и доступны для проверочных мероприятий вплоть до их завершения, в том числе посредством разрешения споров системой государственного правосудия";

3) проект госконтракта является частью конкурсной документации ("элементом процедуры" размещения заказа), в связи с чем его оспаривание возможно только путем оспаривания документации о торгах либо запроса котировок, т.е. по основаниям, в порядке и в сроки, установленные Федеральным законом от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд"; неоспоренный проект контракта подлежит безоговорочному подписанию лицом, выигравшим торги; переговоры между участником размещения государственного или муниципального заказа и заказчиком, уполномоченным органом или аукционной (конкурсной) комиссией не допускаются;

4) несение повышенных, по сравнению с разбирательством в государственных судах, расходов на третейское разбирательство, в частности на гонорары арбитров, устанавливаемые каждым из постоянно действующих третейских судов самостоятельно, не отвечает цели экономии бюджетных средств.

Закрепляя подход о неарбитрабельности споров по Закону N 44-ФЗ с точки зрения принципов публичного порядка, суды, к сожалению, не рассматривали положительные качества третейского разбирательства, которые могли бы принести пользу по части гарантий четкого функционирования системы госзакупок. В частности, невозможность обжалования третейского решения (целиком либо только по существу), право на установление ускоренного и/или сокращенного порядка рассмотрения спора, а также исчерпывающий перечень оснований для отказа в выдаче исполнительного листа дают заказчику в лице учреждений государства эффективный способ для быстрого понуждения исполнителя к подписанию контракта и/или возмещению убытков, например, из-за срыва торгов. Конечно, здесь "подразумевается" понимание со стороны государственного или муниципального заказчика основ третейского разбирательства и процедуры. Нужно не забывать, что стороны должны быть в состоянии сами подготовить дело к разбирательству; понимать, какие вопросы рассматриваются, например, при установлении процессуального графика, и т.д. Если сравнить ответственность за действия в процессе по правилам третейского разбирательства и арбитражного процесса, нельзя не заметить очевидных различий, например, при "пассивном" поведении стороны в процессе подготовки дела к разбирательству. Так, в ст. 135 АПК РФ перечислен достаточно большой перечень действий по подготовке дела для обеспечения его правильного и своевременного рассмотрения. В регламентах постоянно действующих третейских судов и международных арбитражных учреждений не встретить аналогичных положений, а полномочия трибунала, как правило, сформулированы таким образом, чтобы у арбитров было право устанавливать процедуру и график под конкретный спор и принимать любые меры для справедливого, быстрого и эффективного разбирательства: п. п. 14.4, 14.5 Регламента LCIA, п. п. 22.1 - 22.4 Регламента ICC, п. 17.1 Регламента Арбитражной Ассоциации, § 20 Правил арбитража внутренних споров МКАС при ТПП РФ (у Правил МКАС есть важное обязательное требование по подготовке дела к разбирательству). У сторон в третейском разбирательстве также должны быть навыки для того, чтобы уметь сформулировать и защитить свою позицию до формирования состава трибунала (а также не утратить какие-либо права).

Помимо указанных особенностей, чтобы арбитраж мог состояться, заявителем должен быть оплачен арбитражный сбор, а затем, после формирования состава трибунала, авансированы расходы на гонорар арбитров (например, в п. 2 § 9 Правил арбитража внутренних споров МКАС при ТПП РФ предусмотрено, что до уплаты регистрационного и арбитражного сборов дело остается без движения). У государственных органов - заказчиков по закупкам может не быть средств в их бюджете текущего периода, чтобы финансировать арбитраж, и взять средства, кроме как попросить их у собственника - государства, им не у кого. У арбитражного суда при наличии соответствующего ходатайства есть право предоставить истцу отсрочку или рассрочку по уплате государственной пошлины (п. 2 ч. 1 ст. 126 АПК РФ) <84>.

<84> См. п. 2 ч. 1 ст. 126 АПК РФ, согласно которому к исковому заявлению прикладывается документ, подтверждающий оплату государственной пошлины, либо ходатайство об отсрочке или рассрочке либо ее уменьшении. Прокурор по искам в защиту государственных интересов от уплаты государственной пошлины освобождается (ст. 333.36 НК РФ). В ст. 17 Федерального закона от 29.12.1994 N 79-ФЗ "О государственном материальном резерве" предусматривается, что федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий управление государственным резервом, его территориальные органы, предприятия, учреждения и организации системы государственного резерва освобождаются от уплаты государственной пошлины по искам, связанным с нарушением их прав.

Госзакупки могут проводиться как конкурентными способами (конкурс, аукцион, запрос котировок или запрос предложений), так и путем закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) (п. 1 ст. 24 Закона N 44-ФЗ). Статья 93 Закона N 44-ФЗ предусматривает несколько десятков случаев, когда закупка у единственного поставщика допустима. В частности, допускается закупка для государственных нужд у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), который определен указом или распоряжением Президента РФ, либо в случаях, установленных поручениями Президента РФ; у поставщика (подрядчика, исполнителя), определенного Постановлением или распоряжением Правительства Российской Федерации (пп. 2 п. 1 ст. 93). Контракт с единственным поставщиком возможен, например, при закупках государственными или муниципальными учреждениями культуры на сумму, не превышающую 400 000 руб. (пп. 5 п. 1 ст. 93); при поставке культурных ценностей (в том числе музейных предметов и музейных коллекций, редких и ценных изданий, рукописей, архивных документов (включая их копии), имеющих историческое, художественное или иное культурное значение), предназначенных для пополнения государственных музейного, библиотечного, архивного фондов, кино-, фотофонда и аналогичных фондов (пп. 10 п. 1 ст. 93); при поставке вооружения и военной техники, которые не имеют российских аналогов и производство которых осуществляется единственным производителем, с поставщиком таких вооружения и военной техники, включенным в реестр единственных поставщиков таких вооружения и военной техники (пп. 7 п. 1 ст. 93); в случае аренды зданий для обеспечения федеральных нужд, нужд субъекта Российской Федерации, муниципальных нужд, а также аренды жилых помещений, находящихся на территории иностранного государства (пп. 32 п. 1 ст. 93), и др.

Как следует из вышеперечисленного, в отличие от ситуации с закупками на публичных торгах в случае с единственным поставщиком у государства нет сопоставимого переговорного веса, если, например, поставщик (подрядчик, исполнитель) будет настаивать на включении в договор тех или иных условий, к каковым может относиться и третейская (арбитражная) оговорка. Не сложно представить ситуацию, когда контракт, если закупка производится за рубежом (например, на аренду здания для российского посольства), может быть подчинен иностранному праву и содержать арбитражную оговорку на иностранный же арбитраж, если таково будет требование контрагента.

В случае госзакупки у единственного поставщика к такому контракту могут быть применены далеко не все из перечисленных в Постановлении Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 N 11535/13 аргументов против арбитрабельности споров по государственным и муниципальным контрактам. Более того, конфиденциальность арбитража может быть большим плюсом, если речь идет о закупках определенного рода (вооружения). Вместе с тем Закон N 44-ФЗ, как и процессуальное законодательство, не содержит каких-либо исключений для возможности включения третейской или арбитражной оговорки в контракт с единственным поставщиком.

Следует отметить, что, несмотря на общий запрет, ряд отраслевых законов, регулирующих

государственные закупки, все же допускают передачу споров по контрактам в третейские суды. В частности, в п. 5 ст. 8 Федерального закона от 02.12.1994 N 53-ФЗ "О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд" (ред. от 19.07.2011) предусмотрено, что споры, возникшие между товаропроизводителями (поставщиками) и потребителями (покупателями), определенными государственным заказчиком, при заключении, изменении, расторжении и исполнении государственных контрактов на закупку и поставку сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд, в том числе споры о возмещении причиненных убытков, рассматриваются судом или арбитражным судом в установленном порядке, а по соглашению сторон - третейским судом. Необходимо отметить определенное отличие, поскольку в данном случае договор заключается не напрямую с государством, а с потребителем (покупателем), определяемым государственным заказчиком.

В законодательстве Российской империи для "дѣлъ, сопряженныхъ съ интересомъ казенныхъ управлений или же земскихъ, городскихъ и сельскихъ обществъ", предусматривалось исключение из общего правила, согласно которому "всѣ споры, подлежащiе разсмотрѣнiю гражданскихъ судебныхъ мѣст, могутъ быть разсматриваемы и разрѣшаемы Судом Третейскимъ" <85>. Таким образом, рассмотрение третейскими судами споров по казенным подрядам и закупкам не допускалось <86>.

<85> Статья 1368 Устава гражданского судопроизводства. См.: Свод законов Российской империи: В 16 т. СПб., 1906. Цит. по: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?searchres=&empire=1&collection=0&volume=100020&pg=244&contentsname=%D0%E0%E7%E4%E5%EB+%F7%E5%F2%E2%E5%F0%F2%FB%E9. +%CE+%EF%F0%E8%EC%E8%F0%E8%F2%E5%EB%FC%ED%EE%EC+%F0%E0%E7%E1%E8%F0%E0%F2%E5%EB%FC%F1%F2%E2%E5,+%F1%F2.+1357-1400.&sort=1> (дата посещения - 27.02.2018).

<86> Данное ограничение не представляется чем-то удивительным, поскольку подчинение юрисдикции гражданских судов споров, вытекающих из отношений казны как юридического лица, участвующего в гражданском обороте на правах обыкновенного частного лица, являлось завоеванием лишь нового времени, неизвестным, например, римскому праву (см.: Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса: Субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. М., 2016. С. 451. В классическом "Учебнике гражданского процесса" 1914 г. издания Е.В. Васьковский указывает, что предметом рассмотрения третейского суда могут быть все гражданско-правовые споры, кроме "дел, находящихся в соприкосновении с общим государственным интересом", не называя, однако, прямо споры по государственным подрядам неарбитрабельными. См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 1914. 468 с.

Законодательство и судебная практика других стран демонстрируют различные, зачастую прямо противоположные подходы к арбитрабельности споров по государственным контрактам на закупку товаров (работ, услуг). В таких странах, как Литва и Бразилия, например, суды признают споры по госконтрактам неарбитрабельными <87>. В экономически развитых странах, имеющих давнюю традицию независимой и авторитетной судебной системы (США, Великобритания, Франция), не содержится прямого запрета на передачу дел по спорам данной категории в арбитраж. Во Франции соглашения по государственным закупкам относятся к так называемым административным контрактам, разрешение споров по которым подведомственно Государственному совету (Conseil d'Etat) - высшему органу по разрешению административных споров. Соответственно, Государственный совет Франции также признал свою юрисдикцию по рассмотрению споров об отмене арбитражных решений, вынесенных по делам, связанным с такого рода контрактами. Арбитрабельность споров по таким соглашениям допускается, однако трибунал обязан принимать во внимание специальные административные нормы, регулирующие данные отношения. Игнорирование специальных правил и особой природы таких сделок может привести к аннулированию арбитражного решения по основаниям противоречия публичному порядку, как случилось по недавнему делу **Fosmax LNG v. STS** (Решение Государственного совета от 16.11.2016). Поскольку Совет посчитал, что контракт между Fosmax и STS относился к **административным**, на основании публично-правовых норм он признал за Fosmax право при необходимости самостоятельно выполнить работу по контракту (либо сделать это через субподрядчика) без предварительного расторжения контракта с STS. Это привело к аннулированию решения арбитража ICC в части удовлетворения

встречного иска STS на сумму 128 млн дол. США <88>.

<87> См.: Arbitration procedures and practice in Lithuania: overview by **Ramūnas Audzevičius** and Rimantas Daujotas, Motieka & Audzevičius ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-519-0643?__lrTS=20170317075935044&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-519-0643?__lrTS=20170317075935044&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1); дата посещения - 27.02.2018); Question Mark on the Arbitrability of Disputes Arising out of Public Contracts in Brazil Roberto Castro de Figueiredo, October 22, 2010 (<http://kluwerarbitrationblog.com/2010/10/22/question-mark-on-the-arbitrability-of-disputes-arising-out-of-public-contracts-in-brazil>; дата посещения - 27.02.2018).

<88> Conseil d'Etat, Seventh Chamber of the Litigation Section 9. November 2016. N 388806. Цит. по: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/I33b4075fbd6d11e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=bd52763b-047c-45cc-a105-b1a2a51d52c2&contextData=\(sc.DocLink\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Link/Document/Blob/I33b4075fbd6d11e698dc8b09b4f043e0.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=bd52763b-047c-45cc-a105-b1a2a51d52c2&contextData=(sc.DocLink)) (дата посещения - 27.02.2018).

Относительно недавно был урегулирован один из самых крупных споров о государственных закупках между Ираном и США, рассматривавшийся много лет трибуналом по спорам между Ираном и США (Iran-US Claims Tribunal) - специальным квазиарбитражным институтом, созданным в 1981 г. Стороны договорились о возврате Ирану аванса в размере 400 млн долл. США (средства были переданы шахом Ирана до Исламской революции 1979 г. под закупку оборудования по программам поставки иностранных вооружений и заморожены в американских банках на многие годы), а также процентов в размере 1,3 млрд долл. США за несколько десятков лет <89>.

<89> См.: [http://globalarbitrationreview.com/article/1067644/us-used-arbitral-settlement-as-\"leverage\"-for-prisoners](http://globalarbitrationreview.com/article/1067644/us-used-arbitral-settlement-as-\) (дата посещения - 27.02.2017).

Как показывают приведенные примеры, в мировой практике поддерживается подход, согласно которому при необходимости крупные международные споры, вытекающие из контрактов на поставку государством или государству какой-либо продукции, могут рассматриваться в международном арбитраже. Данное обстоятельство, а также примеры иных случаев, когда российский закон допускает арбитраж по сделкам государства (о чем говорится далее), заставляют, несмотря на их существенность, критически оценивать аргументы в пользу "изначальной неарбитрабельности" споров по госзакупкам. В этой связи важно, что законодатель в п. 6 ч. 2 ст. 33 АПК РФ и п. 6 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ признал принципиальную возможность рассмотрения таких споров третейскими судами.

Споры по продаже товаров государством и госкомпаниями. Наравне со сделками, в которых государство либо подконтрольные ему учреждения выступают в роли покупателей (заказчиков) товаров, работ, услуг, существуют правоотношения, в которых представители казны оказываются продавцами (исполнителями), поставляя, например, российские товары за границу. Подход к арбитрабельности споров по соглашениям этой категории, если они заключаются не на торгах (в результате конкурса), а в индивидуальном порядке, отличается от подхода при госзакупках. В данной ситуации представитель казны, будучи заинтересован в максимально выгодных для нее условиях сделки, обладает большей свободой усмотрения для согласования условий соглашения, включая арбитражную оговорку. В то же время представитель может не иметь достаточной переговорной позиции для того, чтобы, если контрагент-покупатель настаивает на ином, добиться согласия на рассмотрение споров по договору в российском суде.

На практике нередко можно встретить случаи, когда рассмотрение споров по таким сделкам передается в международный арбитраж <90>.

<90> Один из наиболее известных споров последнего времени, о котором стало известно, это обращение в международный арбитраж Исламской Республики Иран с иском к Рособоронэкспорту на

основании контракта на поставку оборонительных ракетных комплексов С-300, приостановленных в связи с Резолюцией СБ ООН от 09.06.2010 N 1929, ограничивающей поставки в Иран современных вооружений в связи с развитием иранской ядерной программы (см.: Гулиева Э. Военно-техническое сотрудничество Ирана и России: Досье (<http://tass.ru/info/1707163>; дата посещения - 27.02.2018).

Споры по концессиям и споры по соглашениям о разделе продукции. Согласно ст. 17 Федерального закона от 21.07.2005 N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях" споры между концедентом и концессионером разрешаются в соответствии с законодательством Российской Федерации в судах, арбитражных судах, третейских судах Российской Федерации. Формулировка "третейских судах Российской Федерации" понимается отечественными судами буквально, т.е. как запрет на передачу споров по концессионным сделкам на рассмотрение иностранных арбитражей или арбитражей **ad hoc**, даже если место рассмотрения спора (место арбитража) будет находиться на российской территории <91>.

<91> См.: Постановление Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 09.12.2015 и Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17.02.2016 по делу N А56-9227/2015 по заявлению ООО "Невская концессионная компания" к городу Санкт-Петербургу о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда **ad hoc**, образованного в соответствии с Регламентом МТП по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (дело ППТС от 03.02.2015 N 2013-20).

Таким образом, существующая судебная практика придерживается подхода, согласно которому споры по концессиям, оформленным на территории Российской Федерации, являются арбитрабельными, но могут рассматриваться исключительно в третейских судах, созданных и получивших право осуществлять свою деятельность на территории России <92>.

<92> См.: ст. 44 Закона об арбитраже. Интересным (и пока что не имеющим ответа в судебной практике) является вопрос о допустимости рассмотрения споров по российским концессиям иностранным арбитражным учреждением, получившим право на осуществление функций ПДАУ на территории Российской Федерации в соответствии с п. 12 ст. 44 Закона об арбитраже. Как представляется, с позиции ограничения, предусмотренного в ст. 17 Федерального закона "О концессионных соглашениях", если местом арбитража будет Российская Федерация, для выбора указанного иностранного арбитражного учреждения в качестве органа, администрирующего третейское разбирательство, не должно быть препятствий, поскольку, по смыслу законодательства о третейском разбирательстве, иностранные арбитражные учреждения, получившие право осуществлять деятельность на российской территории, и российские третейские суды обладают равным статусом.

В соглашениях о разделе продукции одной из сторон всегда выступает государство в лице Правительства РФ и соответствующего субъекта Российской Федерации. Федеральный закон от 30.12.1995 N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции" предусматривает (ст. 22), что такое соглашение может содержать оговорку о рассмотрении споров между государством и инвестором, связанных с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, помимо государственных судов, в третейском суде (в том числе в международных арбитражных институтах). Инвесторы и государство воспользовались этим правом, и, в частности, действующие в настоящее время соглашения о разделе продукции "Сахалин-1" и "Сахалин-2" содержат арбитражные оговорки о рассмотрении споров по ним международными арбитражами по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

6.3.4. Арбитрабельность споров об интеллектуальной собственности

Преимущества арбитража для разрешения споров об интеллектуальной собственности. Проблема арбитрабельности споров об интеллектуальной собственности остается одной из самых обсуждаемых специалистами в области международного арбитража в течение многих лет. Вопрос о том, какие споры об объектах интеллектуальных прав могут рассматриваться в арбитраже, а какие нет, актуален не только с теоретической точки зрения как интересная правовая задача, но и с практической,

поскольку сейчас IP-споры (от англ. **intellectual property** - интеллектуальная собственность) все чаще носят трансграничный характер. В современной информационной и технической среде использование технологий, объектов авторских и патентных прав, средств индивидуализации (например, товарных знаков и коммерческих обозначений), а также передача прав на них редко осуществляются в пределах одной юрисдикции.

При ограничении (или даже полном запрете) на арбитрабельность споров об интеллектуальной собственности правообладатели и иные заинтересованные лица могут столкнуться с ситуацией, когда совершенно одинаковые по предмету, обстоятельствам и доказательствам споры придется вести параллельно в разных юрисдикциях. Например, если одним и тем же лицом допущено нарушение патентных прав сразу в нескольких странах. При рассмотрении споров об интеллектуальной собственности исключительно в национальных судах или специализированных государственных органах <93> лицензиар или лицензиат, выигравший спор об исполнении обязательств по лицензионному договору, определяющему отношения сторон на территории разных стран, в суде, определенном в соответствии с положениями договора и применимого процессуального права, может столкнуться с трудностями при исполнении судебного решения в иностранном государстве, если между государством, в котором вынесено судебное решение, и страной исполнения отсутствует соглашение об исполнении судебных актов.

<93> Например, споры об охраноспособности объектов интеллектуальной собственности и средств индивидуализации часто относятся национальным законодательством к компетенции специализированных государственных органов. В РФ к компетенции Палаты по патентным спорам Роспатента отнесены, например, споры об охраноспособности товарных знаков и патентов.

Казалось бы, идеальным выходом было бы признание полной арбитрабельности IP-споров. Как отмечается многими правоведами <94>, применение арбитража в этой сфере дает множество преимуществ за счет трансграничной природы арбитража, возможности привлечь специалистов в узких областях, сохранить конфиденциальность особо ценной информации, касающейся предмета спора, а также за счет снижения расходов на ведение спора.

<94> См., например: Chattopadhyay M. Recent Event: The Case for Arbitration of Patent Disputes // Kluwer Arbitration Blog. February 25, 2016; Cook T., Garcia A. International Intellectual Property Arbitration in Context Series. Vol. 2. Kluwer Law International, 2010. Ch. 3. Benefits and Limitations of International Arbitration for IP Disputes. P. 23 - 48.

Однако в настоящее время только относительно небольшое число стран стоит на позициях почти полной арбитрабельности IP-споров (к таким странам, в частности, относятся США и Швейцария). Впрочем, и стран, наложивших полный запрет на арбитраж в области интеллектуальной собственности, не так много (например, ЮАР).

Большинство национальных правовых режимов на сегодняшний день допускают частичную арбитрабельность споров об интеллектуальной собственности. По какому же критерию тот или иной спор в области IP может быть отнесен к арбитрабельному или неарбитрабельному?

Как и при решении вопроса об арбитрабельности любого иного спора, во внимание принимается прежде всего **природа спора**, является ли он исключительно частноправовым или затрагивает публичные интересы.

Регистрируемые и нерегистрируемые объекты интеллектуальных прав. Вопрос о границе между частным и публичным интересом в сфере интеллектуальной собственности тесно связан с особенностями природы отдельных объектов интеллектуальных прав. Исходя из этого, перед тем как мы перейдем к рассуждениям непосредственно о публичном и частном в сфере IP, необходимо разделить все объекты интеллектуальной собственности на две большие группы:

1. **Нерегистрируемые** объекты интеллектуальной собственности: объекты авторских и смежных

прав, ноу-хау, фирменные наименования и коммерческие обозначения <95>.

<95> Для некоторых объектов авторских прав, например для программного обеспечения, существует возможность добровольной регистрации, но для рассматриваемого вопроса объекты авторских прав имеет смысл отнести в целом к нерегистрируемой интеллектуальной собственности.

2. **Регистрируемые** объекты интеллектуальной собственности: изобретения, полезные модели и промышленные образцы, товарные знаки.

Права на нерегистрируемые объекты интеллектуальной собственности возникают в силу создания этих объектов, а на регистрируемые - лишь после предоставления таких прав специальным государственным или межгосударственным органом путем акта регистрации и выдачи специального свидетельства.

Отнесение объекта интеллектуальных прав к регистрируемому или нерегистрируемому в большинстве юрисдикций оказывает серьезное влияние на определение арбитрабельности конкретного спора, касающегося данного объекта. Это будет продемонстрировано при рассмотрении вопроса об арбитрабельности отдельных групп споров далее.

Наиболее распространенные аргументы в пользу публично-правовой природы отношений, связанных с интеллектуальной собственностью. При рассмотрении вопроса о разграничении частного и публичного в правоотношениях, связанных с интеллектуальной собственностью, многие практикующие юристы и ученые-правоведы выдвигают следующие аргументы при обосновании тезиса о наличии в IP значительного публично-правового элемента:

1. Тезис о публично-правовой природе возникновения интеллектуальных прав и о государстве как об их источнике. Суть данного тезиса в том, что права на объекты интеллектуальной собственности и вытекающие из этого ограничения для третьих лиц существуют лишь в силу специального правового режима, предоставляемого государством. Сама интеллектуальная собственность как нематериальный актив является, по сути дела, искусственно созданной правовой конструкцией, а не материальной вещью и не правами на вещь (если применять понятие "вещь" в гражданско-правовом смысле).

Более того, для регистрируемых объектов интеллектуальной собственности, в том числе для объектов патентных прав и товарных знаков, роль государства не сводится просто к фиксации прав их владельцев. Государство в лице своего патентного ведомства проверяет и подтверждает охраноспособность этих объектов и утверждает ее специальным публичным актом через решение для регистрации по итогам специальной экспертизы <96>.

<96> Например, при регистрации изобретений производится проверка новизны и изобретательского уровня предлагаемого изобретения, а при регистрации товарного знака проверяется наличие у регистрируемого обозначения различительной способности.

Следовательно, арбитражное решение, принятое арбитрами, выдвинутыми всего лишь отдельными участниками гражданского оборота, не должно влиять на судьбу объектов, возникших и существующих исключительно благодаря публично-правовому акту.

2. Тезис о распространении решений об интеллектуальных правах на неопределенный круг лиц (**erga omnes** эффект). Другим доводом, который часто приводится в поддержку позиции о неарбитрабельности споров об интеллектуальной собственности, является довод о том, что любое решение, вследствие которого возникают, прекращаются, признаются недействительными или несуществующими или переходят интеллектуальные права, затрагивает неопределенно большой круг лиц (**erga omnes** эффект).

Например, при признании товарного знака или объекта патентной охраны неохраноспособным у неопределенного круга лиц возникает право на регистрацию идентичного товарного знака или на

использование теперь уже не охраняемого изобретения, полезной модели или промышленного образца. У лицензиатов же, плативших многие годы лицензионные платежи за использование признанного неохраноспособным объекта интеллектуальных прав, но при этом не участвовавших в споре, в рамках которого объект был признан неохраноспособным, возникают экономические потери, которые довольно сложно возместить.

Исходя из этого, сторонники неарбитрабельности споров об интеллектуальных правах приходят к выводу, что, поскольку результат споров об интеллектуальных правах в большинстве случаев затрагивает интересы неопределенного круга лиц, такие споры должны разрешаться государственными судами или специальными государственными органами и не могут рассматриваться арбитражами, изначально предназначенными для рассмотрения отдельного частноправового спора, влияющего только на интересы его участников.

3. Необходимость вовлечения государства для исполнения решений об интеллектуальных правах. В тех случаях, когда выносится решение, касающееся принадлежности регистрируемых объектов интеллектуальной собственности, действительности лицензионных договоров или договоров об отчуждении прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности, для исполнения таких решений требуется обращение к специализированным государственным органам для внесения записи в реестры, содержащие информацию о факте регистрации и о владельце конкретного объекта интеллектуальной собственности, а также о договорах, заключенных в отношении этого объекта. Например, если в результате рассмотрения спора о действительности договора об отчуждении прав на товарный знак будет сделан вывод, что договор является недействительным и/или незаключенным или что договор должен быть расторгнут, то для исполнения такого решения потребуется обращение в специальный государственный орган (в Российской Федерации это Роспатент) для внесения изменений в регистрационную запись о владельце товарного знака и о договоре, по которому произошел переход прав на знак.

Государственный орган не является стороной арбитражного соглашения и не принимает участия в арбитражном разбирательстве. Несмотря на это, он будет обязан отменить свое собственное решение и внести изменения в реестровые записи.

Существует точка зрения, которая не представляется нам правильной, что уже одна только необходимость внесения изменений в регистрационные записи путем обращения в государственный орган является достаточной для отнесения спора к публично-правовым спорам.

Приведенные ранее аргументы в пользу неарбитрабельности и публично-правовой природы споров об интеллектуальных правах, на наш взгляд, в большинстве случаев преодолимы или по меньшей мере частично преодолимы. Как будет продемонстрировано далее, несмотря на особенности правовой природы интеллектуальной собственности и на замечание, что ее возникновение и защита обеспечиваются государством, и даже несмотря на то, что последствия IP-споров часто порождают **erga omnes** эффект, правоприменительная практика находит способы обеспечить арбитрабельность значительной части IP-споров. Граница с каждым годом сдвигается в сторону увеличения зоны арбитрабельности таких споров. Сегодня уже имеются примеры правовых систем, признавших полную арбитрабельность IP-споров.

Основные типы споров об интеллектуальных правах и их арбитрабельность. Наиболее типичными спорами об объектах интеллектуальных прав являются следующие:

1. **Договорные споры.** Споры об исполнении договоров по поводу объектов интеллектуальных прав (лицензионных договоров, договоров об отчуждении IP, франчайзинговых договоров и т.п.). К таким спорам в числе прочего относятся споры о договорных платежах, о нарушении условий лицензирования, о моменте перехода прав, о заключении и расторжении договоров и об их действительности.

2. **Споры о нарушении интеллектуальных прав** - споры о незаконном использовании объектов интеллектуальных прав, об их незаконном распространении, переработке, ином введении в гражданский оборот без разрешения правообладателя. Ответственность нарушителя предусмотрена законом, а не только контрактом. Мерами ответственности для нарушителя могут являться не только договорные неустойки или штрафы, но и предусмотренные законом компенсации или обязанность по возмещению

убытков.

3. Споры о действительности, принадлежности и существовании интеллектуальных прав: споры об охраноспособности регистрируемых объектов интеллектуальных прав, например о различительной способности товарных знаков, о соответствии изобретения или полезной модели критерию новизны, изобретательского уровня, о сходстве зарегистрированного товарного знака с более ранним средством индивидуализации, споры о прекращении правовой охраны товарного знака в связи с неиспользованием, споры о том, кто является автором, патентообладателем или правообладателем, кем был создан конкретный объект интеллектуальной собственности и кому принадлежит право на его регистрацию (применительно к промышленной собственности).

Рассмотрим подробно вопрос об арбитрабельности каждой из названных групп.

В большинстве правовых систем группа **договорных споров** является арбитрабельной, что вполне логично. Последствия решения по данному спору касаются исключительно участников такого спора. Компетенция государства и интересы третьих лиц прямо не затрагиваются. Даже с учетом того факта, что регистрируемые интеллектуальные права возникли вследствие действий государства и по итогам специально проведенной экспертизы, препятствий для арбитрабельности договорных споров не имеется, поскольку в рамках таких споров не затрагивается вопрос о существовании или действительности интеллектуальных прав.

Единственный аргумент, который может быть применен к договорным спорам, из числа публично-правовых аргументов, рассмотренных нами ранее, - это аргумент о том, что для исполнения решения по договорному спору, если речь идет о расторжении, изменении или действительности договора о передаче прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности, потребуется вовлечение государственного органа. Однако приравнивание государственной регистрации, просто фиксирующей результаты волевых действий сторон (а в данном случае это именно так в отличие от первичной регистрации патента или товарного знака), к публично-правовому элементу не раз подвергалось критике.

В частности, такой подход был опровергнут в Постановлении N 10-П. Разбирая вопрос об арбитрабельности споров о недвижимости, Конституционный Суд РФ прямо указал: "...Отношения по поводу государственной регистрации нельзя считать содержательным элементом спорного правоотношения, суть которого остается частноправовой, а "публичный эффект" проявляется лишь после удостоверения государством сделки или юридически значимого действия..."

Такая позиция представляется верной и обоснованной. Применительно к договорным спорам об интеллектуальной собственности можно сделать аналогичный вывод. Если весь "публичный элемент" сводится не к реальному влиянию арбитражного решения на публичные интересы, а к простой формальной фиксации путем регистрационных действий результатов частноправового спора, влияющего только на стороны этого спора, то по критерию природы спора (который, на наш взгляд, и является единственным и правильным критерием арбитрабельности) каких-либо препятствий для арбитрабельности договорных споров об IP не имеется.

Арбитражная и судебная практика как в РФ <97>, так и в большинстве других стран мира подтверждает арбитрабельность договорных споров об интеллектуальной собственности. Судебная практика, касающаяся признания и исполнения арбитражных решений по таким спорам, также исходит из их арбитрабельности <98>.

<97> См., например: решения МКАС при ТПП РФ от 22.03.2016 по делу N 261/2014; от 05.05.2015 по делу N 176/2014; от 16.03.2012 по делу N 100/2011; от 30.11.2011 по делу N 266/2010 // СПС "КонсультантПлюс".

<98> См., например: Постановление АС Поволжского округа от 01.07.2016 N Ф06-10571/2016; Определения ВС РФ от 09.10.2015 по делу N 305-КГ15-5805, от 29.10.2014 по делу N 305-ЭС14-829 // СПС "КонсультантПлюс".

Группа споров о нарушении интеллектуальных прав в целом, по нашему мнению, является арбитрабельной, что подтверждается арбитражной <99> и судебной практикой <100> как в России, так и во многих других странах мира, поскольку привлечение к ответственности определенного нарушителя за нарушение прав другого определенного лица по природе и по последствиям имеет явно частноправовую природу.

<99> См., например: решение Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма от 17.03.2008 по иску "Эрик ван Эгераат Ассошиейтед Архитектс Б.В." к ООО "Капитал Групп".

<100> См., например: Постановление ФАС Московского округа от 27.08.2009 N КГ-А40/8155-09 // СПС "КонсультантПлюс".

Необходимо отметить такую особенность данной группы споров, как возможное сочетание договорной и внедоговорной ответственности, применяемой к нарушителю. Например, в случае, когда между сторонами заключен договор подряда, в ходе исполнения которого планируется создание объекта интеллектуальной собственности (проектной документации, программного обеспечения, технологии и т.п.), а в самом договоре отсутствуют специальные условия об ответственности сторон (чаще - исполнителя) за нарушение интеллектуальных прав, спор о нарушении таких прав может рассматриваться в соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в договоре. Несмотря на то что будут применяться законные, а не договорные меры ответственности (например, взыскание предусмотренных законом сумм компенсаций), оснований для признания спора неарбитрабельным не будет <101>. Тот факт, что применяемые меры ответственности являются внедоговорными, не исключает применение арбитражной оговорки, особенно если она представляет собой широкую арбитражную оговорку и распространяется на споры по договору и связанные с договором споры.

<101> См., например: решение МКАС при ТПП РФ от 25.09.2008 N 87/2006 // СПС "КонсультантПлюс".

В случае же, когда между правообладателем и нарушителем отсутствует какой-либо договор, передача спора в арбитраж возможна лишь после заключения между сторонами потенциального спора арбитражного соглашения о рассмотрении спора в арбитраже.

Споры о действительности и существовании интеллектуальных прав, особенно споры об охраноспособности регистрируемых объектов интеллектуальных прав и средств индивидуализации (изобретения, промышленные образцы, полезные модели, товарные знаки), а также споры о действительности регистраций данных объектов и прав на данные объекты чаще всего признаются неарбитрабельными. Именно в них наиболее полно выявляется их частично публично-правовая природа.

Результат рассмотрения таких споров порождает **erga omnes** эффект. Наличие или отсутствие прав на конкретный товарный знак или патент затрагивает права не только участников спора, но и неопределенно широкого круга лиц.

Получается, что арбитражное решение по спору между всего лишь двумя участниками гражданского оборота в отношении недействительности или действительности прав на зарегистрированный объект интеллектуальной собственности порождает эффект, выходящий далеко за пределы отношений сторон и прямо влияющий на права третьих лиц, не участвовавших в арбитражном разбирательстве (**invalidity in rem**) <102>.

<102> Cook T., Garcia A. Op. cit. Ch. 4. Arbitrability of IP Disputes. P. 49 - 76.

В некоторых юрисдикциях (например, в США) арбитрабельность споров о действительности интеллектуальных прав обеспечивается тем, что им придается **inter partes** эффект <103>, т.е. их результат влияет на правоотношения истца и ответчика, но не меняет объема прав и обязанностей третьих лиц - речь идет об **invalidity in personam**.

<103> Cook T., Garcia A. Op. cit. P. 49 - 76; Halket T.D. Arbitration of International Intellectual Property Disputes. Juris Publishing, Inc., 2012.

В Российской Федерации данная категория споров неарбитрабельна. Российские суды (как и суды многих других юрисдикций) <104> исходят из того, что рассмотрение вопросов о существовании и действительности прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности относится к компетенции национальных судов или госорганов. В РФ это Палата по патентным спорам Роспатента.

<104> Например, Чили, Индия, Южная Корея, ОАЭ.

В качестве примера можно сослаться на Постановление ФАС Московского округа от 06.12.2012 по делу N А40-95581/12-143-296. Хотя предметом рассмотрения по данному делу был вопрос о действительности договора об отчуждении прав на товарный знак, а не вопрос о действительности самого права на товарный знак, суд, вынося решение, сформулировал позицию, относящуюся как к спорам о действительности договоров, так и к спорам о действительности прав на объекты интеллектуальной собственности.

В частности, суд указал: "...Вопросы, касающиеся административно-правовых и иных публичных отношений... не могут быть предметом рассмотрения третейского суда..."

Осуществление Роспатентом действий по аннулированию записи в Государственном реестре товарных знаков является исполнением им государственной функции по осуществлению ведения Государственного реестра товарных знаков и знаков обслуживания РФ.

Таким образом, отношения, связанные как с государственной регистрацией товарного знака, так и с аннулированием регистрационной записи, имеют публично-правовой характер, а решение третейского суда, обязывающее Роспатент совершить соответствующие действия, - публично-правовые последствия..." (выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**).

Несмотря на то, что с процитированным решением трудно согласиться в части неарбитрабельности споров о недействительности договора об отчуждении прав на товарный знак (поскольку в этом случае регистрация представляет собой лишь формальную фиксацию волевых действий сторон), рассуждения суда следует признать справедливыми в отношении оспаривания действительности прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности.

Нельзя игнорировать тот факт, что решение о регистрации патента или товарного знака осуществляется государством после серьезной и сложной экспертизы заявленного обозначения или объекта промышленной собственности, а не принимается в качестве формального акта. Решением о регистрации значительно ограничиваются права иных участников гражданского оборота, которые теряют возможность свободно использовать идентичные или сходные объекты IP, а также приобретать права на них.

Следовательно, при признании арбитрабельности данных споров нужно допустить, что арбитраж, который изначально предназначен для разрешения частноправовых споров между отдельными участниками гражданского оборота (и весь комплекс процессуальных правил арбитража, предоставляющий сторонам широкие права по управлению процессом, направлен на достижение этой цели), будет эффективным инструментом для принятия решений, влияющих на неопределенный круг лиц.

Как указывалось выше, данная проблема преодолевается в отдельных юрисдикциях путем распространения арбитражных решений по таким спорам исключительно на правоотношения сторон (**inter partes** эффект) либо путем включения в процедуру исполнения арбитражного решения обязательного уведомления о состоявшемся арбитражном решении и о том, что компетентным судом было произведено признание и исполнение данного решения (Швейцария, США). В рамках такой концепции патентное ведомство рассматривается в качестве своего рода агента, придающего арбитражному решению официальную публичную силу <105>.

<105> Grantham W. The Arbitrability of International Intellectual Property Disputes // Berkeley Journal of International Law. 1996. Vol. 14. P. 173 - 221.

Тем не менее, несмотря на то что в мировой практике имеются тенденции расширения арбитрабельности для данной группы споров, следует признать, что на сегодняшний день в большинстве случаев подобные споры все же признаются неарбитрабельными.

Неоднозначной и менее обсуждаемой сохраняется ситуация со спорами о действительности нерегистрируемых прав (например, споров об авторстве, о принадлежности фирменных наименований). На наш взгляд, при всей близости природы таких споров к спорам о действительности прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности они имеют больше шансов на признание их арбитрабельными, поскольку возникновение прав на нерегистрируемые объекты IP, а также их изменение и прекращение не связаны с действиями государственных органов.

Общая оценка арбитрабельности споров об интеллектуальных правах. Из всего изложенного ранее можно сделать вывод о том, что в большинстве юрисдикций в настоящее время споры об интеллектуальных правах являются частично арбитрабельными. Наиболее легко признается арбитрабельность договорных споров об IP и споров о нарушении интеллектуальных прав. В разных юрисдикциях по-разному решается вопрос об арбитрабельности споров о действительности, существовании и принадлежности интеллектуальных прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности. Пока наиболее распространенной является позиция об отнесении данных споров к публично-правовым и неарбитрабельным. При этом прослеживается отчетливая тенденция, направленная на изменение существующей ситуации и на расширение зоны арбитрабельности, в том числе путем придания арбитражным решениям по данной категории споров **inter partes** эффекта. Возможно, что в ближайшие десятилетия опыт США и Швейцарии распространится и на другие юрисдикции. В частности, иллюстрацией данной тенденции может служить дело **Liv Hidravlika D.O.O. v. S.A. Diebolt** (2008). Между сторонами спора был заключен лицензионный договор в отношении французского патента. Договор содержал арбитражную оговорку о рассмотрении споров по нему в порядке арбитража по правилам ICC в Париже. В ходе спора возник вопрос о действительности патента. Ответчик заявил возражение по поводу компетенции арбитража и арбитрабельности вопроса о действительности патента. Арбитраж признал свою компетенцию и рассмотрел спор.

Впоследствии спор по вынесенному арбитражному решению был рассмотрен Парижским апелляционным судом (Paris Court of Appeal), который пришел к выводу, что вопрос о действительности патента является арбитрабельным, если он возник в связи с иным, более широким спором и если решение по спору между сторонами затрагивает исключительно стороны <106>.

<106> "The validity of patent is arbitrable when it arises incidentally as a result of a much broader dispute and the effect of the decision is only between the parties". Цит. по: Halket T.D. Op. cit.

Законодательное регулирование порядка рассмотрения споров об интеллектуальных правах в Российской Федерации. В соответствии со ст. 1248 ГК РФ споры, связанные с защитой нарушенных или оспоренных интеллектуальных прав, рассматриваются и разрешаются судом. Эта формулировка позволяет сделать вывод о том, что возможно рассмотрение вышеуказанных споров и в третейских судах.

Часть 2 ст. 1248 ГК РФ устанавливает, что защита интеллектуальных прав в отношениях, связанных с подачей и рассмотрением заявок на выдачу патентов на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, товарные знаки, знаки обслуживания и наименования мест происхождения товаров; с государственной регистрацией этих результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации; с выдачей соответствующих правоустанавливающих документов; с оспариванием предоставления этим результатам и средствам правовой охраны или с ее прекращением, осуществляется в административном порядке (п. 2 ст. 11 ГК РФ) федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

Таким образом, ГК РФ прямо относит рассмотрение споров, связанных с действительностью, существованием и принадлежностью регистрируемых объектов интеллектуальных прав к компетенции административных органов, что исключает их арбитрабельность.

Кроме того, ст. 33 АПК РФ и ст. 27 ГПК РФ устанавливают, что не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда споры о защите интеллектуальных прав с участием организаций, осуществляющих управление авторскими и смежными правами на коллективной основе, и споры, относящиеся к подсудности Суда по интеллектуальным правам в соответствии с ч. 4 ст. 34 АПК РФ. В ст. 34 АПК РФ к полномочиям Суда по интеллектуальным правам отнесены дела по спорам о предоставлении или прекращении правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации (за исключением объектов авторских и смежных прав, топологий интегральных микросхем), а также дела об оспаривании актов федеральной исполнительной власти в сфере патентных прав и прав на селекционные достижения, права на топологии интегральных микросхем, права на секреты производства (ноу-хау), права на средства индивидуализации юридических лиц.

Таким образом, в России неарбитрабельны не только споры, касающиеся действительности и принадлежности прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности, но и споры с участием организаций, управляющих правами на коллективной основе. Какова правовая основа такого исключения, не совсем ясно.

Кроме того, с учетом положений ст. 34 АПК РФ, относящей к компетенции Суда по интеллектуальным правам споры об оспаривании актов госорганов в сфере интеллектуальной собственности, связанных с нерегистрируемыми объектами IP, в частности с ноу-хау, получается, что неарбитрабельным может быть признан, например, договорный спор по договору франчайзинга (если, допустим, речь идет об условиях о территории лицензирования или о расторжении договора) только потому, что для исполнения арбитражного решения потребуются внесение изменений в регистрационные записи реестра, а стало быть, будет изменен изначальный акт федерального государственного органа о регистрации договора.

Как уже упоминалось, приравнивание необходимости регистрационных действий к публично-правовой природе спора представляется совершенно неправильным. Остается надеяться, что данный подход будет изменен правоприменительной практикой и последующим развитием законодательства.

Статья 248 АПК РФ относит к исключительной компетенции арбитражных судов РФ по делам с участием иностранных лиц дела по спорам, связанным с выдачей патентов, регистрацией и выдачей свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели или регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации или выдачи патента либо свидетельства в РФ. Таким образом, дополнительно закрепляется неарбитрабельность споров о действительности, существовании и принадлежности прав на регистрируемые объекты интеллектуальной собственности.

Проблемы, возникающие при признании и приведении в исполнение арбитражных решений по спорам об интеллектуальной собственности. С учетом наличия в разных правовых системах существенных отличий в сфере установления исключительной компетенции государственных судов или специальных госорганов в отношении рассмотрения отдельных групп споров об интеллектуальной собственности (в основном различия, конечно, касаются споров о действительности и принадлежности прав на регистрируемые объекты IP) при исполнении арбитражного решения по спору об объектах интеллектуальных прав на территории другого государства могут возникнуть сложности в связи с конфликтом между арбитражным решением и императивными нормами правовой системы места исполнения решения.

Наиболее распространенным основанием для отказа в признании и исполнении арбитражного решения по спору, касающемуся IP, является ссылка на ст. 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г., согласно которой в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что (а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны или (б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой

страны.

Вполне очевидно, что если согласно законодательству места исполнения спор, рассмотренный арбитражем, является неарбитрабельным и относится к исключительной компетенции государственного суда или специального госоргана, то в его исполнении может быть отказано со ссылкой на нарушение публичного порядка или на то, что по закону этой страны он неарбитрабелен.

Невозможно в настоящее время дать какой-то универсальный анализ способов преодоления этого риска, однако, как мы уже неоднократно упоминали, есть надежда, что подход судов к арбитрабельности IP-споров, в том числе о регистрируемых объектах интеллектуальных прав, станет более гибким.

6.3.5. Арбитрабельность и банкротство <*>

<*> Авторы параграфа благодарят Е.В. Лиджиева за помощь в подготовке материала.

Арбитрабельность дела о банкротстве и отдельных обособленных споров по делу о банкротстве. Дело о банкротстве лица является одной из немногих категорий споров, невозможность рассмотрения которых в арбитраже обычно прямо устанавливается в законодательстве. Российское законодательство предусматривает такое ограничение арбитрабельности в п. 3 ст. 33 Закона о банкротстве: "Дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд".

Неарбитрабельность дел о банкротстве обоснована как тем, что банкротство вовлекает большое количество участников, прежде всего кредиторов должника, чье согласие на арбитраж получить фактически нереально, так и публично-правовым эффектом, выраженным в публичном объявлении лица финансово несостоятельным и распределении его имущества (конкурсной массы) среди кредиторов. К числу существенных признаков несостоятельности, как выразился Г.Ф. Шершеневич, должно быть отнесено стечение всех кредиторов: "Необходимость наличности нескольких кредиторов, которые конкурировали бы в требовании удовлетворения, лежит в самом понятии конкурса и должна быть всегда сохранена как условие если не для открытия, то во всяком случае для осуществления конкурсного производства" <107>.

<107> Шершеневич Г.Ф. Учение о несостоятельности. Казань, 1890. С. 82 - 83.

В силу этого повсеместно государство сохраняет в сфере банкротства прерогативу защиты публичных интересов за государственным судом.

Невозможность рассмотрения дела о банкротстве в третейском суде, будь то международный или национальный суд, влечет ситуацию, когда стороны такого дела не вправе заключить арбитражное соглашение в целях рассмотрения его в третейском суде. Даже если представить такую фантастическую ситуацию, что все кредиторы, сам должник, его учредители, уполномоченные государственные органы, работники должника подписали соглашение, содержащее арбитражную оговорку, такое соглашение будет недействительным в силу прямого противоречия упомянутой норме Закона о банкротстве и ст. ст. 10, 168 ГК РФ. Данные нормы применимы, даже если некоторые стороны (например, кредиторы) являются иностранными лицами, так как неизбежно одной из сторон выступает должник, чье право на заключение арбитражного соглашения определяется в соответствии с его личным законом (**lex personalis** или **lex societatis**).

В реальности заключение такого арбитражного соглашения между всеми сторонами невозможно, поскольку заинтересованными лицами в процессе несостоятельности должника будет очень обширный круг участников. Среди них могут быть физические и юридические лица, частные лица и публичные органы, учредители должника и его работники, лица, домицилированные в юрисдикции должника и в иностранной юрисдикции. Специальным статусом обладает такая фигура, как управляющий (в различных правовых порядках арбитражный, административный, доверительный управляющий и др.). С процессуальной точки зрения ведение арбитражного разбирательства дела о банкротстве со всеми данными участниками

нецелесообразно и трудноосуществимо.

Передача дела о банкротстве лица в третейский суд противоречит ряду характеристик рассмотрения дела в арбитраже.

Во-первых, принципы конфиденциальности и приватности, свойственные третейскому разбирательству, недопустимы в деле о банкротстве. Напротив, решения о введении процедуры банкротства намеренно публикуются для доведения этой информации до всех заинтересованных лиц.

Во-вторых, гибкость арбитров в выборе применимого материального и процессуального права также представляется невозможной при рассмотрении дела о банкротстве, где национальные правила несостоятельности носят императивный характер.

В-третьих, вероятные объективные финансовые трудности должника ставят под сомнение возможность оплаты значительных сумм гонораров арбитров и сборов администрирующих органов за счет должника.

При этом, признавая невозможность передачи самого дела о банкротстве лица в арбитраж, можно поставить следующий вопрос: допустима ли в соответствии с личным законом должника передача в арбитраж отдельных обособленных споров по делу о его банкротстве?

Такое разделение дела о банкротстве и арбитрабельности "чистых" вопросов банкротства и отдельных вопросов, связанных с банкротством одной из сторон арбитражного соглашения, поддерживается, в частности, А. Редферном и М. Хантером <108>.

<108> Redfern A., Hunter M. International Commercial Arbitration. Oxford University Press, 2009. § 2.128.

Значительная часть обособленных споров по делу о банкротстве не носит частноправового характера, и их передача в арбитраж нецелесообразна. Среди них, согласно Закону о банкротстве, можно выделить обжалование действий арбитражного управляющего, оспаривание решений собраний и комитетов кредиторов должника, вопросы утверждения условий оценки и продажи имущества должника, установление вознаграждения управляющему, привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности и др.

Частноправовой элемент присутствует в спорах о включении требований кредиторов в реестр кредиторов, об оспаривании сделок должника.

Ключевым элементом ответа на вопрос об арбитрабельности этих споров является наличие явно выраженной воли на арбитраж заинтересованных лиц.

Если представить, что будет обеспечен высокий уровень профессионализма арбитров, их независимость и беспристрастность от должника, то такой способ может заинтересовать кредиторов. Более того, нередко рассмотрение обоснованности требований кредиторов к должнику осуществляется не государственным судом, а арбитражным управляющим. Такой механизм известен как иностранным правовым порядкам (например, праву Австралии <109>), так и российскому законодательству. Рассмотрение требований к кредитной организации в деле о ее банкротстве первоначально осуществляется управляющим (в частности, Агентством по страхованию вкладов) и лишь при наличии разногласий передается по инициативе несогласного кредитора в государственный суд (ст. 189.85 Закона о банкротстве). Поэтому можно допустить передачу споров о рассмотрении требований в арбитраж при соблюдении баланса интересов кредиторов и должника и создании эффективной процедуры разрешения спора.

<109> См. информацию для кредиторов на сайте Комиссии по инвестициям и ценным бумагам Австралии: http://download.asic.gov.au/media/1340240/Liquidation_guide_for_creditors.pdf (дата посещения - 25.02.2018).

Однако исходя из принципа стечения всех кредиторов заключение арбитражной оговорки со всеми кредиторами, конкурирующими между собой, на данный момент в российском праве трудно представить в реальности.

Законодательство о несостоятельности предусматривает институт конкурсного оспаривания сделок должника, который направлен на возврат имущества, отчужденного ранее, в конкурсную массу для его дальнейшего распределения между конкурсными кредиторами. Данное оспаривание осуществляется по иным основаниям недействительности, отличным от установленных в гражданском законодательстве, следовательно, такие сделки подлежат рассмотрению судом в деле о банкротстве.

В частности, российский Закон о банкротстве предусматривает подобные основания конкурсного оспаривания сделок в отдельной гл. III.1. По сделкам заявители вправе подать конкурсный управляющий должника и его конкурсные кредиторы (с цензом в 10% от общего количества голосов в реестре требований кредиторов, за исключением сторон по оспариваемой сделке).

Оспаривание по данным основаниям в деле о банкротстве является очередной императивной нормой, направленной на соблюдение баланса интересов заинтересованных лиц. Между тем в соответствии с действующей редакцией Закона о банкротстве конкурсное оспаривание невозможно в процедуре наблюдения по заявлению как временного управляющего, так и других кредиторов, поэтому оспаривание подозрительных сделок происходит по общегражданским основаниям. Как следует из разъяснений Пленума ВАС РФ, арбитражное соглашение, содержащееся в условиях сделки должника, в отношении которого введена процедура наблюдения, сохраняет свое действие в отношении исков об оспаривании данной сделки по основаниям недействительности, предусмотренным в ГК РФ или корпоративном законодательстве <110>.

<110> Постановление Пленума ВАС РФ от 23.12.2010 N 63 "О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)". Пункт 17 // СПС "КонсультантПлюс".

Фактически данный спор будет находиться вне рамок дела о банкротстве должника и будет вестись параллельно с ним.

Таким образом, не только само дело о банкротстве в силу своей публично-правовой природы и принципов защиты прав большого круга лиц, в том числе конкурирующих между собой кредиторов, не является арбитрабельным, но также, по сути, все отдельные обособленные споры, входящие в дело о банкротстве, не представляется возможным передать на рассмотрение в арбитраж.

Последствия введения процедуры банкротства. Последствия инициирования банкротства для арбитража и, в частности, для арбитражного соглашения (и уже начатого арбитражного разбирательства) представляют собой одну из наиболее интересных практических задач соприкосновения арбитража и банкротства.

Первым вопросом в этой связи является право, применимое к последствиям несостоятельности.

По мнению Р.М. Ходыкина, это может быть:

- **lex causae**, т.е. материальное право, применимое к существу спора;
- **lex concursus**, т.е. право, применимое к процедуре банкротства;
- **lex arbitri**, т.е. право места арбитража <111>.

<111> Ходыкин Р.М. Несостоятельность и международный коммерческий арбитраж // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 1. С. 15.

Так, данный коллизийный вопрос был поднят в деле **Vivendi Universal S.A. v. Electrim S.A.**, рассмотренном в LCIA и государственных судах Англии.

Ответчик, который был признан банкротом в ходе арбитражного разбирательства, возражал против компетенции LCIA, ссылаясь на свой личный закон (Польша), согласно которому арбитражное соглашение становится недействительным с даты объявления должника несостоятельным. Составом арбитров тем не менее было применено право места арбитража и тем самым установлено наличие компетенции на рассмотрение спора <112>.

<112> Цит. по: Foster D., Walsh S. The Effects of Insolvency on Arbitration Proceedings // The European and Middle Eastern Arbitration Review. Global Arbitration Review, 2009. P. 11.

При этом фактически состав арбитров вправе учесть принцип исполнимости своего решения или сверхимперативный характер норм действительности арбитражного соглашения и на основе этого применить право места открытия процедуры банкротства.

В ЕС последствия введения банкротства для арбитражных соглашений, по которым не были поданы иски, определяются в соответствии с правом государства - участника ЕС, на чьей территории процедура банкротства была начата, тогда как в отношении уже начатых разбирательств применяется **lex fori**, а применительно к международному коммерческому арбитражу - **lex arbitri** <113>.

<113> См.: ст. ст. 4.1, 4.2f, 15 Регламента ЕС N 1246/2000 о процедурах банкротства: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:160:0001:0018:en:PDF> (дата посещения - 25.02.2018).

В России выбор применимого права сделан в пользу **lex concursus** в п. 5 ст. 1 Закона о банкротстве, где указывается, что отношения с иностранными кредиторами регулируются в соответствии с данным Законом.

Последствия банкротства для арбитража различаются в зависимости от той стороны арбитражного соглашения, в отношении которой открылась процедура банкротства.

Если истец был признан банкротом, то по российскому праву данный факт не порождает никаких негативных последствий для арбитражного соглашения, в том числе его недействительности или неисполнимости.

В этой связи важно понимать, что открытие конкурсного производства влечет смену руководителя истца на арбитражного управляющего, который, однако, связан действием арбитражной оговорки, и при подаче им иска в государственный суд иск будет оставлен без рассмотрения, как следует из последней судебной практики <114>.

<114> Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.09.2015 по делу N А56-7520/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

В случае банкротства конкурсный управляющий вправе реализовать оговорку и начать арбитраж, а в отношении начатого арбитража - участвовать в разбирательстве от имени истца-банкрота.

Последствия введения банкротства в отношении ответчика различаются в зависимости от двух параллельно развивающихся факторов:

- 1) насколько далеко продвинулся истец в реализации арбитражного соглашения:
 - а) подан ли иск в арбитраж;

б) вынесено ли арбитражное решение;

в) подано ли заявление о признании и приведении в исполнение арбитражного решения в компетентный государственный суд;

2) насколько далеко продвинулась процедура банкротства должника:

а) введено ли наблюдение в отношении должника;

б) введено ли конкурсное производство в отношении должника <115>.

<115> Введение иных процедур банкротства (финансового оздоровления и внешнего управления) не имеет последствий для арбитражной оговорки и арбитражного решения.

Момент возбуждения дела о банкротстве (дата вынесения арбитражным судом определения о принятии к производству заявления кредитора о признании должника банкротом) не влечет каких-либо последствий для арбитража.

Из анализа норм Закона о банкротстве и разъяснений упоминавшегося Пленума ВАС РФ о процессуальных вопросах рассмотрения дел о банкротстве можно сформировать три последствия введения процедуры банкротства для арбитража.

1. Вправе ли истец инициировать арбитражное разбирательство или подать заявление о признании и приведении в исполнение вынесенного арбитражного решения, если введена процедура наблюдения в отношении ответчика? - Арбитражное соглашение неисполнимо, но действительно, так как на основании ч. 2 п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве с момента введения наблюдения все денежные требования должны быть предъявлены в арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве.

Указанная норма подробно разъяснена в Постановлении Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 N 35 "О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве" <116>.

<116> Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 N 35 "О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве". Пункт 27 // СПС "КонсультантПлюс".

С момента введения наблюдения все денежные требования, предъявленные не в деле о банкротстве, подлежат оставлению без рассмотрения в порядке ст. 148 АПК РФ и ст. 222 ГПК РФ. Это относится к искам как в государственный суд, так и в арбитраж, а также к заявлениям по правилам § 2 гл. 30 и гл. 31 АПК РФ и ст. ст. 416, 417 и гл. 47 ГПК РФ.

Если же производство по делу о банкротстве будет прекращено, данные требования могут быть повторно предъявлены, в том числе в третейский суд.

При этом в разъяснении Пленума ВАС РФ указывается, что данное правило распространяется на иски, поданные в день введения наблюдения или в любой последующий день. Применительно к арбитражу важно разграничить момент подачи иска или просьбы об арбитраже и момент начала арбитража, определяемый как момент получения иска ответчиком. Представляется, что для целей квалификации исполнимости арбитражного соглашения необходимо устанавливать именно момент направления иска истцом в арбитражное учреждение или ответчику в случае арбитража **ad hoc**.

Если иск был все же подан в день введения наблюдения <117> или после, то компетенция по применению указанных последствий находится у состава арбитража, формирующегося в соответствии с арбитражным соглашением, поскольку полномочия арбитражного института ограничены администрированием дел и не могут касаться применения норм права. В свою очередь, это означает, что будут понесены издержки на формирование состава арбитров, которые будут возложены, скорее, на

истца, подавшего иск в ненадлежащий суд.

<117> День объявления резолютивной части определения арбитражного суда о введении процедуры наблюдения, но не день изготовления определения в полном объеме.

Как было указано, данное последствие также применяется к заявлениям стороны, в чью пользу было вынесено арбитражное решение, о признании и приведении в исполнение данного решения. Если такое заявление еще не подано ни в один государственный суд, то кредитору надлежит предъявить свои денежные требования в деле о банкротстве вместе с вынесенным в его пользу арбитражным решением. Его требования будут рассматриваться на предмет наличия оснований для отказа в признании и приведении в исполнение решения, но уже судом по делу о банкротстве.

Если же кредитор подаст заявление о признании и приведении в исполнение арбитражного решения в государственный суд, то суд должен будет последовать указаниям Пленума ВАС РФ и оставить такое заявление кредитора без рассмотрения.

Применение института оставления без рассмотрения (ст. 148 АПК РФ и ст. 222 ГПК РФ) к арбитражу представляется в некоторой степени затруднительным с процессуальной точки зрения. Буквально такое процессуальное правило не содержится ни в Законе об арбитраже, ни в Законе о МКА, ни в Законе о третейских судах. Более того, во всех известных арбитражных регламентах также не предусматривается "оставление иска без рассмотрения".

Состав арбитров, рассматривая поступивший иск к ответчику, в отношении которого введена процедура наблюдения, вправе установить отсутствие у него на текущий момент компетенции на рассмотрение спора в силу неисполнимости арбитражного соглашения и прекратить арбитражное разбирательство на основании ст. ст. 16 и 36 Закона об арбитраже.

Такое процессуальное разрешение спора представляется наиболее обоснованным и призванным исполнить императивные нормы Закона о банкротстве и разъяснения Пленума ВАС РФ. При этом у истца сохраняется возможность просить возобновления арбитражного разбирательства после прекращения производства по делу о банкротстве, послужившего основанием для неисполнимости арбитражного соглашения.

Тем не менее даже подача иска в арбитраж после введения процедуры наблюдения в отношении ответчика не влечет негативных последствий для имущественных требований истца как таковых. Пленумом ВАС РФ отмечено, что подача иска в ненадлежащий суд (в том числе в арбитраж) и рассмотрение его по существу "само по себе не препятствует в дальнейшем включению соответствующего требования в реестр". Такие действия не влекут прекращения обязательств должника или недействительность требований.

2. Каковы последствия введения процедуры наблюдения в отношении уже начатого арбитражного разбирательства или производства по признанию и приведению в исполнение арбитражного решения? - Истец или заявитель вправе ходатайствовать о приостановлении арбитражного разбирательства или процесса по признанию решения и обратиться в государственный суд по делу о банкротстве должника.

Второй сценарий основан на разъяснениях норм ст. ст. 63 и 126 Закона о банкротстве Пленумом ВАС РФ и относится к влиянию открытия процедуры наблюдения в отношении ответчика на уже начатое к этому моменту арбитражное разбирательство <118>.

<118> Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 N 35. Пункт 28.

Начатое арбитражное разбирательство подразумевает получение ответчиком искового заявления от арбитражного учреждения или самого истца в случае арбитража **ad hoc**.

В связи с установлением факта введения процедуры наблюдения в отношении ответчика последствия для арбитража определяются выбором истцом следующих действий:

1) просить состав арбитров приостановить разбирательство, для того чтобы подать требование о включении в реестр в деле о банкротстве;

2) продолжать рассматривать иск в арбитраже, не имея права предъявить требование в деле о банкротстве.

Введение процедуры наблюдения само по себе не влечет негативных последствий для уже рассматриваемого составом арбитров иска, так как состав арбитров вправе без каких-либо препятствий и рисков рассматривать дело по существу и выносить арбитражное решение.

Указанные последствия по аналогии с первым сценарием применяются к возбужденному процессу по признанию и приведению в исполнение арбитражного решения.

Важно, что выбор какого-либо из последствий зависит от воли кредитора, подавшего иск в арбитраж, а не от должника. Из разъяснений Пленума ВАС РФ следует, что, даже если должник подает ходатайство о приостановлении рассмотрения иска (в арбитраже или государственном суде), это не имеет правового значения.

В данном случае основные риски и ответственность несет на себе кредитор, предъявивший иск в арбитраж.

С одной стороны, продолжение арбитражного разбирательства содержит все преимущества арбитража как такового: гибкость, квалификация арбитров, конфиденциальность, финальность и исполнимость решения и др. Более того, следует учитывать, что в таком случае истец понесет финансовые издержки на оплату необходимых арбитражных сборов.

С другой стороны, отказ кредитора от приостановления арбитражного разбирательства имеет свою цену, так как он не имеет права предъявить свои требования должнику в двух процессах одновременно ввиду конкуренции юрисдикций. В таком случае кредитор не приобретает права конкурсного кредитора в процедуре наблюдения, например не имеет права голоса на первом собрании кредиторов должника, имеющем существенное значение для дальнейшей судьбы процедуры банкротства. Кроме того, кредитор не способен отслеживать требования других кредиторов и возражать против них в деле о банкротстве, что важно для недопущения к процедуре банкротства недобросовестных кредиторов, зачастую аффилированных с должником.

Также необходимо учитывать, что по общему правилу процедура наблюдения занимает 6 месяцев. В это время истец может упустить включение в реестр других кредиторов и время на предъявление возражений против них. Более того, не всякое арбитражное разбирательство завершится за 6 месяцев, а конкурсное производство нивелирует временные выгоды от продолжения арбитражного разбирательства.

3. Каковы последствия открытия конкурсного производства для ведущегося арбитражного разбирательства или процесса по признанию и приведению в исполнение арбитражного решения? - Арбитражная оговорка утрачивает силу, состав арбитров утрачивает компетенцию на рассмотрение спора, а все требования кредиторов к должнику должны быть в обязательном порядке предъявлены в деле о его банкротстве.

Открытие процедуры конкурсного производства происходит на основании решения компетентного государственного арбитражного суда о признании должника несостоятельным (банкротом).

Одним из последствий открытия конкурсного производства в отношении должника является обязательность предъявления всех требований по денежным обязательствам в ходе конкурсного производства (ст. 189.85 Закона о банкротстве), т.е. в деле о банкротстве должника.

Указанное правило - императивная норма Закона о банкротстве, распространяющаяся на все (за определенным исключением) имущественные требования. Так, среди этих исключений виндикационные иски, иски о признании права собственности, об оспаривании и применении последствий

недействительности ничтожных сделок, а также требования по текущим платежам (т.е. возникшим после возбуждения дела о банкротстве).

Все остальные денежные требования, в том числе уже переданные на рассмотрение арбитража, государственного суда в исковом производстве или производстве по признанию и приведению в исполнение арбитражного решения, в обязательном порядке подлежат предъявлению в деле о банкротстве.

Здесь снова встает вопрос о процессуальных действиях лиц в арбитраже при наступлении такого события. Государственный суд, рассматривающий какой-либо иск, обязан оставить его без рассмотрения, если стало известно о признании ответчика банкротом. Как упоминалось в первом сценарии, идентичного механизма "оставления без рассмотрения" в международном коммерческом арбитраже, как правило, не предусматривается. Тем не менее этот вопрос может быть решен на основании арбитражного регламента или закона места арбитража. Так, например, Закон о МКА предусматривает, что состав арбитров прекращает арбитражное разбирательство, если его продолжение стало ненужным или невозможным (ст. 32). Более того, Президиумом ВАС РФ было пояснено применительно к внутреннему арбитражу, что третейский суд обязан прекратить третейское разбирательство, так как утрачивает компетенцию на рассмотрение споров, которые подлежат рассмотрению в деле о банкротстве, с момента признания должника банкротом. Представляется, что указанные разъяснения применимы и к международному коммерческому арбитражу.

Таким образом, признание должника банкротом и введение конкурсного производства влекут недействительность, а неисполнимость арбитражного соглашения, и следовательно, утрату составом арбитров компетенции на рассмотрение уже введущегося спора. При этом не исключается, что ранее состав арбитров уже мог выносить постановление о наличии у него компетенции, которое фактически пересматривается самим составом арбитров при установлении факта открытия конкурсного производства в отношении ответчика.

Негативное влияние банкротства на арбитраж в России. Несмотря на автономность международного коммерческого арбитража от государственной правовой системы и универсальность принципов признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, российские правила о несостоятельности в значительной степени вторгаются в важные принципы международного коммерческого арбитража.

Приведенные ранее виды последствий открытия процедуры банкротства на арбитражное соглашение и разбирательство основаны на императивном свойстве норм Закона о банкротстве и приоритете защиты прав третьих лиц, включая конкурсных кредиторов, от потенциальных злоупотреблений в арбитраже.

Преследуя данную цель, российский законодатель в определенной степени размывает обязательства по признанию и приведению в исполнение арбитражных решений.

Во-первых, требования кредиторов, подтвержденные судебным или арбитражным (признанным или непризнанным) решением, проверяются по существу на предмет их наличия и обоснованности <119>.

<119> Постановление Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 N 35. Пункт 26.

Во-вторых, конкурсные кредиторы должника вправе обжаловать определения государственных судов о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных в пользу другого кредитора должника <120>.

<120> Там же. Пункт 24.

В-третьих, конкурсные кредиторы как заинтересованные лица вправе подать заявления об оспаривании арбитражных (третейских) решений, вынесенных в отношении должника (ст. 230 АПК РФ, ст.

418 ГПК РФ).

Сами по себе данные правила имеют целью дать добросовестным кредиторам право на оспаривание необоснованных требований других кредиторов, которые зачастую аффилированы с должником. Они имеют большую актуальность в российских реалиях института несостоятельности, основаны на значительном недоверии к институту национальных третейских судов как "карманных" и формируют большое количество негативной судебной практики. Как один из последних примеров можно привести решение Судебной коллегии ВС РФ по экономическим спорам, которая в качестве критерия допустимости признания иностранного арбитражного решения указала следующую оценку: "Влечет ли легализация решения третейского суда вне рамок конкурсного производства необоснованное удовлетворение требований одного из кредиторов и, как следствие, нарушение прав и законных интересов других кредиторов" <121>.

<121> Определение ВС РФ от 09.10.2015 N 305-КГ15-5805 по делу N А41-36402/2012 // СПС "КонсультантПлюс".

Однако в области арбитража эти положения нарушают принципы недопустимости пересмотра арбитражного решения по существу, гарантии прав кредиторов, заключивших арбитражное соглашение. Через указанные нормы фактически расширяется круг оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, чья законность ставится под сомнение лишь ввиду одного факта признания должника банкротом.

В определенной степени в российском праве расширительно толкуются понятия публичного порядка и защиты прав третьих лиц применительно к признанию арбитражных решений. Объективно существующие в практике проблемы института несостоятельности решены с помощью уравнивания всех кредиторов, а именно лишения кредиторов, заключивших арбитражное соглашение, их гарантий и прав.

6.4. Оспаривание компетенции арбитража

Компетенция (**jurisdiction**) <122> третейского суда в доктрине понимается как уполномоченность третейского суда рассмотреть конкретный спор <123>, чаще всего в противовес государственному суду, по общему правилу являющемуся органом по рассмотрению споров. При этом объем компетенции (полномочий) третейского суда произведен от объема (пределов) третейского соглашения <124>. Иными словами, в основе компетенции третейского суда лежит договоренность сторон (арбитражное соглашение) о том, как именно им должен рассматриваться соответствующий спор между такими сторонами <125>. Компетенция третейского суда объективно ограничена запретами, установленными соответствующим законодательством. Из этого проистекают и группы оснований оспаривания компетенции арбитража - те, что апеллируют к дефектам арбитражного соглашения <126>, и те, что основаны на законодательных ограничениях компетенции (например, запрет на передачу определенных споров в арбитраж) <127>. Впрочем, существует и подход, согласно которому законодательные ограничения на рассмотрение спора в арбитраже следует отграничивать от оснований оспаривания компетенции, понимаемой в этом случае **уже** <128>.

<122> Следует отметить, что в российской юридической литературе в качестве синонима термина "компетенция" третейского суда часто используется термин "юрисдикция" третейского суда и производные от него. Такой перевод термина "jurisdiction" видится менее противоречим с учетом формулировок Типового закона ЮНСИТРАЛ (ст. 16 которого названа "Компетенция арбитражного суда по вынесению постановления о своей юрисдикции") и Комментариев ЮНСИТРАЛ (п. п. 25 - 26) как в версиях на английском языке, так и в официальных версиях на русском.

<123> Sutton D., Gill J., Gearing M. Russel on Arbitration. London, 2015. P. 77; International Arbitration Practice Guidelines. Jurisdictional Challenges. Chartered Institute of Arbitrators, 2015. P. 3 (<http://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/practice-guideline-6-english.pdf?sfvrsn=2>; дата посещения - 01.03.2018); Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. М., 2013. С. 134.

<124> Курочкин С.А. Указ. соч. С. 134, 135.

<125> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 394, Redfern A., Hunter M. Op. cit. C. 341; International Arbitration Practice Guidelines. P. 1; Зыков Р.О. Указ. соч. С. 105.

<126> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 930.

<127> Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 344.

<128> Sutton D., Gill J., Gearing M. Op. cit. P. 79.

Некоторые авторы выделяют две формы компетенции - объективную и субъективную. Объективная компетенция арбитража определяет, может ли спор в принципе быть предметом арбитражного разбирательства, другими словами, арбитрабелен ли такой спор. Субъективная же компетенция заключается в наличии и объеме полномочий состава арбитров в отношении конкретного спора, переданного на его рассмотрение, и строится на разрешении четырех ключевых элементов:

- компетенции в отношении предмета спора (объекта спора);
- компетенции в отношении сторон арбитражного соглашения (субъектов спора);
- компетенции в отношении организации арбитражного процесса;
- компетенции в отношении определения средств защиты поправных прав сторон спора <129>.

<129> Зыков Р.О. Указ. соч. С. 112.

Соответственно в привязке к этим элементам формулируются и основания оспаривания компетенции.

Другие исследователи полагают, что основания оспаривания компетенции можно поделить на вопросы о наличии арбитражного соглашения (действительного, исполнимого, не утратившего силу) и вопросы об арбитрабельности предмета спора <130>. При этом под недействительностью обычно понимается очевидный дефект воли или безусловное отсутствие полномочий на представление стороны при подписании арбитражного соглашения; под утратой силы - прекращение действия арбитражного соглашения, до этого действительного, по воле его сторон; под неисполнимостью - слишком неясная формулировка арбитражного соглашения, не позволяющая осуществить его на практике <131>. Логика исключения вопроса об арбитрабельности соответствующего спора из понятия компетенции третейского суда состоит в том, что арбитрабельность касается возможности принудительного приведения в исполнение решения третейского суда в соответствующей стране, но не затрагивает наличия арбитражного соглашения как такового <132>. Обратная точка зрения базируется на том, что неарбитрабельность спора есть случай недействительности арбитражного соглашения <133>.

<130> Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 136 - 141 (<http://arbitrations.ru/userfiles/file/Publications/Publications/Karabelnikov%20Mezhdunarodny%20arbitrazh.pdf>; дата посещения - 01.03.2018); International Arbitration Practice Guidelines. P. 2.

<131> Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 125.

<132> Born G. International Arbitration: Law and Practice. 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. P. 77.

<133> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 934.

Существуют и смешанные подходы. Например, С.А. Курочкин указывает, что критериями наличия

компетенции третейского суда являются:

- допустимость передачи спора на рассмотрение третейского суда, основанная на характере спорного правоотношения (объективная арбитрабельность);

- наличие действительного третейского соглашения;

- допустимость передачи спора на рассмотрение третейского суда, производная от субъектного состава участников дела (субъективная арбитрабельность);

- спорный характер дела <134>.

<134> Курочкин С.А. Указ. соч. С. 142.

Дополнительно некоторые авторы <135> относят к составляющим элементам компетенции третейского суда "состоятельность" арбитражного трибунала, рассматривающего спор, т.е. надлежащее назначение арбитров. Логика данного подхода состоит в следующем: "Арбитр является судьей, рассматривающим спор, только в силу желания сторон, а значит, сказать, что он не назначен, есть то же самое, что сказать, что у него отсутствует компетенция на рассмотрение спора" <136>. Соответственно, в этом случае "дефекты" формирования арбитражного трибунала также относятся к числу оснований оспаривания компетенции третейского суда.

<135> Sutton D., Gill J., Gearing M. Op. cit. P. 222.

<136> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 395.

Раздел IV Закона о МКА, как следует из его названия, посвящен компетенции третейского суда. Статья 16 данного раздела закрепляет право третейского суда вынести постановление о своей компетенции и упоминает, что такое постановление выносится "в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения", что, по всей видимости, по аналогии со ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ должно пониматься как максимально широкая и открытая отсылка к любым основаниям оспаривания компетенции третейского суда <137>.

<137> Caron D., Caplan M. The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary (With an Integrated and Comparative Discussion of the 2010 and 1976 UNCITRAL Arbitration Rules). 2nd ed. Oxford, 2012. P. 452.

При этом в п. 2 ст. 34 Закона о МКА закреплён закрытый перечень оснований для отмены окончательного решения третейского суда государственным судом, которое всегда содержит и подтверждение компетенции третейского суда (сложно представить себе ситуацию, когда третейский суд выносит окончательное решение, полагая, что он не обладает компетенцией на рассмотрение спора). В сущности, данный перечень представляет собой список всех возможных дефектов решения третейского суда, которые являются настолько существенными, что такое решение подлежит отмене. Пункт 1 ст. 36 Закона о МКА закрепляет аналогичный закрытый перечень оснований для непризнания и/или неисполнения (дефектов) решения третейского суда. Тем не менее в указанных нормах Закона о МКА не конкретизируется, какие из оснований затрагивают именно компетенцию третейского суда.

Следует отметить, что обязательное и очевидное условие для рассмотрения спора в третейском суде - наличие действительного арбитражного соглашения, как оно определено в ст. 7 Закона о МКА. В п. 1 ст. 8 Закона о МКА законодатель прямо указывает, в каких случаях арбитражное соглашение должно быть "проигнорировано" третейским судом: если оно "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено". Аналогично п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ закрепляет правило о том, что государственный суд должен "проигнорировать" арбитражное соглашение при наличии в нем указанных дефектов.

В то же время российским законодательством не закреплено ни определение компетенции третейского суда, ни конкретный перечень оснований ее оспаривания.

Соответственно, можно говорить о том, что законодатель указывает (п. 1 ст. 8, п. 1 ст. 16 Закона о МКА) как минимум на **отсутствие** арбитражного соглашения или его **недействительность** в качестве оснований оспаривания компетенции третейского суда. Это перекликается со следующими дефектами решения, закрепленными в п. 2 ст. 34 и п. 1 ст. 36 Закона о МКА, в качестве оснований для его отмены:

- одна из сторон арбитражного соглашения была в какой-то мере недееспособна;
- арбитражное соглашение недействительно;
- арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения;
- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом.

Следует отметить, что описанный подход коррелирует с Типовым законом ЮНСИТРАЛ (п. 1 ст. 8, п. 1 ст. 16, п. 2 ст. 34, п. 1 ст. 36), Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. (п. 3 ст. 2, ст. 5) и Европейской конвенцией 1961 г. (ст. 6). При этом правила и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (ст. 23) и регламенты таких арбитражных центров, как, например, SCC (пп. (i) п. 1 ст. 9, пп. (1) п. 2 ст. 29), LCIA (ст. 23), ICC (ст. 6) и МКАС (п. п. 2 - 5 § 25 Правил арбитража МКАС), в соответствии с которыми осуществляется разрешение международных споров, не вмешиваются в данную сферу, во многом повторяя положения Типового закона ЮНСИТРАЛ и упомянутых Конвенций в части оспаривания компетенции третейского суда.

Таким образом, можно провести следующую классификацию оснований для оспаривания компетенции третейского суда:

1. Отсутствие арбитражного соглашения в отношении конкретного спора (в связи с тем, что оно утратило силу вследствие его незаключенности, расторжения или из-за того, что спор не охватывается арбитражным соглашением (не предусмотрен арбитражным соглашением, не подпадает под его условия, выходит за пределы арбитражного соглашения)).

2. Арбитражное соглашение не может быть исполнено (например, если арбитражное соглашение сформулировано настолько нечетко, что не позволяет установить истинные намерения сторон в отношении арбитражного механизма разрешения спора).

3. Недействительность арбитражного соглашения по причине:

1) отсутствия субъективной компетенции в отношении данного конкретного спора, которая может быть подразделена на следующие составляющие:

- ненадлежащий субъект спора;
- ненадлежащий объект спора;
- ненадлежащая арбитражная процедура;
- ненадлежащее средство защиты нарушенного права;

2) отсутствия объективной компетенции в силу того, что конкретный спор относится к категории неарбитрабельных (объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом).

Следует отметить, что различия между подходами к основаниям оспаривания компетенции третейского суда носят, скорее, теоретический характер, так как общепринят подход, согласно которому

оспаривание компетенции третейского суда возможно на предварительной стадии по любому основанию. На данной стадии конкретные отсылки даются только к вопросам относительно арбитражного соглашения, а на стадии обжалования (или признания/приведения в исполнение) решения в государственном суде перечень оснований четко сформулирован и является закрытым.

Далее рассмотрим подробно **саму процедуру оспаривания компетенции арбитража**. Она зависит от положений применимого регламента арбитражного учреждения и процессуального законодательства места проведения арбитража. В целом существует два способа оспаривания компетенции арбитров: 1) в рамках самого арбитражного разбирательства; 2) в компетентном государственном суде.

В ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ закреплён базовый принцип "компетенции-компетенции", согласно которому арбитраж уполномочен самостоятельно выносить постановление о своей компетенции. Следуя этому принципу, соответствующие положения российского законодательства предусматривают, что компетенция арбитража может быть оспорена в самом арбитражном разбирательстве, и только после этого - в государственном суде (ст. 16 Закона о МКА, ст. 235 АПК РФ). Такая последовательность также является одним из проявлений принципа "компетенции-компетенции".

В зависимости от этапа арбитражного разбирательства используются разные механизмы оспаривания компетенции арбитража.

Оспаривание компетенции на начальном этапе арбитражного разбирательства. Регламенты многих арбитражных учреждений устанавливают, что сторона, желающая оспорить компетенцию арбитров, должна поставить этот вопрос в самом начале арбитражного разбирательства или как только ей станет известно об основаниях для оспаривания компетенции <138>.

<138> International Arbitration Practice Guidelines. P. 2.

Лицо, получившее исковое заявление и не согласное с рассмотрением соответствующего спора арбитражем, должно сделать **заявление об отсутствии у третейского суда компетенции**. В соответствии с п. 2 ст. 16 Закона о МКА такое заявление должно быть сделано не позднее представления стороной (ответчиком) <139> первого заявления по существу спора (отзыва на иск).

<139> Компетенция арбитража может быть оспорена не только ответчиком, но и истцом - в том случае, если ответчик предъявляет встречный иск.

Регламентом арбитражного учреждения могут быть установлены иные ограничения. Так, например, п. 5 § 25 Правил арбитража МКАС устанавливает, что заявление об отсутствии компетенции может быть сделано ответчиком не позднее 30 дней с даты получения копии искового заявления. Данный срок является процессуальным - в случае его пропуска арбитраж вправе отказать стороне в рассмотрении заявления <140>.

<140> Это можно объяснить следующим образом: если ответчик начал участвовать в рассмотрении спора по существу (представлять возражения на иск и т.п.), считается, что обе стороны конклюдентными действиями заключили арбитражное соглашение (или расширили сферу действия существующего арбитражного соглашения) в отношении данного спора.

Арбитраж может принять заявление, сделанное позже установленного срока, если сочтет задержку оправданной, например в случае обнаружения новых доказательств <141>.

<141> Caron D., Caplan M. Op. cit. P. 456.

По результатам рассмотрения арбитражем заявления об отсутствии компетенции может быть принято одно из трех нижеуказанных решений.

1. Арбитраж подтвердит свою компетенцию, приняв постановление по вопросу предварительного характера. В большинстве случаев арбитры разрешают вопрос о своей компетенции путем принятия постановления по вопросу предварительного характера <142>. Как правило, такое решение может быть оспорено стороной в компетентном государственном суде сразу после его вынесения <143>.

<142> Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 351.

<143> По законодательству Швеции, напротив, сторона вправе обратиться в государственный суд, не дожидаясь решения арбитража о компетенции. См.: Зыков Р.О. Указ. соч. С. 114.

Порядок оспаривания решений о компетенции в государственном суде в России установлен ст. 235 АПК РФ. Постановление предварительного характера может быть обжаловано стороной в течение одного месяца со дня его получения. Заявление об отмене постановления арбитража предварительного характера о компетенции подается в арбитражный суд субъекта, на территории которого проводится арбитражное разбирательство. Следовательно, на основании ст. 235 АПК РФ можно оспорить только те постановления о компетенции, которые вынесены арбитражем, заседающим на территории России. Постановления иностранных арбитражей подлежат обжалованию в государственных судах по месту проведения арбитража в соответствии с применимым там процессуальным правом <144>.

<144> 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. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 457.

Предъявление в государственный суд заявления об отмене постановления предварительного характера не препятствует составу арбитров продолжать рассмотрение спора и вынести арбитражное решение.

По результатам рассмотрения такого заявления государственный суд выносит определение об отмене постановления о компетенции либо об отказе в удовлетворении требования заявителя. Такое определение не подлежит обжалованию в суд вышестоящей инстанции.

Преимуществом данной системы двойного контроля является то, что она позволяет сторонам на ранней стадии понять перспективы по рассмотрению арбитражем их спора по существу и тем самым обезопасить себя от заведомо бесполезного разбирательства.

2. Арбитраж постановит отсутствие у него компетенции рассматривать спор. В этом случае арбитражное разбирательство должно быть прекращено. Данное постановление не подлежит оспариванию в государственном суде - такая возможность просто не предусмотрена законодательством <145>. Как отмечает Б.Р. Карабельников, это связано с тем, что государственные суды не могут давать арбитрам указания - в их полномочия входит лишь отмена международных арбитражных решений, вынесенных на территории России, так как арбитраж не является органом правосудия, входящим в судебную систему, а наоборот, представляет собой альтернативу рассмотрению спора в суде <146>.

<145> Постановление Президиума ВАС РФ от 27.05.2008 N 2384/08 по делу N А40-5222/07-8-54 // СПС "КонсультантПлюс".

<146> Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 461.

3. Арбитраж приступит к рассмотрению спора по существу и постановит наличие или отсутствие у него компетенции в окончательном решении по существу спора. В ряде споров вопрос

о компетенции настолько тесно связан с обстоятельствами дела, что становится практически невозможно разрешить вопрос о компетенции, не рассмотрев сам спор. В таких случаях арбитраж, как правило, оставляет этот вопрос до вынесения окончательного решения по существу спора.

Оспаривание компетенции в ходе арбитражного разбирательства. Зачастую уже после подачи иска и встречного иска стороны редактируют свои требования, а порой и формулируют новые. Может случиться так, что новые требования и обстоятельства, на которые ссылается сторона, выходят за пределы арбитражного соглашения. В таком случае другая сторона может подать заявление о том, что арбитраж превышает пределы своей компетенции. Такое заявление должно быть сделано, как только вопрос, который выходит за рамки компетенции арбитров, поставлен в ходе арбитража <147>.

<147> Представляется, что используемая Типовым законом ЮНСИТРАЛ и Законом о МКА формулировка "как только" не должна толковаться буквально. В этом контексте Закон "Об арбитраже" 1996 г., действующий в Англии и Уэльсе, использует более удачную формулировку: "Как можно раньше после того, как был поставлен вопрос, предположительно выходящий за пределы компетенции" (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/31>; дата посещения - 27.02.2018).

Рассмотрение данного заявления и обжалование решения арбитров происходят в том же порядке, что и в случае с заявлением об отсутствии у третейского суда компетенции. Состав арбитров должен либо подтвердить свою компетенцию рассматривать вновь поставленный вопрос, либо исключить его из дела. Если арбитраж подтвердил свою компетенцию, вынеся об этом постановление предварительного характера, такое постановление может быть оспорено в государственном суде в течение одного месяца с момента его получения стороной.

Оспаривание компетенции после вынесения окончательного арбитражного решения. В том случае, если арбитраж отложил разрешение вопроса о компетенции до момента вынесения окончательного решения по существу спора, компетенция арбитража может быть оспорена только в государственном суде в рамках процедуры оспаривания решений третейских судов (гл. 30 АПК РФ).

Выбор механизма оспаривания и его последствия. В широком смысле у ответчика, несогласного с рассмотрением предъявленных к нему требований в арбитраже, есть несколько вариантов действий:

1. Бойкотирование арбитражного разбирательства. Ответчик не предпринимает каких-либо действий в связи с начавшимся арбитражем (не участвует в формировании состава арбитров, не представляет свою позицию, не является на слушания и т.д.). Арбитраж проходит с участием одной стороны (**ex parte**), а после принятия окончательного решения ответчик пытается отменить его на основании отсутствия компетенции либо препятствует его признанию и приведению в исполнение. Недостатком данного подхода для ответчика является риск того, что государственный суд откажет в удовлетворении его требования в связи с пропуском срока для его предъявления.

2. Выдвижение возражений относительно компетенции в рамках арбитражного разбирательства. В этом случае состав арбитров, как правило, предлагает сторонам представить свои письменные позиции по вопросу компетенции, после чего проводит предварительные слушания, на которых представители сторон могут изложить свои доводы устно. Недостатком данного подхода является то, что на практике арбитры редко принимают решение об отсутствии у них компетенции рассматривать спор, однако иногда они постановляют, что не компетентны рассматривать некоторые (но не все) из исковых требований <148>.

<148> Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 355.

3. Обращение в государственный суд. Ответчик может обратиться в государственный суд не только в рамках процедуры обжалования постановления арбитража предварительного характера. Например, ответчик может требовать наложения судебного запрета (**injunction**) <149>, препятствующего продолжению рассмотрения спора арбитрами, или вынесения декларативного решения об отсутствии компетенции у арбитража <150>. Ответчик также может инициировать судебное разбирательство по тому

же спору.

<149> Такое средство правовой защиты доступно в странах системы общего права.

<150> Зыков Р.О. Указ. соч. С. 114.

В этом случае истец, скорее всего, прибегнет к механизму приведения в исполнение арбитражного соглашения на основании ст. 3 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Данные положения предусматривают, что если в государственный суд поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, то по просьбе одной из сторон такой суд должен направить стороны в арбитраж. Для этого суду достаточно установить, что упомянутое соглашение является действительным, исполнимым и не утратило силу.

Недостатком данного подхода является риск того, что, если суд откажет в удовлетворении требований заявителя, это автоматически уменьшит шансы ответчика на успешное оспаривание арбитражного решения в государственном суде (после его вынесения) по мотивам отсутствия компетенции.

Глава 7. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

7.1. Понятие арбитражного соглашения

Как известно, компетенция государственного суда определяется подведомственностью дел, установленной законом для различных ветвей судебной власти. Специфика категории "подведомственность" как регулятора нагрузки <1> в системе государственных судов по вполне объективным причинам, связанным с различиями в правовой природе государственных и негосударственных способов разрешения споров (защиты прав), не может в полной мере раскрыть механизм возникновения компетенции (полномочий) третейского суда (состава арбитров). Компетенция конкретного третейского суда (полномочия состава арбитров) устанавливается не законом, в котором лишь определены категории споров, арбитрабельные по своей природе, а возникает на основе заключенного сторонами действительного арбитражного соглашения, которым они **делегируют избранному составу арбитров** юрисдикционные полномочия по разрешению передаваемого спора. По этой причине понятие "подведомственность" практически не используется в законодательстве и доктрине международного коммерческого арбитража.

<1> См.: Осипов Ю.К. Подведомственность юридических дел // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2004. N 3. С. 750.

Правовые источники международного коммерческого арбитража (например, п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г., пп. а) и б) п. 1 ст. IV и п. 5 ст. IV Европейской конвенции 1961 г., п. 1 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ, п. 1 ст. 7 Закона о МКА) говорят о **передаче** в арбитраж всех или определенных споров. Тем самым подчеркивается, что основанием для возникновения мандата (полномочий) третейских судей и компетенции избираемого сторонами форума является их взаимное волеизъявление, выраженное в арбитражном соглашении.

В этой связи весьма показательны высказывания ведущих отечественных исследователей института международного коммерческого арбитража. Так, С.Н. Лебедев отмечал, что в отличие от государственных форм отправления правосудия, обладающих властными прерогативами в силу самого закона и независимо от воли сторон, третейское разбирательство может иметь место только на основании соглашения сторон, из которого суд черпает компетенцию <2>. Справедливо также утверждение Е.А. Виноградовой о том, что третейское соглашение как договор сторон о передаче спора на рассмотрение "частного негосударственного суда" является конституирующим признаком третейского разбирательства <3>. Это утверждение может быть дополнено точкой зрения О.Ю. Скворцова, признающего третейское соглашение фундаментом рассмотрения третейскими судами споров между независимыми субъектами гражданского оборота <4>.

<2> Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М., 1965. С. 8.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<3> Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2006. С. 711 (автор главы - Е.А. Виноградова).

<4> Елисеев Н.Г., Рожкова М.А., Скворцов О.Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение / Под ред. М.А. Рожковой. М., 2008. С. 257, 297 (автор главы - О.Ю. Скворцов).

Арбитражное соглашение - исходная предпосылка и одновременно основа для передачи возникшего правового спора третейскому суду. Связано это с тем, что весь процесс третейского разбирательства (в том числе международного коммерческого арбитража), от его начала и до завершающей стадии - вынесения арбитражного решения, все права и обязанности сторон и иных лиц <5> в третейском разбирательстве, полномочия арбитров, а также арбитражных центров (постоянно действующих арбитражных учреждений и их компетентных лиц), содействующих (в том числе администрирующих) деятельности третейских судов, напрямую связаны и вытекают из арбитражного соглашения сторон.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья В.А. Мусина "Третьи лица в третейском суде" включена в информационный банк согласно публикации - "Арбитражные споры", 2008, N 3.

<5> В этой связи уместна ссылка на труды профессора В.А. Мусина, который отмечал, что "вступление третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, возможно не иначе как с согласия истца и ответчика, благодаря чему третье лицо **присоединяется к третейскому соглашению** в качестве его участника, подчиняясь юрисдикции третейского суда" (выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**). Цит. по: Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде // Избранное. СПб.; М., 2014. С. 157.

В обоснование приведенного суждения уместно также сослаться на ч. 13 ст. 7 Закона о МКА, в которой говорится, что "правила арбитража, на которые ссылается арбитражное соглашение, рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения". Несмотря на то что речь в данной части ст. 7 идет только о правилах арбитража, арбитражным соглашением также должны охватываться и правила ПДАУ (см. ч. 4 ст. 45 "Правила арбитража и правила выполнения функций в связи с администрированием арбитража" Закона об арбитраже, данная статья распространяется на международный коммерческий арбитраж в соответствии с ч. 2 ст. 1 Закона о МКА), поскольку правила арбитража являются составной частью правил ПДАУ!

Кроме того, наличие действительного арбитражного соглашения определяет возможность использования мер государственного содействия арбитражу, связанных с обеспечением иска, рассматриваемого третейским судом, получением доказательств, признанием и приведением в исполнение арбитражного решения, а также другими мерами, установленными в процессуальном законодательстве места арбитража.

Официальное определение арбитражного соглашения, представленное в российском законодательстве, содержится в ст. 7 Закона о МКА: "**Арбитражное соглашение** - соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением или его частью независимо от того, носило такое правоотношение договорный характер или нет". Данная дефиниция арбитражного соглашения является

унифицированной на международном уровне, поскольку представляет собой почти дословный аналог определения арбитражного соглашения, содержащегося в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (п. 1 ст. 7). Определение несколько расширено по сравнению с прежней редакцией Закона о МКА (1993) и Типовым законом ЮНСИТРАЛ (в редакции 2006 г.) - появилось конкретизирующее указание на возможность заключения арбитражного соглашения в отношении части правоотношения (выражение "его частью").

Арбитражное соглашение характеризуется четырьмя признаками:

- 1) объемом требований, передаваемых на рассмотрение в третейский суд (выражение: "всех или определенных споров");
- 2) наличием или отсутствием спора (правового конфликта) на момент заключения арбитражного соглашения ("возникли или могут возникнуть");
- 3) возможностью заключения арбитражного соглашения из определенных правоотношений сторон ("в связи с каким-либо конкретным правоотношением или его частью");
- 4) возможностью передачи в третейский суд споров из любых видов внешнеэкономических правоотношений сторон ("независимо, носило оно договорный характер или нет").

Перечисленные признаки арбитражного соглашения показывают достаточно широкие перспективы его применения для обращения сторон правового конфликта в третейский суд, а также частично раскрывают правовую специфику арбитражного соглашения.

Первый признак, **объем арбитражного соглашения**, предоставляет сторонам возможность указать в арбитражном соглашении, какие именно категории споров (требований) они готовы передать в третейский суд в случае возникновения правовой неопределенности (правового конфликта).

Обозначенный признак арбитражного соглашения конкретизируется и частично раскрывается новеллой российского арбитражного законодательства, выраженной, что важно, диспозитивной нормой, содержащейся в ч. 12 ст. 7 Закона о МКА. Причем действие данного диспозитивного правила распространяется только на так называемую арбитражную оговорку, поскольку речь в ч. 12 идет только об арбитражном соглашении, содержащемся в договоре. Перечень возможных ситуаций, на которые распространяется действие арбитражного соглашения, включает "любые споры, связанные с заключением договора, вступлением его в силу, изменением, прекращением, действительностью, в том числе с возвратом сторонами всего исполненного по договору, признанному третейским судом недействительным или незаключенным". Таким образом, с вступлением в силу нового регулирования (01.09.2016), определяющего действие нового диспозитивного правила, отпадает необходимость фиксации в арбитражных соглашениях всех перечисленных ситуаций, если, конечно, стороны арбитражного соглашения не захотят ограничить его объем.

Несколько коррелирует с ч. 12, отчасти дублирует и дополняет ее еще одно диспозитивное правило, содержащееся в ч. 10 ст. 7 Закона о МКА, в котором пределы действия арбитражного соглашения расширяются еще больше. В "орбиту" арбитражного соглашения включаются: любые сделки между сторонами, направленные на исполнение, изменение или расторжение указанного договора. Если сделки сторон, связанные с изменением и расторжением, являются производными от основного договора, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, то сделки, направленные на исполнение договора, являются **иными** (новыми, дополнительными) правоотношениями сторон, хотя и связанными с основным договором. Тем не менее по смыслу российского законодательства действие арбитражного соглашения из основного договора должно распространяться и на них. Несомненный интерес в данном случае представляют случаи заключения сторонами сделок, направленных на обеспечение исполнения основного договора, например заключение сторонами договоров залога и поручительства.

Следовательно, если в соответствии с ч. 12 ст. 7 Закона о МКА можно говорить о характеристике и расширении объема арбитражного соглашения, так сказать, в **горизонтальной плоскости** - на основе арбитражной оговорки из основного договора, то ч. 10 этой же статьи показывает возможную **многомерность арбитражной оговорки** за счет распространения ее действия на любые сделки сторон, направленные на исполнение, изменение и расторжение основного договора.

Рассмотренное регулирование находит свое отражение в Постановлении Президиума ВАС РФ от 10.04.2012 N 17757/11 и в Определении ВАС РФ от 21.02.2012 по тому же делу <6>. В указанных судебных актах содержится вывод о том, что по общему правилу включенная в договор третейская оговорка предназначена для этого договора и представляет собой одно из его условий, поэтому она подлежит распространению на те же правоотношения, на которые распространяется договор в целом.

<6> Определение ВАС РФ от 21.02.2012 N ВАС-17757/11; Постановление Президиума ВАС РФ от 10.04.2012 N 17757/11 // СПС "КонсультантПлюс".

Чаще всего мировые и отечественные арбитражные центры рекомендуют сторонам включать в свои договоры (контракты) так называемые типовые оговорки, предоставляющие сторонам максимально широкие возможности по разрешению споров из конкретного правоотношения в арбитраже. Так, арбитражная оговорка, рекомендуемая для включения во внешнеэкономические контракты институциональным арбитражем при ТПП РФ, гласит: "Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его вступления в силу, заключения, изменения, исполнения, нарушения, прекращения или действительности, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его применимыми правилами и положениями".

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ предлагает следующий текст типовой арбитражной оговорки о передаче споров в третейский суд для конкретного случая (**ad hoc**): "Любой спор, разногласие или требование, возникающие или касающиеся настоящего договора либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ".

Вместе с тем возможна и более узкая формулировка объема требований, которые стороны арбитражного соглашения при возникновении спора готовы передать в арбитраж. Так, в Постановлении от 06.02.2007 по делу N 39/2006 МКАС при ТПП РФ указал, что контракт, заключенный между сторонами, содержит в п. 14.2 следующую арбитражную оговорку: "Все споры и разногласия, возникающие **из настоящего контракта**, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации". Состав арбитров констатировал, что арбитражная оговорка сформулирована сторонами достаточно ограниченно и отсутствует указание на возможность передачи на разрешение МКАС при ТПП РФ споров, возникающих в связи с контрактом. Между тем расходы лица, ведущего дело без поручения, вытекают из самостоятельной гражданско-правовой сделки. Таким образом, исковые требования, как они формулируются истцом, не связаны с контрактом, заключенным между истцом и ответчиком, и, следовательно, не подпадают под имеющуюся в нем арбитражную оговорку. Поэтому толкование объема арбитражной оговорки с учетом конкретных обстоятельств дела послужило для состава арбитров основанием для признания того, что ею не охватываются требования, предъявляемые истцом. В результате разбирательство по делу было прекращено за отсутствием у МКАС при ТПП РФ компетенции рассматривать данный спор <7>.

<7> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2010. С. 85 - 89.

В этой связи необходимо отметить, что если состав арбитров вынесет арбитражное решение по спору, не охватываемому условиями арбитражного соглашения, то это будет являться основанием для отмены арбитражного решения и отказа в выдаче исполнительного листа <8>.

<8> Иногда встает вопрос о том, должно ли буквальное толкование выражения "споры, возникающие из" (**arising under**) пониматься как имеющее более узкое значение, нежели выражение "споры, возникающие в связи" (**arising out of**) с определенным правоотношением. Аналогичные вопросы встают и в связи с объемом содержания выражений "относящийся к" (**relating to**) и "касающийся" (**concerning**).

Однако, как это предложено Апелляционным судом Англии в деле **Fiona Trust v. Privalov**, следует сосредоточить свое внимание на решении вопроса о том, можно ли разумно заключить, что стороны намеревались исключить соответствующий спор из юрисдикции арбитража. Как определил суд, "обычный бизнесмен будет удивлен тонким различием, которое проводится в судебных делах, и временем, которое тратится на обсуждение того, относится ли конкретное дело к тому или иному весьма похожему набору слов". Это судебное решение было поддержано палатой лордов, которая "рукоплескала" мнению, сформулированному Апелляционным судом. См.: Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М.; Берлин, 2012. С. 49 (http://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf; дата посещения - 01.03.2018).

В зависимости от следующего признака арбитражного соглашения, **наличия или отсутствия спорности правоотношений на момент заключения сторонами арбитражного соглашения**, а также способа его формализации (оформления), арбитражные соглашения делят на два основных вида <9>.

<9> Закон о МКА содержит условие: "Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения" (п. 1 ст. 7). Аналогичная норма содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Если стороны внешнеторгового контракта включают в него отдельное условие о передаче споров, которые могут возникнуть между ними **в будущем**, третейскому суду, то речь идет о так называемой **арбитражной оговорке**, или **арбитражной клаузуле** (фр. - clause compromissoire, англ. - agreement to refer, нем. - Schiedsgerichtsklausel, итал. - clausola compromissoria).

Если контракт сторон не содержит арбитражной оговорки, имеется возможность заключить **отдельное соглашение о передаче споров третейскому суду**, подвиды которого дифференцируются по рассматриваемому нами признаку следующим образом:

1) **собственно арбитражное соглашение**, в соответствии с которым стороны договариваются передать третейскому суду споры в случае их возникновения **в будущем**;

2) **третейская запись**, или **компромисс** (фр. - compromis, англ. - submission, нем. - Schiedsgerichtsvertrag, итал. - compromesso), когда стороны оформляют отдельное соглашение о передаче третейскому суду **уже возникшего** между ними юридического конфликта (спора). Примечательно, что возможность составления третейской записи по общему правилу сохраняется и после возбуждения дела в государственном суде вплоть до вынесения судебного решения <10>.

<10> В соответствии с пп. 2 п. 1 ст. 135 АПК РФ при подготовке дела к судебному разбирательству судья разъясняет сторонам их право передать спор на разрешение третейского суда.

В юридической литературе высказываются мнения о том, что компромисс - наиболее предпочтительный вид арбитражного соглашения, так как соглашение сторон об арбитраже заключается, когда разногласия уже возникли и стороны определенно представляют себе характер спора. На практике чаще всего в этом случае заключение третейской записи становится труднодостижимым, поскольку интересы сторон, как правило, являются противоположными. "Сторона-нарушитель" может отказаться от третейского разбирательства, а "потерпевшая" сторона не обладает возможностью заставить своего контрагента дать согласие на передачу спора в арбитраж.

Деление арбитражных соглашений на виды сохраняет свою актуальность на уровне теоретического осмысления временных и формальных возможностей сторон по передаче определенных категорий споров в арбитраж. Международные источники и национальное законодательство чаще всего лишь упоминают о видах соглашений о передаче споров в арбитраж, используя их общее родовое понятие - арбитражное (третейское) соглашение.

Официальное определение арбитражного соглашения требует от потенциальных участников арбитражного разбирательства **конкретизации того основного правоотношения или его части, из**

которого могут возникнуть в будущем или уже возникли споры сторон. Этот (третий) признак арбитражного соглашения позволяет избежать возникновения правовой неопределенности и связан с обеспечением процессуальных гарантий защиты прав. Попытка передать в третейский суд любые споры между сторонами или споры все "вообще" может быть квалифицирована компетентным государственным судом как "отказ от обращения в суд", который согласно закону недействителен <11>, что может повлечь недействительность и самого арбитражного соглашения.

<11> См.: Вершинин А.П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2001. С. 12.

Четвертый признак арбитражного соглашения непосредственно характеризует **вид спорного правоотношения**, передаваемого сторонами на рассмотрение в арбитраж. Определение арбитражного соглашения дает расширительную формулировку, позволяющую сделать вывод о том, что стороны основного правоотношения могут заключить соглашение о передаче в третейский суд как споров из договорных (относительных) и вещных (абсолютных), так и из внедоговорных (деликтных) правоотношений. В этой связи необходимо отметить, что установленный в российском законодательстве подход к определению арбитрабельности споров является настолько неопределенным, что создает значительные проблемы на практике.

7.2. Позитивное и негативное действие арбитражного соглашения

Заключение арбитражного соглашения приводит к возникновению важных процессуальных последствий, которые в доктрине международного коммерческого арбитража именуются позитивным и негативным действием арбитражного соглашения <12>. Выделение в доктрине последствий заключения арбитражного соглашения связано с тем обстоятельством, что арбитражное соглашение, как и пророгационное соглашение <13>, обладает пророгационным и дерогационным эффектом <14>.

<12> Понятое позитивно, это соглашение обязывает стороны передать возникшие между ними споры на рассмотрение арбитража и является основой полномочий арбитров; понимаемое негативно, оно не допускает стороны до обращения в суд с исками, предмет которых охватывается арбитражным соглашением. См.: David R. Arbitration in International Trade. Kluwer Law International, 1985. P. 232.

<13> Соглашение сторон об арбитражном разрешении споров и возникающие на его основе правовые эффекты следует отличать от пророгационного соглашения сторон, поскольку пророгационное соглашение имеет в виду избрать тот или другой из существующих государственных судов, при арбитражном соглашении предполагается образование нового суда, суда третейского - совершенно отличного по своей правовой природе от государственных судебных органов. См.: Лебедев С.Н. Указ. соч. С. 31.

<14> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 381.

Позитивное правовое последствие (**пророгационный эффект**) арбитражного соглашения проявляется в двух ракурсах:

1) в возникновении компетенции третейского суда (полномочий арбитров) на рассмотрение споров из правоотношений сторон, охватываемых арбитражным соглашением;

2) в возникновении у сторон обязанности передать споры, охватываемые арбитражным соглашением, на рассмотрение в арбитраж.

Во втором случае обязанность сторон арбитражного соглашения передать споры в арбитраж следует из общеправового принципа - стороны должны добросовестно выполнять заключенные ими договоры (**pacta sunt servanda**).

Позитивное последствие арбитражного соглашения закреплено в ряде международных договоров и во внутреннем законодательстве большинства стран. Так, например, в п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г. прямо указано: "Каждое Договаривающееся Государство признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договором или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства".

Иллюстрацией пророгационного эффекта может служить следующий случай из арбитражной практики. Так, МКАС при ТПП РФ в одном из своих решений указал: "Рассмотрев вопрос о компетенции МКАС, состав арбитража констатировал, что в соответствии с п. 10.2 контракта от 5 февраля 2003 г. стороны установили, что, в том случае, если стороны не могут прийти к соглашению по возникшему спору или разногласию в течение 20 (двадцати) календарных дней с даты первых переговоров по нему, спор или разногласие подлежит рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, г. Москва, в соответствии с его Регламентом.

Поскольку данный спор возник из внешнеэкономической сделки, стороны которой находятся в разных государствах (Россия и Украина), а также учитывая, что истец подал исковое заявление в МКАС и что со стороны ответчика не поступало никаких возражений относительно компетенции данного арбитража, МКАС с учетом ст. ст. 1 и 7 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", а также руководствуясь § 1 Регламента, признал себя компетентным разрешать настоящий спор" <15>.

<15> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. ... С. 36.

Кроме того, с теоретической точки зрения арбитражное соглашение обязывает стороны не только совершать действия при возникновении спора (позитивные последствия), но также и воздержаться от их совершения (негативные последствия) <16>.

<16> Цит. по: Котельников А.Г. Негативные последствия заключения арбитражного соглашения // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. N 8. С. 39.

Негативное последствие арбитражного соглашения проявляется по отношению к государственному судопроизводству и определяется его **дерогационным эффектом** (от лат. **derogo** - отменять) - исключением из подсудности государственных судов споров, передаваемых сторонами на разрешение в арбитраж. Проявляться он может следующим образом: при наличии действительного (исполнимого) арбитражного соглашения и заявления об этом ответчика (стороны арбитражного соглашения) суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, **должен прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж** (см., например, п. 1 ст. 8 Закона о МКА и п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ).

Казалось бы, что такими действиями суда игнорируется право сторон на обращение в суд, закрепленное в п. 1 ст. 46 Конституции РФ. Однако, как неоднократно заявляли Конституционный Суд РФ и ЕСПЧ, в этом случае право сторон на обращение в государственный суд не нарушается.

Обоснование этого лежит в двух плоскостях:

1) в возможности повторного обращения в государственный суд. Так, Конституционный Суд РФ в Определении от 21.06.2000 N 123-О указал: "Заключение третейского соглашения между сторонами само по себе не является обстоятельством, исключающим возможность реализации конституционного права на судебную защиту в суде общей юрисдикции или в арбитражном суде в соответствии с нормами о подведомственности гражданских дел. Так, по смыслу ст. ст. 87 и 88 АПК РФ оставление иска без рассмотрения предполагает возможность повторного обращения в арбитражный суд в общем порядке после устранения обстоятельств, послуживших основанием для **оставления иска без рассмотрения**, в частности в случаях **прекращения третейской записи по соглашению сторон или по решению суда**" <17> (выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**);

<17> Определение КС РФ от 21.06.2000 N 123-О // СПС "КонсультантПлюс".

2) в последующем применении контрольных полномочий суда. Конституционный Суд РФ в Определении от 01.06.2010 N 754-О-О отметил следующее: "Из гарантированного статьей 46 Конституции Российской Федерации права на судебную защиту следует, что каждое заинтересованное лицо вправе обратиться в суд как орган государственной (судебной) власти за защитой своих нарушенных прав, а потому в соответствии с процессуальным законодательством отказ от права на обращение в суд недействителен (статья 4 АПК Российской Федерации). Предусмотренный федеральным законом порядок третейского разрешения спора, возникшего из гражданских правоотношений, в том числе с признанием по соглашению сторон окончательности третейского решения, не противоречит указанным требованиям, поскольку не лишает заинтересованное лицо права воспользоваться средствами судебного контроля в производстве о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (статьи 236 - 240 АПК Российской Федерации)..." <18>. Полагаем, данное высказывание также справедливо применительно к сфере международного коммерческого арбитража.

<18> Определение КС РФ от 01.06.2010 N 754-О-О // СПС "КонсультантПлюс".

Кроме того, в соответствии с позицией ЕСПЧ самоограничение права (добровольный отказ) на судебную защиту не противоречит ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В решении ЕСПЧ по делу **Deweer v. Belgium** от 27.02.1980 подтверждено, что "право на правосудие" - одно из составляющих справедливого судебного разбирательства, так же не абсолютно в уголовно-правовой, как и в гражданско-правовой сфере... Во внутреннем законодательстве многих Договаривающихся Государств такого рода отказ нередко встречается как в области гражданского права, в частности в виде арбитражных оговорок, так и в сфере уголовного права в виде **inter alia** штрафов, уплачиваемых в согласительном порядке. Такой отказ, который имеет несомненные преимущества для заинтересованного лица, а также для отправления правосудия, в принципе не противоречит Конвенции..." <19>.

<19> Подробнее см.: http://european-court.ru/uploads/ECHR_Deweer_v_Belgium_27_02_1980.pdf (дата посещения - 01.03.2018).

Таким образом, сущность негативного эффекта арбитражного соглашения состоит в признании государством, в лице компетентного государственного суда, юридической силы арбитражного соглашения <20>.

<20> Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 N 2572/13 по делу N A27-7409/2011 отмечается, что применение на практике п. 5 ст. 158 АПК РФ обязывает суд проверить арбитражную оговорку на предмет арбитрабельности спора, в отношении которого она заключена, выявить отсутствие пороков формы этой оговорки, а также решить вопросы ее действительности, продолжения действия и исполнимости и по результатам оценки каждого критерия принять решение о сохранении своей юрисдикции или направлении сторон в арбитраж. Постановление доступно в СПС "КонсультантПлюс".

Признание государством арбитражного соглашения выражается прежде всего в отказе государственного суда рассматривать по существу спор, охваченный таким соглашением <21>. Согласно п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г. "Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено". Нормы аналогичного содержания есть в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и российском Законе о МКА (п. 1 ст. 8). Эти контрольные полномочия должны также применяться государственным арбитражным судом по аналогии и в ситуации,

когда стороны заключают арбитражное соглашение в ходе рассмотрения спора в компетентном суде (в соответствии с правом, предоставленным им пп. 2 п. 1 ст. 135 АПК РФ).

<21> См.: Хвалеи В.В. Дерогационный эффект арбитражного соглашения // Арбитражная практика. 2009. N 10. С. 37.

Большинство споров, связанных с проверкой государственным судом наличия негативного эффекта арбитражного соглашения, возникает в связи с неточным указанием в арбитражном соглашении названия постоянно действующего арбитражного института, по правилам которого подлежит рассмотрению спор. Однако возможны и другие проблемы, связанные, например, с соотношением обязательной силы арбитражного соглашения и права на доступ к суду лица, не обладающего достаточными средствами для оплаты арбитражных сборов, и недействительностью арбитражных соглашений, заключенных в электронной форме <22>.

<22> См.: Усокин С.В., Усынин М.М. "Негативный эффект" арбитражного соглашения: тенденции российской судебной практики в 2014 году // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2. С. 30.

В этой связи довольно показательным решением по делу **ООО "Еврофасад" v. ООО "Гугл"** <23>. В этом деле арбитражная оговорка содержалась в Условиях оказания рекламных услуг в системе "Google Adwords" и предусматривала рассмотрение всех споров в МКАС при ТПП РФ. Условия оказания услуг были размещены ООО "Гугл" в сети Интернет и являлись публичной офертой. Заключение договора на оказание рекламных услуг происходило при направлении заказчиком акцепта в форме регистрации (создания аккаунта) в системе посредством использования сети Интернет и принятия условий в ходе регистрации ("путем клика и акцептования"). Суд установил, что истец заключил несколько договоров об оказании услуг ("путем клика и акцептования") и оплатил их стоимость. На основании представленных в суд документов, подтверждающих факты регистрации и оплаты, суд пришел к выводу, что между сторонами был заключен договор путем акцепта публичной оферты ответчика. Поскольку при этом стороны выразили свое согласие с арбитражным соглашением, иск был оставлен без рассмотрения <24>.

<23> Определение Арбитражного суда г. Москвы от 04.09.2014 по делу N А40-111306/2014: <http://sudact.ru/arbitral/doc/J61Y4lb5cxWx/> (дата посещения - 01.03.2018).

<24> Усокин С.В., Усынин М.М. Указ. соч. С. 37 - 38.

Наибольший интерес для иллюстрации негативного эффекта арбитражного соглашения представляет Определение от 12 июля 2017 г. по делу N 307-ЭС17-640, вынесенное Судебной коллегией по экономическим спорам Верховного Суда РФ, в котором рассмотрен вопрос соотношения принципа свободы договора и права на судебную защиту. Эта ситуация известна как дело о "бедном истце" <25>. Согласно материалам дела ООО "Редиус-Т" обратилось в Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области за взысканием с ООО "ГСЕ Красс" задолженности по договору поставки, а также процентов за пользование денежными средствами. Определением суда исковое заявление оставлено без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ. В п. 24.2 договора поставки установлено, что "любой спор, разногласие или требование, вытекающее из него или связанное с настоящим договором, или вытекающее из его нарушения, прекращения или недействительности настоящего договора, подлежат разрешению третейским судом в соответствии с Правилами Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма. Местом проведения арбитража будет являться город Стокгольм, Швеция. Арбитражное производство ведется на английском языке, трибунал состоит из трех арбитров".

<25> Определение ВС РФ от 12.07.2017 по делу N 307-ЭС17-640 // СПС "КонсультантПлюс"; Усокин С.В. Отсутствие средств на оплату арбитража не повод для игнорирования арбитражной оговорки, кроме

крайне исключительных случаев // Третейский суд. 2017. N 3. С. 84 - 86.

Суд первой инстанции указал, что довод заявителя о нарушении его права на судебную защиту по причине отсутствия денежных средств на оплату третейского сбора не является объективным фактором невозможности защиты своих интересов в третейском суде при отсутствии исключений, установленных нормой п. 5 ст. 148 АПК РФ (третейское соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено). Обращаясь в третейский суд, заявитель просил отсрочить уплату регистрационного сбора. После рассмотрения указанного обращения третейским судом было принято решение прекратить арбитражное разбирательство, так как оплата регистрационного сбора не была произведена ООО "Редиус-Т" в указанный срок. Из положений Арбитражного регламента Торговой палаты Стокгольма следует, что возможность предоставления отсрочки и/или рассрочки не предусмотрена. При этом отсутствие у ООО "Редиус-Т" средств на оплату регистрационного сбора в размере 2 000 евро было подтверждено справками налогового органа.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ отметила, что отсутствие денежных средств не ущемляет право заявителя на доступ к правосудию. Факт тяжелого финансового положения коммерческой организации не может сам по себе свидетельствовать о неисполнимости третейского соглашения, а также не обязывает государственный суд рассмотреть заявленные требования по существу при наличии действительной и исполнимой арбитражной оговорки. Учитывая специфику данных правоотношений, обусловленную сложностью сбора доказательств, к таким делам подлежит применению более высокий стандарт доказывания. В рамках настоящего дела истец доказательств не представил, при этом ответчик указал, что ситуация затруднительного финансового положения создана истцом намеренно, в целях нивелирования разбирательства в третейском суде - истец является участником группы успешно функционирующих аффилированных лиц, а его активы перераспределены в пользу аффилированных с ним юридических лиц.

Процессуальные последствия действия дерогационного эффекта арбитражного соглашения могут в значительной степени различаться в зависимости от национального законодательства места арбитража. Как отмечалось ранее, АПК РФ предписывает в данном случае государственному арбитражному суду оставить исковое заявление без рассмотрения, а, например, ст. 3 Федерального арбитражного закона США и ст. 9 (1) английского Закона "Об арбитраже" 1996 г. говорят об обязанности суда приостановить производство по делу. Статья 1032 ГПК Германии и ст. 584 (1) ГПК Австрии предписывают государственным судам отказать в принятии иска. Данные процессуальные различия связаны с процессуальным характером правоотношений и участием в них государственных судов, что предопределяет применение к ним **lex fori** <26>.

<26> См.: Хвалей В.В. Указ. соч. С. 38.

7.3. Форма и порядок заключения арбитражного соглашения

Общее требование в отношении формы арбитражного соглашения содержится в п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: "1. Каждое Договаривающееся Государство признает письменное соглашение..." Европейская конвенция 1961 г., характеризуя арбитражное соглашение в отношении физических и юридических лиц, говорит о нем как об условии в письменной сделке сторон (арбитражной оговорке) или отдельном арбитражном соглашении, подписанном сторонами, тем самым также закрепляя письменную форму арбитражного соглашения (ст. 1). Данный императив впоследствии был закреплен как на уровне международных правовых документов - в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (п. 2 ст. 7), так и в российском законодательстве - в Законе о МКА (п. 2 ст. 7).

Столь жесткое требование в отношении формы арбитражного соглашения связано с необходимостью проверки наличия **явно выраженного волеизъявления сторон о выборе негосударственного способа разрешения споров** (международного коммерческого арбитража), а также **компетентного форума** (арбитражного института или арбитража **ad hoc**), в который они передают или готовы передать в будущем свои споры. Контроль наличия действительного арбитражного соглашения, в том числе в отношении формы его заключения, осуществляется непосредственно полномочным составом арбитров в ходе арбитража, а также компетентными государственными судами при реализации ими мер

содействия и контроля в отношении деятельности третейских судов, связанных, например, с оспариванием "внутреннего" арбитражного решения либо признанием "иностранного" арбитражного решения (в том числе арбитражного соглашения) и выдачей исполнительного листа на арбитражное решение.

Между тем Закон о МКА вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ значительно расширил число способов заключения арбитражного соглашения, приравненных к письменной форме его заключения, в сравнении с теми, которые ранее были закреплены в Нью-Йоркской и Европейской конвенциях. Основным условием расширения возможностей по заключению арбитражного соглашения в форме, приравненной к письменной, является обеспечение фиксации содержащейся в арбитражном соглашении информации или доступность такой информации для дальнейшего использования (ч. 3 ст. 7 Закона о МКА).

Закон о МКА приравнял к арбитражному соглашению, содержащемуся в едином документе, подписанном сторонами, следующие дополнительные варианты его заключения:

1) электронное сообщение. Если арбитражное соглашение заключено в соответствии с требованиями закона, предусмотренного для договора, заключенного путем обмена документами посредством электронной связи (ч. 4 ст. 7);

2) обмен процессуальными документами, в которых истец в исковом заявлении утверждает наличие заключенного между сторонами спора арбитражного соглашения, а ответчик, подготовив отзыв на исковое заявление, не высказывает своих возражений по этому поводу (ч. 5 ст. 7);

3) ссылка на документ, содержащий текст арбитражной оговорки, имеющаяся в договоре сторон, причем данная ссылка говорит о том, что соответствующая арбитражная оговорка является неотъемлемой частью договора сторон (ч. 6 ст. 7).

Первый способ заключения арбитражного соглашения (в письменной и электронной форме) связан с переговорами сторон, в ходе которых одна из них направляет оферту с предложением заключения арбитражного соглашения одним из перечисленных способов, а другая должна ее акцептовать таким образом, который позволяет достоверно установить ее волеизъявление в документе, направленном этой стороной. Например, при обмене электронными документами об этом могут свидетельствовать реквизиты электронной почты, содержащиеся в тексте электронного сообщения.

Второй вариант предполагает совершение сторонами определенных конклюдентных действий в форме обмена процессуальными документами, которые они направляют друг другу, третейскому суду или в арбитражный центр (ПДАУ).

Третий способ заключения арбитражного соглашения, приравненный к его заключению в письменной форме, позволяет сделать в договоре ссылку на текст арбитражной оговорки, которая содержится в любом ином документе, при условии наличия волеизъявления сторон на включение этой оговорки в текст договора, заключенного сторонами. В данном случае возможны ссылки на типовые арбитражные оговорки, присутствующие в правилах того или иного арбитражного института, информацию рекламного характера, подготовленную различными организациями, при которых созданы ПДАУ, и другие документы. В этой связи вполне возможна ссылка на отдельное (общее) арбитражное соглашение сторон (**арбитражный договор**), охватывающее различные правоотношения сторон (например, если стороны с определенной периодичностью заключают однотипные договоры). На практике этот способ заключения арбитражного соглашения используется довольно редко.

Кроме того, законодатель легализовал возможность заключения арбитражного соглашения путем его включения в правила организованных торгов или правила клиринга (**четвертый способ** заключения арбитражного соглашения, предусмотренный в ч. 7 ст. 7 Закона о МКА). Наиболее известным российским центром третейского разбирательства, который использовал эту возможность и ранее, является Арбитражная комиссия при Московской межбанковской валютной бирже <27>. Так, в Правилах допуска к участию в торгах ЗАО "Фондовая биржа ММВБ" содержится ст. 11.01 "Разрешение споров", п. 1 которой представляет собой соответствующую арбитражную оговорку <28>. В Правила клиринга банка "Национальный Клиринговый Центр" (ЗАО) также включена арбитражная оговорка о рассмотрении споров в Арбитражной комиссии при ПАО "Московская Биржа" <29>.

<27> Так, например, 12 февраля 2009 г. Арбитражная комиссия при ЗАО "Фондовая биржа "Московская межбанковская валютная биржа" (далее - Третейский суд при ММВБ) вынесла решение по делу N 16/2008 о взыскании с ООО "КИТ Финанс" (далее - Ответчик) в пользу ОАО "Акционерный банк "Кузнецкбизнесбанк" (далее - Истец) суммы неуплаты переменного и фиксированного возмещения по сделке РЕПО. Арбитражное соглашение между сторонами было заключено путем подписания Ответчиком заявления о включении в состав участников торгов биржи, применения п. 16.1.1 Правил ММВБ допуска к участию в торгах и п. 29.1 Правил ММВБ проведения торгов по ценным бумагам, содержащих арбитражную оговорку о рассмотрении споров в Третейском суде при ММВБ. В соответствии с вышеназванными пунктами все гражданско-правовые споры и разногласия, возникающие в связи с осуществлением деятельности на бирже, заключением, изменением и прекращением сделок на бирже, признанием сделок недействительными или незаключенными, а также исполнением обязательств, вытекающих из заключенных на бирже сделок или в связи с ними, подлежат рассмотрению и разрешению в Третейском суде при ММВБ. Тактика Ответчика по ослаблению арбитражного решения была основана на квалификации арбитражного соглашения как **договора присоединения**, наличие которого исключало заключение арбитражного соглашения до момента возникновения спора из договора согласно п. 3 ст. 5 ранее действовавшего Закона о третейских судах. ВАС РФ (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 01.06.2010 N 17799/09 // СПС "КонсультантПлюс") поддержал решение суда первой инстанции о выдаче исполнительного листа на решение Третейского суда при ММВБ. См.: Ануров В.Н. Творчество сторон в формулировании арбитражных соглашений: проблемы и последствия (на примере некоторых дел из арбитражной и судебной практики) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2. С. 43.

<28> "Все гражданско-правовые споры и разногласия, возникающие из сделки или сделок, заключенных на организованных торгах закрытого акционерного общества "Фондовая биржа ММВБ", в том числе касающиеся ее (их) исполнения, нарушения, прекращения, признания ее (их) недействительной(-ыми) (ничтожной(-ыми) или незаключенной(-ыми)), подлежат рассмотрению и разрешению в Арбитражной комиссии при публичном акционерном обществе "Московская биржа ММВБ-РТС" в соответствии с документами, определяющими ее правовой статус и порядок разрешения споров, действующих на момент подачи искового заявления (за исключением споров и разногласий, возникающих из сделки или сделок, заключенных на организованных торгах закрытого акционерного общества "Фондовая биржа ММВБ", стороной по которым является любая из компаний, входящих в Группу "Московская биржа"). См.: <http://fs.moex.com/files/256> (дата посещения - 01.03.2018).

<29> Статья 32 "Порядок разрешения споров": "32.1. Все споры и разногласия, возникшие в связи с применением, нарушением, толкованием Правил клиринга, исполнением обязательств, вытекающих из Правил клиринга, признанием недействительными Правил клиринга или их части, подлежат рассмотрению и разрешению в Арбитражной комиссии при ПАО "Московская биржа" в соответствии с документами, определяющими ее правовой статус и порядок разрешения споров, действующими на момент подачи искового заявления (за исключением споров и разногласий, стороной по которым является любая из компаний, входящих в Группу "Московская биржа")". См.: <http://www.nkcbank.ru/UserFiles/File/CK23/1.%20Pravila%20kliringa.%20Chast%201.%20Obschaya%20chast.pdf> (дата посещения - 01.03.2018).

Еще одна новация (**пятый способ** заключения арбитражного соглашения, предусмотренный в ч. 8 ст. 7 Закона о МКА), свидетельствующая о закреплении новой возможности (порядка) заключения арбитражного соглашения, связана со специальным регулированием арбитража корпоративных споров. Арбитражное соглашение (оговорка) может быть включена в устав юридического лица и охватывать все или определенные споры участников компании и самого юридического лица (см. также п. 6.3.1 настоящего учебника). Важным условием действительности данного арбитражного соглашения является единогласное волеизъявление участников юридического лица. Данное правило имеет исключение: оно не распространяется на публичные акционерные общества и акционерные общества, объединяющие более тысячи акционеров, имеющих голосующие акции. Почему законодатель установил именно такой порог и насколько он необходим с учетом довольно серьезного требования к принятию и изменению арбитражной оговорки, остается только предполагать. Чтобы включенное в устав юридического лица арбитражное соглашение могло распространяться на споры участников и (или) самого юридического лица с другими лицами, эти лица должны присоединиться к данному арбитражному соглашению, выразив свою волю в письменной форме. Тем самым в данной ситуации могут быть использованы **все** перечисленные выше

способы заключения арбитражного соглашения. Принципиальным ограничением является невозможность выбора места арбитража по корпоративным спорам, поскольку оно установлено в Законе о МКА императивно - территория Российской Федерации. Как известно, место третейского разбирательства имеет важное процессуальное значение, и прежде всего его определяет компетентный суд, в который стороны вправе обратиться за отменой арбитражного решения. Кроме того, юридическая сила арбитражного соглашения определяется - при отсутствии иной договоренности его участников - по закону страны, где было вынесено арбитражное решение (п. 1(а) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., п. 2 ст. VI Европейской конвенции 1961 г.).

Таким образом, кроме заключения арбитражного соглашения собственно в письменной форме презюмируется еще пять способов его заключения.

Однако в современных условиях и этих "аналогов" письменной формы арбитражного соглашения уже явно недостаточно для эффективного функционирования и развития торгового оборота и арбитража. По этой причине на международном уровне были разработаны два новых документа ЮНСИТРАЛ в сфере международного коммерческого арбитража, принятые 7 июля 2006 г.: 1) Рекомендации относительно толкования п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и 2) поправки 2006 г. к Типовому закону ЮНСИТРАЛ <30>.

<30> http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration.html (дата посещения - 01.03.2018).

Первый документ ссылается на широкое использование в мире электронной торговли и принятие новых международно-правовых документов (Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронных подписях и Конвенции ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью-Йорк, 23 ноября 2005 г.)), а также принятие внутреннего законодательства и прецедентное право, которые содержат более благоприятные по сравнению с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. требования в отношении формы арбитражных соглашений, и имеет целью снять ту категоричность, которая ранее присутствовала в вопросе об обязательной письменной форме арбитражного соглашения, для того чтобы в максимально возможной степени обеспечить признание и последующее приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. В нем, в частности, отмечается, что при толковании Нью-Йоркской конвенции 1958 г. следует исходить из того, что п. 2 ст. II данной Конвенции **не носит исчерпывающего характера**.

Новеллы Типового закона ЮНСИТРАЛ также направлены на расширение границ действительности арбитражного соглашения. В этой связи стоит отметить, что в ряде случаев составление письменного документа невозможно или неосуществимо на практике. В таких случаях **действительность арбитражного соглашения должна быть подтверждена, если желание сторон о проведении арбитража не вызывает сомнений**. По этой причине ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ была изменена, с тем чтобы она в большей степени соответствовала международной договорной практике.

Национальным законодателям предлагается два подхода. Первый подход дублирует ранее существовавшую норму, дополнительно применяя фиксацию содержания соглашения в какой-либо форме как эквивалент традиционной письменной формы. Арбитражное соглашение вступает в силу в любой форме (включая устную), если содержание соглашения зафиксировано. Это новое правило имеет важное значение, поскольку более не требуется подписи сторон или обмена сообщениями между ними. Также отмечается, что данный подход включает и ранее существовавшие варианты заключения арбитражного соглашения. В рамках второго подхода определение арбитражного соглашения не предусматривает какого-либо требования в отношении его формы. Оба варианта пересмотренной ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливают более благоприятный по сравнению с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. режим для признания действительности арбитражного соглашения.

Исходя из "положений о более благоприятном законодательстве", содержащихся в п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г., уточняется, что "любой заинтересованной стороне" должна быть предоставлена возможность "воспользоваться правами, которыми она может обладать в соответствии с законодательством или международными договорами страны, в которой подается ходатайство, основанное на арбитражном соглашении, в целях признания действительности такого арбитражного соглашения" <31>.

<31> См.: п. п. 19 и 20 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ с изменениями, принятыми в 2006 г. (http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf; дата посещения - 01.03.2018).

К сожалению, новеллы Типового закона ЮНСИТРАЛ в отношении порядка и формы заключения арбитражного соглашения не стали достоянием российского арбитражного законодательства в полном объеме рекомендованного регулирования.

Национальные законы могут существенно различаться в отношении формальных требований, которые они устанавливают для арбитражных соглашений. Некоторые законы выдвигают строгие критерии, в то время как другие являются менее требовательными или вообще не содержат каких-либо формальных требований <32>.

<32> Кордеро Мосс Дж. Форма арбитражных соглашений: современные достижения в рамках ЮНСИТРАЛ и требование письменной формы Нью-Йоркской конвенции / Пер. Ю. Ловенецкой // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. N 2. С. 21.

Статья 178(1) Закона Швейцарии "О международном частном праве" требует от арбитражного соглашения соблюдения письменной формы, которая включает обмен телеграммами, факсами или другими средствами телекоммуникации, обеспечивающими фиксацию соглашения <33>.

<33> Статья 178(1): "Арбитражное соглашение должно заключаться письменно, при помощи телеграммы, телекса или факса или любого иного средства связи, позволяющего документально подтвердить его заключение".

Сходные критерии можно найти в ст. 1031 Гражданского процессуального кодекса ФРГ, который, кроме того, уточняет, что требование письменной формы будет считаться соблюденным, если арбитражное соглашение содержится в документе, направленном одной стороне, если эта сторона не заявила возражения в разумный срок <34>.

<34> Статья 1031: "(1) Арбитражное соглашение должно заключаться либо в форме документа, подписанного сторонами, либо путем осуществленного между ними обмена письмами, сообщениями по телефаксу, телеграммами либо сообщениями через иные формы связи, обеспечивающие фиксацию такого соглашения.

(2) Установленные в абзаце 1 требования относительно формы считаются выполненными также в том случае, если арбитражное соглашение содержится в документе, переданном от одной стороны другой стороне или от третьего лица обеим сторонам, и содержание этого документа при отсутствии своевременно заявленного возражения согласно обычаям оборота рассматривается в качестве содержания договора...".

Раздел 5 Закона Англии "Об арбитраже" предусматривает, что арбитражное соглашение должно совершаться в письменной форме, что означает, что арбитражное соглашение должно быть заключено или засвидетельствовано в письменной форме или должно содержаться в обмене документами <35>.

<35> Раздел 5: "(1) Положения этой части применяются, только когда арбитражное соглашение заключено в письменной форме, и любое другое соглашение между сторонами в отношении любого вопроса действует для целей этой части, только если оно заключено в письменной форме. Слова "соглашение" "договариваться" и "договорились" должны толковаться соответственно.

(2) Соглашение заключено в письменной форме, если: (а) соглашение заключено в письменной форме (вне зависимости от того, подписано оно сторонами или нет); (б) соглашение заключено путем обмена сообщениями в письменной форме; (с) наличие соглашения подтверждается письменным доказательством.

(3) Если стороны договариваются иначе, нежели в письменной форме, посредством ссылки на условия, которые зафиксированы в письменной форме, они заключают соглашение в письменной форме.

(4) Соглашение засвидетельствовано в письменной форме, если соглашение, заключенное иначе, чем в письменной форме, закреплено одной из сторон или третьей стороной, имеющей полномочия от сторон соглашения.

(5) Обмен документами в письменной форме в арбитражных или судебных заседаниях, в которых существование соглашения в иной, нежели письменная, форме утверждается одной стороной против другой стороны и не отрицается другой стороной в своем ответе, составляет между этими сторонами соглашение в письменной форме с утверждаемым действием.

(6) Ссылка в данной части на что-либо, совершенное в письменной форме, включает фиксацию этого любыми средствами".

Наиболее либеральным является Закон Швеции "Об арбитраже", ст. 1 которого признает любое арбитражное соглашение при условии, что о нем договорились стороны, не устанавливая какую-либо конкретную форму такого соглашения <36>. Сходное положение содержится в арбитражном Законе Норвегии <37>.

<36> Статья 1 гласит, что "споры, касающиеся вопросов, которые стороны вправе урегулировать между собой, могут на основании соглашения быть переданы на разрешение одному или нескольким арбитрам...".

<37> Разделы 3 - 10 Закона "Об арбитраже" Норвегии: "(1) Стороны могут договориться передать в арбитраж споры, которые возникли, равно как и все или определенные споры, которые могут возникнуть в отношении определенного правоотношения...".

7.4. Содержание и основные условия арбитражного соглашения

7.4.1. Содержание арбитражного соглашения

Содержанием арбитражного соглашения являются **права и обязанности сторон** (иных лиц, участвующих в третейском разбирательстве), **арбитров и арбитражных центров** (а в определенных случаях и иных компетентных органов), **определяющие их совместные действия в ходе арбитражного разбирательства**. Правила арбитражного разбирательства институционных арбитражных центров, на которые имеется ссылка в арбитражном соглашении, становятся его неотъемлемой частью, если стороны арбитражного соглашения не договорились об ином.

Договорной, доверительный (фидуциарный), диспозитивный и конфиденциальный характер отношений участников арбитражного разбирательства предопределяет отсутствие необходимости в подробной регламентации правил арбитражного разбирательства на уровне законодательства и установления императивных требований в отношении их содержания. Поэтому именно арбитражным соглашением определяются все условия и порядок взаимодействия сторон, арбитров, арбитражных институтов (их должностных лиц), а иногда и компетентных органов, которым стороны арбитражного соглашения могут поручить решение вопросов формирования состава арбитров, в ходе арбитражного разбирательства.

На практике используется несколько вариантов определения прав и обязанностей сторон и других участников третейского разбирательства в арбитражном соглашении.

Первый - когда стороны арбитражного соглашения **самостоятельно** определяют все права и

обязанности всех участников арбитражного разбирательства. Так может происходить в случае образования третейского суда для конкретного случая - **ad hoc**.

Второй вариант связан с возможностью использования при определении прав и обязанностей участников арбитража **типовых документов**, разработанных общественными организациями, в том числе на международном уровне, например Типового регламента ЮНСИТРАЛ <38>, который применяется для рассмотрения единичных споров.

<38> В этом случае ЮНСИТРАЛ рекомендует использовать следующую типовую арбитражную оговорку: "Любой спор, разногласие или требование, возникающие из или касающиеся настоящего договора либо его нарушения, прекращения его действия или его недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ". Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересмотрен в 2010 г.). С. 29. (<http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf>; дата посещения - 01.03.2018).

Частным случаем второго варианта определения содержания арбитражного соглашения можно считать обращение сторон арбитражного соглашения **ad hoc** в арбитражный институт (ПДАУ) за организационным (администрирующим) содействием <39> или его участием в качестве компетентного органа <40> (без использования правил арбитражного разбирательства, разработанных и утвержденных этим институциональным арбитражным центром). Законодательство России об арбитраже существенно ограничивает эти возможности, указывая на то, что "выполнение отдельных функций по администрированию арбитража, в том числе функций по назначению арбитров, разрешению вопросов об отводах и о прекращении полномочий арбитров, при осуществлении арбитража третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора, производится без общего администрирования спора" (п. 3 ч. 18 ст. 44 Закона об арбитраже). В ч. 19 ст. 44 Закона об арбитраже также дополнительно отмечается, что "выполнение указанных отдельных функций по администрированию спора постоянно действующим арбитражным учреждением при осуществлении арбитража третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора, не влечет за собой признание такого арбитража в целом администрируемым со стороны указанного учреждения".

<39> Так, например, Правилами по оказанию содействия арбитражу МКАС при ТПП РФ (п. 10) в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ предусмотрено выполнение следующих функций:

- "а) направление документов сторонам и арбитрам;
- б) содействие составу арбитража в определении даты, времени и места слушания дела и направление заблаговременного уведомления сторонам о слушании;
- в) предоставление помещений для слушания дела и совещаний состава арбитража;
- г) осуществление машинописных работ;
- д) обеспечение услугами переводчика;
- е) удостоверение подписей арбитров на арбитражном решении печатью МКАС и подписью его ответственного секретаря;
- ж) получение аванса арбитражных расходов и его дальнейшее перечисление с учетом установленного распределения таких расходов;
- з) оказание иного содействия, насколько таковое возможно" (<http://mkas.tpprf.ru/ru/docu.php>; дата посещения - 01.03.2018).

<40> Например, при делегировании сторонами институциональному центру арбитража функций по

принятию решений о назначении, замене либо отводе арбитра. См.: п. п. 12 и 17 ст. 2; п. 3 ч. 18 и ч. 19 ст. 44 Закона об арбитраже.

Общее администрирование ПДАУ арбитража **ad hoc** исключено законодателем вполне осознанно, чтобы установить разные правовые режимы арбитражного разбирательства при передаче споров, с одной стороны, в ПДАУ, а с другой - в третейский суд для конкретного случая. Тем самым, как представляется, законодатель не только "стимулирует" передачу споров в ПДАУ, но и искусственно снижает привлекательность обращения в третейские суды **ad hoc**, полагая, что они могут быть задействованы для "обхода закона" в случае неполучения НКО права на осуществление функций по администрированию третейского разбирательства.

Вместе с тем действующее арбитражное законодательство России не исключает возможности выполнения фактически любых функций по администрированию арбитража со стороны НКО, получившего право на выполнение функций по администрированию арбитража в Правительстве РФ, чем превращает конструкцию "частичного администрирования" в юридическую фикцию. Таким образом, режим "частичного администрирования", с одной стороны, "поглощается" правилом о возможности частичного администрирования только НКО, получившей право на осуществление функций ПДАУ (ч. 20 ст. 44 Закона об арбитраже), а с другой - как и раньше, позволяет выполнять любой объем администрирования разбирательства для конкретного спора.

Третий, наиболее часто встречающийся на практике случай - ссылка в арбитражном соглашении на регламент избранного сторонами постоянно действующего арбитражного центра (учреждения). Примером в данном случае может служить следующая арбитражная оговорка: "Все споры, разногласия, претензии и требования, возникающие из настоящего Договора или прямо или косвенно связанные с ним, в том числе касающиеся его заключения, существования, изменения, исполнения, нарушения, расторжения, прекращения и действительности, подлежат разрешению в порядке арбитража (третейского разбирательства), администрируемого Арбитражным центром при Российском союзе промышленников и предпринимателей (РСПП) в соответствии с его правилами, действующими на дату подачи искового заявления".

7.4.2. Обязательные и факультативные условия арбитражного соглашения

Источники международного коммерческого арбитража предъявляют крайне незначительные требования к содержанию арбитражного соглашения, определяя его как "соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением или его частью независимо от того, носило такое правоотношение договорный характер или нет" (п. 1 ст. 7 Закона о МКА).

Действительность арбитражного соглашения, как и любого другого договора, связана с согласованием его сторонами всех необходимых существенных условий. Поскольку природа арбитражного соглашения является дискуссионной, однозначное определение существенных условий арбитражного соглашения становится трудноразрешимой задачей, единственной привязкой в данном случае выступает тот правопорядок, которому стороны подчинили арбитражное соглашение.

Из приведенного определения можно выявить два **существенных условия** арбитражного соглашения:

- 1) выбор сторонами арбитража как способа разрешения спора (защиты прав);
- 2) указание на правоотношение, в связи с которым могут возникнуть данные споры.

Первое из рассматриваемых условий заключается в согласованном и явно выраженном волеизъявлении сторон арбитражного соглашения о передаче спора в третейский суд. Как отмечает В.В. Хвалей, законодательство многих стран прямо указывает на то, что для действительности арбитражного соглашения требуется явно выраженное намерение сторон о передаче спора на разрешение арбитражем <41>. В связи с этим суды таких стран могут признать недействительным соглашение: "Все споры по настоящему контракту **могут быть** рассмотрены путем арбитража" <42>. Например, арбитражное

соглашение: "Все споры, вытекающие из настоящего контракта, в случае невозможности урегулировать их путем переговоров будут разрешаться в арбитражном суде при Германно-голландской торговой палате. Если одна из сторон сочтет решение арбитража неудовлетворительным, она может обратиться в государственный суд", - было признано недействительным немецким судом в решении, вынесенном в 1973 г., который квалифицировал ссылку на арбитраж как некое соглашение о попытке мирного урегулирования дела до обращения в суд <43>.

<41> Хвалей В.В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. N 5. С. 53.

<42> Или следующий пример: "The parties may refer their dispute to arbitration". См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 263.

<43> Цит. по: Минаков А.И. Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеторговых споров. М., 1985. С. 37.

Условие о выборе арбитража для разрешения спора может быть признано не явно выраженным, и в этой связи арбитражное соглашение признано недействительным и в том случае, когда оно сформулировано альтернативным образом, предоставляющим стороне право выбора между арбитражем и государственным судом (так называемая асимметричная форма альтернативной третейской оговорки, более подробно см. п. 7.5.1 данной главы). Альтернативная арбитражная оговорка может звучать так: "Все споры по настоящему договору рассматриваются путем арбитража или в государственных судах в соответствии с их компетенцией". Следует, правда, отметить существующую тенденцию признания альтернативных арбитражных оговорок как действительных арбитражных соглашений <44>. Суды некоторых стран (например, Франции, Великобритании, США) при этом исходят из того, что если бы стороны не хотели передать спор на разрешение в арбитраж, то они бы об этом вообще не упоминали, а ссылка на государственные суды означает указание на связанные с арбитражем функции государственных судов <45>.

<44> Хвалей В.В. Указ. соч. С. 54.

<45> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 271.

Второе существенное условие арбитражного соглашения комплексно определяет предметную арбитрабельность спора, которая определяется нормами применимого законодательства (см. гл. 6 настоящего учебника).

В.В. Хвалей полагает, что "минимальная" или "бланковая" арбитражная оговорка, соответствующая условиям ее действительности, может выглядеть следующим образом: "Споры по настоящему контракту разрешаются путем арбитража" <46>.

<46> Хвалей В.В. Указ соч. С. 52.

При этом следует учитывать, что законодательство некоторых государств устанавливает отличный от Типового закона ЮНСИТРАЛ перечень существенных условий. Так, например, во Франции было признано недействительным арбитражное соглашение "Рассмотрение споров: арбитраж, Париж", поскольку в соответствии с ГПК Франции арбитражное соглашение должно или называть арбитров, или указывать на механизм их назначения <47>. Одной из причин признания недействительной такой "бланковой" арбитражной оговорки является то, что при отсутствии определенного в соглашении механизма формирования состава арбитров невозможно будет его сформировать, поскольку непонятно, к закону какой стороны необходимо обращаться для определения подобной процедуры <48>.

<47> Параграф 2 ст. 1443 Нового ГПК Франции. Данная норма не применяется к международному арбитражу. См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 266 - 267.

<48> Хвалей В.В. Указ. соч. С. 53.

К **дополнительным**, или **факультативным, условиям** арбитражного соглашения относятся такие формулировки, которые, дополняя текст арбитражного соглашения, конкретизируют:

1) категории (виды) споров, разногласий и требований, передаваемых сторонами на разрешение в арбитраж в связи с конкретным правоотношением;

2) возможность и порядок поэтапного разрешения споров/урегулирования правового конфликта, вытекающие из основного соглашения сторон;

3) выбор компетентного органа, которому стороны делегируют полномочия по принятию решений о назначении, замене или отводу арбитров;

4) язык (языки) арбитражного разбирательства;

5) место арбитражного разбирательства;

6) выбор применимого материального права к основному правоотношению;

7) выбор применимого процессуального закона к арбитражному соглашению;

8) окончательность и обязательность для сторон арбитражного решения <49>;

<49> В некоторых случаях возможна "проверка качества" арбитражного решения, как, например, по Арбитражному регламенту Международной торговой палаты 1998 г. (ст. 27).

9) распределение сторонами арбитражных расходов;

10) указание на согласованную сторонами процедуру арбитражного разбирательства;

11) дополнительные требования к квалификации арбитров и другие обстоятельства арбитражного разбирательства и возможные условия.

Детализация арбитражного соглашения позволяет нивелировать возможные разногласия сторон по данным вопросам, повысить "живучесть" арбитражного соглашения, эффективность арбитражного разбирательства, в том числе его быстроту и удобство для сторон, а также исполнимость арбитражного решения.

В.В. Хвалей в этой связи приводит следующий "показательный" вариант обобщенного арбитражного соглашения:

"1. Все споры и разногласия по настоящему контракту или в связи с ним, включая споры, связанные с его изменением, прекращением и недействительностью, будут разрешаться сторонами путем переговоров.

2. В случае невозможности разрешения спора или разногласия путем переговоров в течение трех месяцев с момента поступления предложения от одной из сторон о проведении переговоров либо до истечения срока, если для стороны стала очевидной невозможность достижения согласия путем переговоров, такие споры и разногласия будут разрешаться путем арбитража в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ тремя арбитрами, каждый из которых должен владеть русским и английским языком.

3. Органом, осуществляющим заместительное назначение арбитров, будет являться Президент

Торгово-промышленной палаты Российской Федерации.

4. Языком арбитражного разбирательства будет являться английский язык. Вместе с тем стороны будут вправе предъявлять документы на русском языке.

5. Местом арбитража будет являться Женева, Швейцария.

6. Материальным правом, применимым к контракту, будет законодательство Российской Федерации.

7. Процессуальным правом, применимым к арбитражу, включая оценку арбитражного соглашения, будет являться право Швейцарии.

8. Решение состава арбитров будет окончательным и обязательным для сторон.

9. Все расходы, связанные с проведением арбитража, включая разумные расходы на юридического представителя, будет полностью нести проигравшая арбитраж сторона.

10. Стороны прямо заявляют об отказе на обжалование решения арбитража в соответствии со статьей 192 Закона Швейцарии о международном частном праве.

11. Обращение одной из сторон в государственный суд с просьбой о применении обеспечительных мер не будет рассматриваться как несовместимое с арбитражем или отказ от арбитража" <50>.

<50> Хвалей В.В. Указ. соч. С. 71 - 72.

В 2010 г. Международной ассоциацией юристов был подготовлен документ, содержащий алгоритм для формулирования арбитражных соглашений - Руководящие принципы МАЮ по арбитражным оговоркам (далее - Руководящие принципы). Данный документ призван содействовать обеспечению эффективности и исполнимости арбитражных оговорок, точно отражающих намерения сторон. Руководящие принципы не дают обязательных указаний относительно того, какой конкретный выбор стороны должны сделать в том или ином случае, но предоставляют сторонам информацию о **существенных условиях** действительной оговорки и о тех аспектах процесса, которые они могут определить **заранее**. Руководящие принципы МАЮ по арбитражным оговоркам знакомят как с альтернативами, которые стороны могут выбрать, так и с рисками, которых следует избегать.

Руководящие принципы рассматривают некоторые из наиболее сложных вопросов составления арбитражных оговорок, которые возникают в случаях, когда арбитражное соглашение выходит за рамки обычной двусторонней договоренности и когда в него вовлечено несколько сторон и/или ряд взаимосвязанных договоров. Поэтому Руководящие принципы МАЮ по арбитражным оговоркам могут применяться и подходят к различным по степени сложности арбитражным оговоркам - от простых и понятных до наиболее сложных. В них обсуждаются не только основополагающие принципы, касающиеся необходимых условий арбитражной оговорки, но и те, которые считаются "необязательными дополнительными возможностями", а также оговорки о многоступенчатом порядке разрешения споров, арбитражные оговорки с множественностью лиц и арбитражные оговорки, подходящие для сделок с несколькими договорами. В Руководящих принципах представлена формулировка каждого такого принципа, а в дополнение делаются замечания пояснительного характера и приводятся конкретные рекомендуемые оговорки.

Согласно Руководящим принципам к **основным условиям** арбитражного соглашения, которые следует согласовать сторонам, отнесены следующие: 1) сделать выбор между институциональным арбитражем и арбитражем **ad hoc**; 2) выбрать арбитражный регламент и в качестве отправной точки использовать типовую оговорку, которая рекомендована для такого арбитражного регламента; 3) широко определить круг споров, подлежащих разрешению в арбитраже (при отсутствии особых обстоятельств не следует стремиться ограничить круг этих споров); 4) выбрать место арбитража. Этот выбор должен основываться на практических и правовых соображениях; 5) указать число арбитров; 6) указать порядок назначения и замены арбитров, а в случае арбитража **ad hoc** - определить компетентный орган; 7) указать язык арбитражного разбирательства; 8) указать право, применимое к договору и вытекающим из него

спорам <51>.

<51> См.: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#top
(дата посещения - 01.03.2018).

7.4.3. Типовые и патологические арбитражные соглашения (оговорки)

Многочисленные рекомендации известных специалистов в области международного коммерческого арбитража в случаях передачи сторонами своих споров в институциональные центры арбитража настоятельно советуют избегать самостоятельного формулирования условий арбитражного соглашения и использовать для этого " типовые " арбитражные оговорки, разработанные арбитражными институтами. Основная аргументация данного правила связана с четкой трактовкой в арбитражном соглашении тех его условий, которые определяют его исполнимость, без которых говорят о наличии дефектов (от лат. **defectus** - изъян, недостаток, недочет) арбитражного соглашения или о существовании так называемого патологического арбитражного соглашения (оговорки).

Термин "**патологическая арбитражная оговорка**" введен в арбитражную доктрину в 1974 г. генеральным секретарем Арбитражного суда при Международной торговой палате (в настоящее время - Международный коммерческий арбитражный суд при Международной торговой палате) Фредериком Эйсеманном для обозначения дефектных арбитражных оговорок и соглашений, сложных, если вообще возможных, в применении на практике <52>.

<52> Eisemann F. La clause d'arbitrage pathologique // Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli. Torino, 1974. P. 129 - 161; Кушнир А.А. Симптомы, профилактика и лечение патологических арбитражных оговорок // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 2. С. 173.

Эйсеманн сформулировал четыре основные функции "здоровой" арбитражной оговорки:

- 1) породить последствия, обязательные для сторон;
- 2) исключить вмешательство государственных судов в процесс разрешения споров, по крайней мере до момента вынесения арбитражного решения;
- 3) наделить арбитров полномочиями на разрешение споров;
- 4) создать условия для запуска эффективной арбитражной процедуры, завершающейся вынесением решения, подлежащего принудительному исполнению <53>.

<53> Eisemann F. Op. cit. P. 130; Кушнир А.А. Указ. соч. С. 173 - 174.

По мнению О.Ю. Скворцова, патологическими арбитражными соглашениями (оговорками) следует считать такие изъяны в соглашении сторон о передаче споров в арбитраж, которые влекут его недействительность <54>. Таким образом, теоретик ставит своеобразный знак равенства между патологическими арбитражными соглашениями и арбитражными соглашениями, которые могут быть признаны по каким-либо основаниям недействительными. В свою очередь, В.В. Хвалец считает, что патологическими арбитражными соглашениями можно называть лишь те, недействительность которых влечет невозможность их исполнения, что выражается, например:

<54> Скворцов О.Ю. Третьейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 366.

- 1) в указании на несуществующий арбитражный институт;
- 2) во внутренних противоречиях текста арбитражного соглашения;
- 3) в отсутствии компетенции арбитражного института по спору, переданному на его рассмотрение <55>;

<55> Например, когда спор передается в специализированный арбитражный центр.

- 4) в невозможности рассмотрения дела указанными в арбитражном соглашении арбитрами и др. <56>.

<56> Хвалей В.В. Указ. соч. С. 61.

Не считается исполнимым третейским соглашением патологическая оговорка, имеющая неопределенности, неполноту и иные дефекты, не позволяющие установить действительное волеизъявление сторон на заключение третейского соглашения. Следствием этого могут быть многочисленные случаи невозможности третейского разбирательства ввиду того, что или сам третейский, или государственный суд не признает неясную, нечеткую оговорку достижением между сторонами соглашения о третейском суде <57>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<57> См.: Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков... С. 724 (автор главы - Е.А. Виноградова).

Кроме перечисленных случаев А.В. Попова отмечает, что патология арбитражных оговорок может быть результатом:

- неопределенности (если, например, арбитражная оговорка не позволяет точно определить наименования коммерческого арбитража <58>);

<58> Примером может служить следующий случай из практики государственных арбитражных судов: "Внешнеэкономический контракт международной купли-продажи товаров содержал арбитражную оговорку о том, что все разногласия, возникающие из обязательств по данному договору, будут рассмотрены в "парижском институте". Арбитражный суд установил, что истец, как и ответчик, не мог конкретизировать содержание данной оговорки, не назвал точного наименования международного институционального арбитража, не дал о нем пояснений... Суд установил, что данное арбитражное соглашение не может быть конкретизировано, а следовательно, и выполнено сторонами по внешнеэкономическому контракту... В силу того, что стороны не смогли уточнить точного названия и адреса "парижского института" и арбитражное соглашение не могло быть исполнено, арбитражный суд... принял иск к рассмотрению". См.: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 N 29 "Обзор судебной арбитражной практики по делам с участием иностранных лиц". Пункт 13 // СПС "КонсультантПлюс".

- неполноты (если имеет место недостаточно полное определение порядка назначения арбитров или процедуры рассмотрения дела арбитражем);

- утраты силы (например, если стороны установили жесткие временные рамки для определенных действий и соответствующие сроки уже истекли) <59>.

<59> Попова А.В. Проблема патологических арбитражных оговорок во внешнеторговых контрактах // Альманах работ молодых ученых. 2003. N 1. С. 125.

Примером патологической арбитражной оговорки является случай из практики Международной торговой палаты. Арбитражная оговорка наделяла арбитражный суд при Международной торговой палате Цюриха в Лугано компетенцией по рассмотрению споров. Первоначально арбитражный процесс был возбужден согласно Регламенту МТП. Оговорка, по мнению состава арбитров, являлась патологической и могла быть истолкована в пользу компетенции МТП либо Торговой палаты Цюриха. В такой ситуации право выбора принадлежало истцу, который его и сделал в пользу МТП посредством подачи искового заявления, тем самым наделив данное арбитражное учреждение полномочием по организации арбитражной процедуры <60>. Тем самым патологическая арбитражная оговорка была "реанимирована" и признана действительной составом арбитров.

<60> Кушнир А.А. Указ. соч. С. 177.

В некоторых же случаях ошибка может привести арбитражную оговорку к "летальному" исходу. Одним из таких печальных примеров является дело, рассмотренное ВАС РФ. Суду предстояло истолковать арбитражную оговорку, которая подчиняла разрешение споров арбитражному учреждению, находящемуся в пределах Томской области, определенному желанием истца <61>. Суд пришел к выводу о том, что спор не мог быть рассмотрен в порядке арбитража, так как стороны не остановились на каком-либо конкретном арбитражном учреждении. Вместе с тем наиболее приемлемым выходом из ситуации является организация арбитража **ad hoc** согласно закону места рассмотрения арбитражного дела <62>.

<61> Определение ВАС РФ от 28.08.2008 N 8711/08 по делу N A67-438/08 // The Baker & McKenzie: International Arbitration Yearbook 2008. М., 2009. P. 214 - 216.

<62> Кушнир А.А. Указ. соч. С. 179.

Регламенты некоторых арбитражных учреждений предусматривают срочное разрешение споров в общем порядке. Например, согласно Регламенту Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП Румынии (CCIR), если стороны не договорились об ином, состав арбитров, по общему правилу, выносит решение по существу в течение 6 месяцев (12 месяцев в случае международного арбитража) со дня его формирования <63>. Однако установление неоправданно сжатых сроков для подачи искового заявления или его рассмотрения по существу не является обоснованным. Сроки должны быть соразмерны сложности договорных отношений и вытекающих из них споров. Нарушение этой симметрии, при которой инкорпорированные в арбитражную оговорку сроки неадекватно малы по сравнению со сложностью дела, говорит о наличии патологии в оговорке <64>.

<63> http://arbitration.ccir.ro/wp-content/uploads/2017/06/Rules_of_arbitration_2014.pdf (дата посещения - 01.03.2018).

<64> Кушнир А.А. Указ. соч. С. 181.

При выборе регламента постоянно действующего арбитражного института его организаторы рекомендуют использовать специально разработанные арбитражные оговорки. В.В. Хвалей резонно полагает, что следует достаточно осторожно относиться к любым попыткам изменения предлагаемых типовых арбитражных оговорок, особенно к попыткам изменения правил арбитражного разбирательства,

установленных в регламенте. Дело в том, что при противоречии между нормой регламента и арбитражным соглашением арбитражный институт, скорее всего, будет следовать норме своего регламента. В результате стороны подвергают себя риску попасть под норму Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о несоответствии арбитражного процесса соглашению сторон, что является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения <65>.

<65> Хвалей В.В. Указ. соч. С. 61, 67.

В то же время, по мнению Т.В. Слипачук, в некоторых случаях, с учетом особенностей договорных отношений сторон, их статуса, типовые арбитражные оговорки (предлагаемые международными арбитражными институциями) могут быть недостаточно хороши для того, чтобы стороны чувствовали себя комфортно и уверенно в отношении предусматриваемого ими порядка разрешения споров. По всей видимости, это и есть те случаи, когда составление арбитражной оговорки можно сравнить с пошивом обуви. Пара туфель, изготовленных вручную для конкретного клиента, всегда будет удобнее и дольше носиться, чем самые лучшие образцы фабричного производства <66>.

<66> Слипачук Т.В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 433.

7.5. Классификация арбитражных соглашений

7.5.1. Виды арбитражных соглашений

Классификация каких-либо объектов позволяет глубже уяснить природу явления, их объединяющего. В этом отношении не исключение и разнообразные подходы к характеристике арбитражного соглашения и классификации его видов по различным основаниям.

Условно можно выделить следующие основания для классификации арбитражных соглашений:

- 1) по соотношению с основным контрактом;
- 2) по наличию или отсутствию спора на момент заключения соглашения;
- 3) по порядку заключения;
- 4) в зависимости от правоприменительных органов, которые стороны рассматривают в качестве альтернативы друг другу;
- 5) по возможности или невозможности одностороннего отказа от арбитражного соглашения;
- 6) по числу сторон арбитражного соглашения;
- 7) по учету волеизъявления сторон при обращении в арбитраж;
- 8) по возможности поэтапного урегулирования конфликта и разрешения споров;
- 9) по отношению к "национальности" арбитражного института;
- 10) по определенности условий арбитражной оговорки.

1 - 2. Рассмотрим подробнее каждое основание. Рассмотренные ранее основные виды арбитражных соглашений можно классифицировать по следующим двум основаниям: во-первых, **по соотношению с основным контрактом** и, во-вторых, **по наличию или отсутствию спора на момент заключения арбитражного соглашения**. В первом случае можно выделить: 1) включение условия о рассмотрении споров в арбитраже в основной контракт (**арбитражная оговорка <67>**); 2) отдельное от основного

контракта соглашение сторон о передаче спора в арбитраж (**арбитражное соглашение и третейская запись**). Во втором варианте представляется возможным говорить: 1) о заключении договора о передаче спора в арбитраж при отсутствии спора (**арбитражная оговорка, арбитражное соглашение**); 2) о наличии спора (**третейская запись**).

<67> В том числе в случае, когда в основном договоре имеется ссылка на документ, содержащий арбитражную оговорку, при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую ссылку частью договора (ч. 6 ст. 7 Закона о МКА).

3. Самостоятельным основанием для классификации арбитражных соглашений можно считать **порядок их заключения**, что одновременно свидетельствует о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения: 1) подписание сторонами общего документа (письменного или электронного); 2) обмен иском заявлением и отзывом на иск; 3) ссылка в договоре на документ, в котором находится арбитражная оговорка; 4) включение в правила организованных торгов или правила клиринга; 5) включение в устав юридического лица (по корпоративным спорам); 6) особый порядок заключения инвестиционного арбитражного соглашения <68>.

<68> Считается, что арбитражное соглашение является заключенным с того момента, как инвестор акцептовал оферту, содержащуюся в дву- или многостороннем инвестиционном соглашении, путем начала арбитражного разбирательства либо путем направления государству извещения об акцепте после осуществления инвестиций. Подробнее см.: Гармоза А.П. Арбитражное соглашение как основание возникновения компетенции международного коммерческого арбитража на разрешение инвестиционных споров // Третейский суд. 2009. N 1. С. 87 - 98.

4. **Альтернативные арбитражные соглашения**, в свою очередь, делятся на **симметричные и асимметричные**.

О заключении симметричного альтернативного арбитражного соглашения (далее - СААС) можно говорить, когда любая из сторон арбитражного соглашения может осуществить выбор между: 1) двумя и более арбитражными институтами <69>; 2) институциональным арбитражем или арбитражем **ad hoc** и государственным судом <70>. Второй вариант также называют **симметричной комбинированной** либо **смешанной (арбитражно-процессуальной)** арбитражной оговоркой. Чаще всего на практике выбор того или иного правоприменительного органа предоставляется истцу, что подразумевает наличие согласия ответчика либо использование варианта, когда избранным будет считаться арбитраж по месту нахождения истца или ответчика, т.е. каждая сторона арбитражного соглашения имеет равные возможности.

<69> Частным случаем альтернативной (симметричной) арбитражной оговорки (соглашения) может выступать условие о выборе между постоянно действующим (институциональным) арбитражем и арбитражем **ad hoc**.

<70> До третейской реформы 2015 г. в практике Третейского суда НАП довольно часто использовалась следующая форма альтернативной арбитражной оговорки: "Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ними, в том числе касающиеся возникновения, изменения, нарушения, исполнения, прекращения, недействительности или незаключенности, по выбору истца подлежат разрешению либо в Третейском суде при Автономной некоммерческой организации "Независимая арбитражная палата" в соответствии с Регламентом третейского разбирательства этого суда, либо в компетентном суде в соответствии с законодательством Российской Федерации".

Применительно к международному коммерческому арбитражу альтернативные арбитражные соглашения используются в тех случаях, когда стороны не могут договориться о едином для них

(нейтральном) арбитражном институте, т.е. арбитраже третьей (по отношению к ним) страны. Иногда включение в контракт альтернативного арбитражного соглашения позволяет эффективно преодолеть проблемные ситуации, возникающие вне зависимости от самих сторон. Так, например, по мнению И.М. Мутай и Е.В. Биллебру, трудности, возникающие при выборе арбитражного форума в условиях санкций против России, можно решить с помощью альтернативной арбитражной оговорки, указав в ней традиционные форумы и условие, что в случае заявления арбитрами самоотвода или отказа арбитражного института, находящегося в одной из стран ЕС, дело будет подлежать рассмотрению в ином арбитражном институте вне ЕС <71>. Следовательно, авторы рекомендуют заключать СААС. Однако есть в этом подходе и слабое место, поскольку сторона, выбирая обращение в один из альтернативных правоприменительных органов, чтобы убедиться в наличии у него компетенции на разрешение спора, по сути, исключает последующее обращение в другой (см. далее). В данном случае, скорее всего, следует рекомендовать сторонам заключать не альтернативную арбитражную оговорку, а соглашение о поэтапном разрешении спора - многоуровневое (или многоступенчатое) арбитражное соглашение.

<71> Мутай И.М., Биллебру Е.В. Выбор арбитражного форума разрешения споров в свете санкций против России // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 3: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М., 2015. С. 60.

В ходе третейской реформы в России возникла ситуация, когда получение некоммерческими организациями права на выполнение функций по администрированию арбитража вновь создаваемыми ПДАУ может значительно затянуться. Чтобы не откладывать работу по развитию вновь создаваемого арбитражного центра до получения указанного права, стоит также рекомендовать создателям арбитражных институтов "продвигать" комбинированное СААС.

Как известно, центры международного арбитража различных государств сотрудничают друг с другом. В рамках такого взаимодействия между ними подписываются соглашения о сотрудничестве, которые обычно предусматривают **рекомендуемую арбитражную оговорку альтернативного содержания**, по которой выбор конкретного арбитражного института может быть привязан либо к безусловному полномочию истца, либо определяется к местонахождению ответчика.

Как отмечает А.С. Комаров, соглашения о сотрудничестве в области разрешения споров направлены на то, чтобы значительно облегчить предпринимателям из различных стран согласование и формулирование условий, касающихся вопросов урегулирования возможных споров. Значительное число соглашений о сотрудничестве с зарубежными организациями предпринимателей (торговыми палатами) в данной области имеется и у Торгово-промышленной палаты Российской Федерации <72>. Такие соглашения, как правило, содержат рекомендации, касающиеся условий о порядке разрешения споров, для использования в коммерческих договорах и соглашениях (факультативные арбитражные оговорки) <73>.

<72> Соглашение между Торгово-промышленной палатой РФ и Центральной торговой палатой Финляндии о сотрудничестве в области коммерческого арбитража рекомендует физическим и юридическим лицам этих стран включать в их контракты следующую арбитражную оговорку: "Все споры, могущие возникнуть из настоящего контракта или связанных с ним правовых отношений, подлежат разрешению арбитражным путем. Если ответчиком в таком споре является российское физическое или юридическое лицо, то арбитражное разбирательство будет осуществляться Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его регламентом. Если ответчиком в таком споре является финляндское физическое или юридическое лицо, то арбитражное разбирательство будут осуществляться в Совете по арбитражу Центральной торговой палаты Финляндии в соответствии с его регламентом. Решение арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей арбитражной оговоркой, будет окончательным и обязательным для обеих сторон". См.: Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ: Сборник нормативных документов и справочных материалов. М., 2007. С. 101 - 102.

<73> Комаров А.С. Предисловие // Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ: Сборник нормативных документов и справочных материалов. М., 2007. С. 7 - 8.

СААС имеет широкое распространение и признается соглашением о третейском суде как в практике третейского разбирательства, так и в судебной практике разных стран <74>. Действующим законодательством не запрещается заключение альтернативного соглашения о порядке разрешения спора, в соответствии с которым заинтересованное лицо обладает правом обратиться по своему усмотрению в определенный третейский или государственный суд. На это, в частности, указывается в Определении ВС РФ от 27.05.2015 по делу N 310-ЭС14-5919, Постановлении Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 N 11196/11 <75>.

<74> Л.Г. Балаян приводит следующий интересный случай из практики действовавшего ранее Третейского суда при Ассоциации российских банков, соответствующий максимально широкой трактовке альтернативного арбитражного соглашения: "Две кредитные организации, заключая договор о проведении операций на межбанковском рынке, установили в виде отдельного условия в этом договоре, что возникающие между ними споры, связанные с исполнением данного договора, будут разрешаться в одном из постоянно действующих третейских судов г. Москвы по выбору истца, причем согласие ответчика считается заранее полученным... Сторона предъявила в Третейский суд АРБ иск о взыскании задолженности... Состав арбитража, разрешая этот спор, признал компетенцию Третейского суда АРБ на рассмотрение указанного дела... Впоследствии Арбитражный суд г. Москвы, рассматривая заявление истца о выдаче исполнительного листа по вынесенному решению, подтвердил компетенцию Третейского суда АРБ по рассмотрению указанного спора". См.: Балаян Л.Г. Соглашение о третейском суде - важнейшее условие третейского разбирательства // Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 198 - 199.

<75> Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 N 11196/11 значится: "Положениями пункта 7.1 договора поставки предусмотрено, что в случае возникновения споров по данному договору стороны примут все меры к их рассмотрению путем переговоров. В случае недостижения соглашения спор передается на рассмотрение по выбору истца: в Сибирский третейский суд (г. Новосибирск) или в Арбитражный суд Новосибирской области. Решение Сибирского третейского суда по делу является окончательным. Признавая третейское соглашение заключенным, суд первой инстанции исходил из принципа свободы договора, наличия права выбора у обеих сторон договора и отсутствия законодательного запрета на заключение третейского соглашения на подобных условиях. Иное привело бы к чрезмерному вмешательству государственного суда в дела сторон и нарушению принципа автономии воли.

Третейские соглашения, предусматривающие возможность каждой из сторон обратиться по своему выбору в конкретные государственные или третейские суды, не противоречат закону и должны считаться заключенными". См.: Определение ВС РФ от 27.05.2015 по делу N 310-ЭС14-5919; Постановление Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 N 11196/11 // СПС "КонсультантПлюс".

В случае заключения сторонами асимметричного (**диспаритетного, опционного**) альтернативного арбитражного соглашения (далее - АААС) одна из его сторон при возникновении спора может осуществить выбор между двумя правоприменителями (либо арбитражными институтами <76>, либо арбитражным институтом и государственным судом <77>), а вторая может обратиться лишь к одному из них, заранее согласованному. Такой вид альтернативного арбитражного соглашения в отечественной доктрине и практике до последнего времени не признавался <78>. Так, в 2012 г. Президиум ВАС РФ признал недействительной комбинированную АААС, указав, что диспаритетная альтернативная оговорка является недействительной, поскольку предусматривает право только одной стороны обратиться по своему усмотрению в государственный или третейский суд, в то время как другая сторона обязана обратиться за разрешением спора только в третейский суд <79>. Тем самым ВАС РФ признал неравноправные возможности по разрешению споров, установленные сторонами арбитражного соглашения, основанием для признания недействительным АААС полностью либо в части. Вместе с тем диспозитивность (автономия воли сторон) по согласованию условий для разрешения споров и урегулирования правовых конфликтов, присущая способам альтернативного разрешения споров, позволяет считать АААС действительными арбитражными соглашениями. Кроме того, данное основание недействительности арбитражного соглашения отсутствует как в российском, так и в международном законодательстве <80>.

<76> Некомбинированная асимметричная альтернативная арбитражная оговорка (соглашение).

<77> Комбинированная асимметричная альтернативная арбитражная оговорка (соглашение).

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<78> См.: Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков... С. 722.

<79> Стороны контракта (ЗАО "Русская Телефонная Компания" (истец) и ООО "Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус" (ответчик)) включили в него следующее соглашение (оговорку) о разрешении споров: "Любой спор, возникший в связи с настоящим Соглашением, который не может быть разрешен путем переговоров, будет окончательно разрешен в соответствии с Правилами примирения и арбитража Международной торговой палаты (Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce) тремя арбитрами, назначенными в соответствии с этими Правилами. Местом арбитражного разбирательства будет Лондон, разбирательство будет происходить на английском языке. Настоящая арбитражная оговорка продолжает действовать в том числе после расторжения настоящего соглашения и не ограничивает прав Сторон обращаться в суды компетентной юрисдикции для принятия обеспечительных мер или вынесения судебного запрета. Арбитражная оговорка также не ограничивает право Сони Эрикссон обратиться в суд компетентной юрисдикции с иском о взыскании сумм задолженности за поставленную Продукцию" (п. 12.2 контракта).

По мнению ВАС РФ, суды не учли следующее. Из содержания соглашения (оговорки) о разрешении споров следует, что оно определяет возможность передачи споров как в международный коммерческий арбитраж, так и в государственный суд. При этом суды не исследовали действительность этого соглашения в совокупности его положений, не оценили наличия в соглашении о разрешении споров положения, которое закрепляет право только одной стороны контракта - общества "Сони Эрикссон" (продавца) - передать споры на разрешение государственного суда. Такое соглашение ставит общество "Сони Эрикссон" в преимущественное положение по сравнению с обществом "РТК", поскольку только ему предоставляет право выбора средства разрешения спора (частного арбитража или государственного правосудия), следовательно, нарушает баланс интересов сторон.

"Таким образом, исходя из общих принципов осуществления защиты гражданских прав соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону (продавца) контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону (покупателя) подобного права. В случае заключения такого соглашения оно является недействительным как нарушающее баланс прав сторон. Следовательно, сторона, право которой нарушено таким соглашением о разрешении споров, также вправе обратиться в компетентный государственный суд, реализовав гарантированное право на судебную защиту на равных со своим контрагентом условиях" (Постановление Президиума ВАС РФ от 19.06.2012 N 1831/12 // СПС "КонсультантПлюс").

<80> Асосков А.В. Асимметричные оговорки о порядке разрешения споров: проблемы, порожденные Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июня 2012 года N 1831/12 // Третейский суд. 2012. N 5. С. 153; Зенькович Д.И. Асимметричные арбитражные соглашения в английском и американском праве // Адвокат. 2014. N 12. С. 61 - 68.

АААС допускаются и, следовательно, считаются действительными во многих странах. В частности, об этом свидетельствует многолетняя практика английских банков, которые минимизируют риски невозврата кредитов, уравнивая их закреплением за собой более широких процессуальных возможностей, чем у заемщиков <81>. В этой связи также актуально мнение А.В. Егорова, который предлагает признавать комбинированные АААС симметричными, для чего возможно либо заключение дополнительного соглашения, либо (при наличии спора) заявление иска в компетентный государственный суд о признании соглашения недействительным в целях преобразования асимметричной оговорки в симметричную заранее, а не в тот момент, когда возникнет необходимость в выборе компетентного форума для разрешения конфликта сторон <82>.

<81> Асимметричные арбитражные оговорки считаются действительными в Англии и Франции, см.: Ходыкин Р.М. Гибридные оговорки о рассмотрении спора // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. N 11. С. 64, 70.

<82> Егоров А.В. Асимметричные оговорки о разрешении споров судебная практика заменяет на симметричные // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 2. С. 194 - 195.

Специалисты отмечают возможное возникновение практических проблем в случаях, когда одна из сторон будет злоупотреблять своим правом выбора. По существу, альтернативные арбитражные оговорки предполагают арбитраж по принципу "first come, first serve basis", т.е. при возникновении спора сторона, предусмотревшая в альтернативной арбитражной оговорке возможность обратиться в более предпочтительный для нее арбитраж, должна успеть сделать это первой, поскольку иначе она может оказаться уже не истцом, а ответчиком в том арбитражном институте, истцом в котором она по каким-то причинам не хотела быть изначально. Предъявление сторонами одновременно или почти одновременно исков в различные арбитражные институты в отношении одного и того же контракта по спору об одном и том же предмете и на основании тех же обстоятельств может стать серьезной проблемой. Как представляется, это существенно снижает привлекательность альтернативной арбитражной оговорки, поскольку благородство "компромисса" может обернуться значительными тратами как времени, так и денежных средств в связи с возбуждением арбитражных разбирательств в двух юрисдикциях и последующей конкуренцией между ними <83>.

<83> См.: Слипачук Т.В. Указ. соч. С. 429.

В контексте альтернативной арбитражной оговорки есть другие актуальные аспекты. Так, в деле, возбужденном по Регламенту CCIR, возник вопрос о том, может ли сторона, заключившая альтернативную арбитражную оговорку, направить последующие споры на разрешение в порядке, отличном от того, который был применен для разрешения первого спора <84>. Иными словами, если одна сторона возбудила процесс в судебной инстанции, может ли та же или противоположная сторона возбудить арбитражный процесс в целях разрешения спора, имеющего отличный объект, но вытекающего из того же договора, из которого вытекает и первый спор? Как долго существует право выбора: до тех пор, пока не будут улажены все споры, или до момента возбуждения первого процесса? С этим же вопросом столкнулся Окружной суд США Восточного округа Кентукки <85>, и оба - и румынский арбитраж, и американский федеральный суд - пришли к единому выводу о возможности применения лишь одного способа разрешения споров <86>. Американский суд, в частности, указал, что, если речь идет об альтернативной арбитражной оговорке, выбор между способами разрешения споров существует лишь до тех пор, пока одна из сторон не сделала его в пользу арбитража или государственного судопроизводства. В момент возбуждения первого процесса, арбитражного или судебного, альтернативная оговорка преобразуется в одновариантную, согласно которой данный и последующие споры подлежат рассмотрению в порядке, выбранном истцом по первому спору <87>. Данный подход созвучен доктрине **lis pendens**.

<84> Curtea de arbitraj comercial international CCIR, sentinfa arbitrala N 250/2007, dosar N 236/2007 // Revista **Română** de Arbitraj. 2008. N 3. P. 64 - 65.

<85> **Cravat Coal Export Company v. Taiwan Power Company**, USDC Eastern District of Kentucky. Civil Action N 90-11/1990.

<86> Curtea de arbitraj comercial international CCIR, sentinfa arbitrala N 250/2007, dosar N 236/2007...

<87> Цит. по: Кушнир А.А. Указ. соч. С. 175.

Вместе с тем А.В. Асосков справедливо говорит о возможности ограниченного использования

доктрины **lis pendens** <88> в отношении международного коммерческого арбитража <89>. В контексте рассмотренных примеров из практики румынского и американского судов, видимо, можно говорить о применении доктрины **lis pendens** в контексте возможности выбора между третейским и государственным судом при наличии в договоре комбинированной альтернативной арбитражной оговорки.

<88> "Доктрина **lis pendens** предназначена для ситуации, когда несколько судебных разбирательств ведутся одновременно, параллельно друг другу. В этих случаях во избежание появления нескольких противоречащих друг другу решений необходимо предоставить одному из судов возможность рассмотреть дело и вынести решение, в то время как другие суды должны приостановить разбирательство по делу или признать отсутствие компетенции на разрешение спора.

"...В странах континентальной системы доктрина **lis pendens** применяется как таковая, причем суды имеют гораздо меньшую свободу усмотрения, поскольку доминирует правило, согласно которому преимущество должно быть предоставлено суду, возбудившему разбирательство первым". Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин **lis pendens** и **res judicata** в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике // Международный коммерческий арбитраж. 2008. N 2. С. 91.

<89> На взгляд А.В. Асоскова, о подлинном применении доктрины **lis pendens** в сфере международного коммерческого арбитража можно говорить лишь в тех редких случаях, когда в соответствии с одним и тем же арбитражным соглашением сторонами было возбуждено сразу несколько арбитражных разбирательств, в основе которых лежат идентичные или исключаящие друг друга требования. Асосков А.В. Указ. соч. С. 92.

5. Еще одним основанием классификации арбитражных соглашений может выступать **возможность или невозможность одностороннего отказа от арбитражного соглашения**, что предусмотрено существованием или отсутствием дерогационного эффекта арбитражного соглашения, исключающего возможность рассмотрения спора в государственных судах при наличии действительного арбитражного соглашения, в соответствии с процессуальным законодательством места арбитража. В этом отношении можно выделить следующие виды арбитражных соглашений: 1) безотзывные; 2) зависимые; 3) отзывные.

Данные варианты арбитражных соглашений связаны с особенностями процессуального законодательства места арбитража. **Безотзывное** арбитражное соглашение служит для государственного суда безусловным основанием прекращения производства по делу при наличии действительного арбитражного соглашения, причем для этого не требуется соответствующего заявления ответчика (негативный эффект арбитражного соглашения, см. пар. 7.2 настоящего Учебника). **Зависимое** арбитражное соглашение, при условии его действительности, может являться основанием для прекращения производства или других процессуальных последствий по делу в государственном суде лишь тогда, когда сторона в деле заявляет отвод государственному суду, как это, например, установлено в российском законодательстве о международном коммерческом арбитраже (ч. 1 ст. 8 Закона о МКА и п. 5 ст. 148 АПК РФ). **Отзывным** арбитражное соглашение можно считать в том случае, если в национальном законодательстве допускается передача спора в государственный суд, несмотря на наличие действительного арбитражного соглашения. Обычно это связывается с отказом ответчика участвовать в процедуре формирования состава арбитров <90>. Таким образом, в данном случае национальное законодательство допускает односторонний отказ от арбитражного соглашения в специально установленных законом случаях. На практике такая возможность используется крайне редко и только в исключительных обстоятельствах, когда доказана полная невозможность арбитражного разбирательства <91>.

<90> Например, ст. 7 Закона Швейцарии "О международном частном праве" устанавливает, что суд правомочен рассматривать спор, несмотря на наличие действительного арбитражного соглашения, "если состав арбитража не может быть сформирован по причинам, очевидно возникшим по вине ответчика". Подобным образом ст. 5 Закона Швеции "Об арбитраже" устанавливает, что сторона считается отказавшейся от своего права на рассмотрение спора в арбитраже, если она игнорировала просьбу об арбитраже; не назначила арбитра в установленный срок; в должный срок не представила свою часть

фонда компенсации затрат арбитров. Цит. по: Котельников А.Г. Позитивные последствия заключения арбитражного соглашения // Юрист. 2004. N 6. С. 49. В п. 4 ст. 10 Закона о третейских судах содержалось правило, которое также позволяло заключить отзывное арбитражное соглашение в отношении арбитража **ad hoc**: "4. Если стороны не договорились об ином, то формирование состава третейского суда для разрешения конкретного спора производится в следующем порядке:

1) при формировании состава третейского суда, состоящего из трех третейских судей, каждая сторона избирает одного третейского судью, а два избранных таким образом третейских судьи избирают третьего третейского судью.

Если одна из сторон не избирает третейского судью в течение 15 дней после получения просьбы об этом от другой стороны или два избранных третейских судьи в течение 15 дней после их избрания не избирают третьего третейского судью, то рассмотрение спора в третейском суде прекращается и данный спор может быть передан на разрешение компетентного суда;

2) если спор подлежит разрешению третейским судьей единолично и после обращения одной стороны к другой с предложением об избрании третейского судьи стороны в течение 15 дней не избирают третейского судью, то рассмотрение спора в третейском суде прекращается и данный спор может быть передан на разрешение компетентного суда".

<91> См. по этому вопросу: Lowenfeld A.F. International Litigation and Arbitration. St. Paul, 1993. P. 346.

6. Число сторон арбитражного соглашения - еще одно основание для классификации. По этому основанию можно выделить следующие виды арбитражных соглашений: 1) двустороннее; 2) многостороннее <92>.

<92> Так, например, 04.06.2012 МКАС при ТПП РФ вынес решение по делу N 129/2009 о взыскании с ЗАО "Компания ТрансТелеКом" в пользу ООО "Вега Инжиниринг" суммы договорной неустойки. Спор возник из трехстороннего договора поставки, заключенного между двумя российскими компаниями (Истцом и Ответчиком) и китайской компанией "Huawei Technologies Co., Ltd.". В Постановлении ФАС Московского округа от 21.03.2013 по делу N А40-124997/12-25-588 отмечается, что коммерческое предприятие китайской компании "Huawei Technologies Co., Ltd." как стороны по трехстороннему арбитражному соглашению находится за границей (в Китае). Таким образом, спор подпадает под категорию споров, которые могут быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ. См.: Ануров В.Н. Творчество сторон в формулировании арбитражных соглашений: проблемы и последствия (на примере некоторых дел из арбитражной и судебной практики) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2. С. 45.

В этом отношении достаточно парадоксальным на первый взгляд можно считать мнение В.С. Позднякова о возможности существования "односторонней" арбитражной оговорки <93>. В этой связи О.Ю. Скворцов полагает, что если стороны заключают так называемую одностороннюю арбитражную оговорку, то таковую следует считать недействительной, поскольку нарушается принцип равенства сторон в арбитражном соглашении <94>. В данном случае можно также говорить о заключении односторонней асимметричной арбитражной оговорки.

<93> Такая оговорка, полагает В.С. Поздняков, была предметом рассмотрения по делу, завершеному производством в 1994 г. Стороны агентского соглашения подписали протокол, в котором зафиксирован факт выполнения агентом своих обязанностей. 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 В.С. Позднякова, возражения принципала подлежали отклонению, поскольку "односторонность" арбитражной оговорки была обусловлена "односторонностью"

правоотношения, ставшего его предметом. См.: Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации. Закон. Регламент. Комментарии. М., 1996. С. 18.

<94> Елисеев Н.Г., Рожкова М.А., Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 241 (автор главы - О.Ю. Скворцов).

Как отмечает Т.В. Слипачук, в современных международных контрактах стали чаще встречаться так называемые односторонние арбитражные оговорки (**unilateral arbitration clauses**), которые структурно представляют собой следующую правовую конструкцию: стороны по контракту ограничены в подаче иска рамками определенной правовой системы, но при этом одна сторона (реже обе) имеет право инициировать арбитражное разбирательство спора <95>. Однако автор также отмечает, что для реализации сторонами возможности предусмотреть одностороннюю или опционную арбитражную оговорку большое значение имеет право, применимое к ней, поскольку в ряде юрисдикций действительность односторонних арбитражных оговорок неоднозначна <96>. Обоснование данной возможности Т.В. Слипачук усматривает в принципе автономии воли сторон как доминанте международного арбитража. Если в результате его реализации стороны международного контракта пришли к соглашению о целесообразности внесения в него односторонней арбитражной оговорки, вряд ли национальные суды вправе вмешиваться в это соглашение. Нет и очевидных причин публично-правового характера, которые могут однозначно приводить к недействительности подобного соглашения сторон <97>.

<95> Например, подобная оговорка может выглядеть следующим образом: "Несмотря на условие X (согласно которому стороны передают споры на рассмотрение определенного судебного органа), сторона А по собственному усмотрению вправе передать любой спор в арбитраж...". См.: Слипачук Т.В. Указ. соч. С. 430.

<96> Подобные односторонние арбитражные оговорки прежде всего встречаются в договорах, одной из сторон которых являются компании, принадлежащие англо-американской правовой системе. Однако законодательство и судебная практика ряда европейских стран континентальной системы права сегодня уже более лояльны к концепции односторонней арбитражной оговорки (Италия, Франция). См.: Nesbitt S., Quinlan H. The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses // Arbitration International. Vol. 22. N 1. 2006. P. 144 - 149.

<97> Слипачук Т.В. Указ. соч. С. 432.

Как видно, доля условности при выделении односторонней арбитражной оговорки - значительная, и прежде всего в том отношении, что в любом случае она связывает обе стороны, поскольку условие об арбитраже включается в общий для них документ, несмотря на то, что оно определяет такой способ разрешения споров, как обращение одной из них в арбитраж.

7. Еще одним основанием, на первый взгляд не требующим классификации арбитражных соглашений, может выступать **учет волеизъявления сторон при обращении в арбитраж**. В данном случае можно говорить: 1) о добровольном и 2) обязательном арбитражном соглашении. Первый подход является общим правилом для международного коммерческого арбитража; второй как исключение может быть предусмотрен, например, международным договором. Данный экзотический вариант до сих пор на слуху, поскольку, по мнению специалистов, в отношении ряда стран сохраняет свое действие Московская конвенция 1972 г. (см. п. 5.1.7 настоящего учебника), предусматривающая в качестве основного правила разрешение споров между внешнеторговыми и внешнеэкономическими организациями стран - членов СЭВ арбитражными учреждениями при торгово-промышленных палатах в странах ответчиков с исключением подсудности таких споров государственному суду.

8. Интерес представляет такое основание классификации арбитражных соглашений, как **возможность поэтапного урегулирования конфликта и разрешения споров** (комбинирования способов APC). В данном случае речь идет о так называемых многоуровневых (или многоступенчатых) арбитражных соглашениях.

Международный коммерческий арбитраж, являясь одним из способов APC, может сочетаться с

другими способами АРС, в том числе с разнообразными примирительными процедурами (от переговоров сторон до различных видов медиации) <98>, причем примирительные процедуры могут как предшествовать арбитражу, так и следовать за ним. В этом отношении широко известны такие комплексные варианты разрешения споров и урегулирования конфликтов, как "посредничество - арбитраж" и "арбитраж - посредничество" <99>. Возможность комбинирования различных способов АРС (иногда в сочетании с государственным судопроизводством) определяется тем правовым результатом, к которому стремятся стороны, заключая подобные многоуровневые соглашения об урегулировании и разрешении правовых конфликтов. Если они хотят устранить все имеющиеся между ними разногласия (ликвидировать правовой конфликт как таковой) и сохранить доверительные партнерские отношения, они используют все возможности переговорного процесса и примирительных процедур; при отсутствии такой необходимости и недостижении компромисса стороны обращаются за защитой своих прав в правоприменительный орган - третейский или государственный суд.

<98> См., например: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре, Директиву от 21.05.2008 2008/52/ЕС относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах, Закон о медиации; см. также регламенты примирительных процедур, например Примирительный регламент МТП или Согласительный регламент Российского центра содействия третейскому разбирательству (РЦСТР).

<99> См. подробнее: Носырева Е.А. Примирительные процедуры и международный коммерческий арбитраж // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 300 - 317.

Кроме того, возможна ситуация, когда стороны могут частично "разгрузить" арбитраж, придя при использовании примирительных процедур к соглашению по части требований, которые в случае недостижения компромисса могут быть переданы в арбитраж. И наоборот, понимая, что правовой результат (решение) арбитража по каким-либо требованиям может не устроить как одну, так и другую сторону многоуровневого арбитражного соглашения, стороны могут исключить данные требования (до момента вынесения арбитражного решения) из рассмотрения арбитражем и урегулировать их, используя для этого примирительные процедуры. В этом выражается эффективность поэтапного разрешения споров и урегулирования правовых конфликтов.

Не менее значимым для сторон может стать использование для урегулирования своих разногласий экспертных заключений по вопросам как фактического, так и правового характера. При этом на усмотрение сторон остается вопрос об обязательном или рекомендательном "статусе" экспертных заключений в отношении дальнейшего поведения контрагентов.

Возможность применения многоуровневых арбитражных соглашений активно обсуждается в юридической литературе <100>. Особенно часто многоступенчатые арбитражные оговорки встречаются в долгосрочных контрактах, связанных с выполнением строительных и инженерных работ <101>.

<100> См., например: Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // Международный коммерческий арбитраж. 2006. N 3. С. 100 - 114; Lew J.M., Mistelis L.A., Kroll S.M. Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 8 - 62.

<101> Так, в одном из международных контрактов строительного подряда было согласовано следующее: "1. Все споры между сторонами, вытекающие из данного контракта или в связи с ним, подлежат разрешению путем добросовестных переговоров между сторонами.

2. В случае если стороны не способны разрешить спор в соответствии с пунктом 1, тогда любая из сторон, согласно пункту 2, может передать спор на рассмотрение специального экспертного совета в количестве 4 человек, из которых каждая сторона назначает по два своих представителя. Председатель экспертного совета избирается самими членами экспертного совета и имеет решающий голос при голосовании.

3. Любой спор, возникающий из или в связи с настоящим Соглашением и не решенный посредством процедур, установленных в пунктах 1 и 2, подлежит передаче, если иное не предусмотрено ниже, в арбитраже по Регламенту..." См.: Слипачук Т.В. Указ. соч. С. 423.

9. В случае такого основания для классификации арбитражных соглашений, как **отношение к "национальности" арбитражного института**, интерес представляет местонахождение постоянно действующего арбитражного института, администрирующего арбитражное разбирательство, если стороны арбитражного соглашения являются резидентами одной страны. Такое возможно в случае, когда присутствует так называемый иностранный элемент, например спор двух российских предприятий с иностранными инвестициями. При обращении этих предприятий в арбитраж, действующий на территории России, можно говорить о "внутреннем" арбитражном соглашении. Если стороны основного контракта согласуют разрешение спора в зарубежном институциональном центре арбитража (например, в Вене, Стокгольме, Лондоне или Париже), то и арбитражное соглашение можно называть "иностраным".

10. По такому основанию классификации арбитражных соглашений, как **определенность условий арбитражной оговорки**, можно выделять так называемые **типовые** (рекомендательные и факультативные) и патологические арбитражные соглашения, содержание и характеристика которых приводились ранее.

7.5.2. Прямое и пророгационное соглашения сторон арбитража

В обновленном в 2015 г. российском арбитражном законодательстве (см., например, п. 13 ст. 2 Закона об арбитраже и второе предложение ч. 13 ст. 7 Закона о МКА) закреплена новелла, по сути, представляющая собой еще одну разновидность арбитражного соглашения. Речь идет о так называемом прямом соглашении сторон арбитража (третейского разбирательства). Принципиальное значение данной новации состоит в невозможности формулирования в правилах арбитража (которые, как установлено в первом предложении ч. 13 ст. 7 Закона о МКА, при наличии ссылки на них становятся неотъемлемой частью арбитражного соглашения) условий, перечисленных в п. 13 ст. 2 Закона об арбитраже. Обозначенные условия могут содержаться только в прямом соглашении сторон арбитража, чем определяется его приоритет над правилами арбитража, да и, собственно, над арбитражным соглашением, так как эти условия не могут рассматриваться в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения. Так, законодатель по-новому выстраивает иерархию норм, определяющих порядок арбитража. В этой связи общее правило о том, что правила арбитража, на которые ссылается арбитражное соглашение, являются его неотъемлемой частью, сохраняет свое действие с обязательным учетом данного изъятия.

Тем самым, чтобы не разрушить общую конструкцию, когда правила арбитража являются частью арбитражного соглашения, но при этом обеспечить приоритет воли сторон в обозначенных в законе ситуациях, законодателю пришлось создать новый правовой институт - прямое соглашение сторон. Таким образом, движущим фактором для закрепления в законодательстве нового понятия стало исключение возможности подмены волеизъявления сторон по принципиальным для законодателя вопросам правилами арбитража, утверждаемыми учредителями ПДАУ.

Вместе с тем нельзя не отметить определенную искусственность конструкции прямого соглашения, поскольку им, как и арбитражным соглашением, определяются права и обязанности сторон в рамках третейского разбирательства, а главным различием между ними становится отсутствие возможности установления прямым соглашением прав и обязанностей других участников третейского разбирательства.

Необходимо также отметить, что в подавляющем большинстве ситуаций, перечисленных в п. 13 ст. 2 Закона об арбитраже, **прямые соглашения могут заключить лишь стороны арбитражного соглашения, предусматривающего администрирование арбитража ПДАУ**, а сами договоренности, фиксируемые в прямых соглашениях, исключают действие правил (норм) российского арбитражного законодательства: о возможности обращения в компетентный суд по вопросу об избрании, отводе и о прекращении полномочий арбитров; по вопросу о компетенции третейского суда, отраженному в постановлении, как по вопросу предварительного характера; о проведении третейского разбирательства по документам; о невозможности отмены арбитражного решения; о назначении арбитров только из рекомендованного списка. Для большинства из перечисленных случаев прямое соглашение является исключительным соглашением, аналог которого ранее можно было найти в ст. 40 "Оспаривание решения третейского суда в компетентный суд" Закона о третейских судах. Причем необходимости в заключении

дополнительного соглашения по этому вопросу на практике не появлялось.

Между тем возникает важный практический вопрос: когда стороны могут заключить прямое соглашение? Российское арбитражное законодательство об этом ничего не говорит. Только косвенное упоминание в Законе о МКА о том, что прямое соглашение **заключают стороны арбитража**, позволяет сделать вывод об отсутствии возможности заключения прямого соглашения до заключения арбитражного соглашения. В этой связи возможны следующие варианты: 1) **одновременное** заключение арбитражного и прямого соглашений; 2) заключение прямого соглашения **после** заключения арбитражного соглашения, но **до** начала третейского разбирательства; 3) заключение прямого соглашения **после** заключения арбитражного соглашения и начала третейского разбирательства вплоть до вынесения арбитражного решения. Стоит также отметить, что заключение прямого соглашения после возникновения спора между сторонами арбитражного соглашения становится почти невыполнимой задачей.

С точки зрения согласованности и предсказуемости правил арбитража не только для сторон, но и для всех иных участников третейского разбирательства, включая арбитров, предпочтительными являются первые два случая. Принимая во внимание приоритетность правил, установленных в прямом соглашении, над арбитражным соглашением, вполне логичным становится **одномоментное подписание обоих соглашений**, что, в свою очередь, еще раз свидетельствует об искусственном характере конструкции прямого соглашения.

В первом случае также возможно формулирование совместной **"арбитражно-прямой оговорки"** в контракте, во втором - в виде отдельного соглашения сторон, которое, как и арбитражное соглашение, должно фиксироваться в письменной форме, поскольку прямым соглашением определяются правила арбитража, установленные сторонами самостоятельно. Последнее суждение наводит на парадоксальную мысль о том, что заключение прямых соглашений становится определенным шагом в направлении к арбитражному разбирательству для конкретного случая, так как в формулировании правил непосредственное участие принимают именно стороны арбитража.

Рекомендации российских арбитражных центров также свидетельствуют о предпочтительном характере одномоментного включения сторонами в тексты оговорок о разрешении споров в порядке арбитража всех условий: как касающихся непосредственно арбитражного соглашения, так и связанных с согласованием "прямых договоренностей сторон арбитража".

Арбитражное соглашение, рекомендуемое **МКАС** для включения в договоры (соглашения) в качестве арбитражной оговорки, а также в качестве самостоятельного арбитражного соглашения, выглядит следующим образом:

"Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его вступления в силу, заключения, изменения, исполнения, нарушения, прекращения или действительности, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его применимыми правилами и положениями.

Арбитражное решение является для сторон окончательным. Исключается подача в государственный суд заявления о принятии решения об отсутствии у третейского суда компетенции в связи с вынесением третейским судом отдельного постановления о наличии компетенции как по вопросу предварительного характера" <102>.

<102> Абзацы, выделенные полужирным шрифтом, содержат положения прямых или пророгационных соглашений сторон арбитража, включенных в арбитражную оговорку.

Арбитражный центр при РСПП рекомендует следующую арбитражную оговорку:

"Все споры, разногласия, претензии и требования, возникающие из настоящего Договора или прямо или косвенно связанные с ним, в том числе касающиеся его заключения, существования, изменения, исполнения, нарушения, расторжения, прекращения и действительности, подлежат разрешению в порядке арбитража (третейского разбирательства), администрируемого Арбитражным центром при Российском

союзе промышленников и предпринимателей (РСПП) в соответствии с его правилами, действующими на дату подачи искового заявления.

Вынесенное третейским судом решение будет окончательным, обязательным для сторон и не подлежит оспариванию".

В обновленном арбитражном законодательстве России сторонам арбитражного соглашения предоставлено право определять территориальную подсудность в вопросах оспаривания и исполнения арбитражных решений, что позволяет заключать соответствующие **пророгационные** соглашения, выбирая компетентный государственный суд (см., например, п. 4 ст. 230 и п. 3 ст. 236 АПК РФ).

Так, например, рекомендованная арбитражная оговорка **Арбитражного центра при автономной некоммерческой организации "Институт современного арбитража"**, помимо собственно условий арбитражного и прямого соглашений, содержит следующие возможные дополнения, касающиеся соглашения об изменении территориальной подсудности государственным судам дел по рассмотрению заявлений об отмене и приведению в исполнение арбитражных решений (выдаче исполнительного листа):

"1. Соглашение об изменении подсудности дела об отмене арбитражного решения:

Стороны соглашаются, что заявление об отмене арбитражного решения будет подлежать рассмотрению в арбитражном суде (или районном суде) по месту нахождения (или месту жительства) Стороны, против которой будет принято такое арбитражное решение (или Стороны, в пользу которой будет принято такое арбитражное решение).

2. Соглашение об изменении подсудности дела о приведении в исполнение арбитражного решения (выдаче исполнительного листа) по месту нахождения Стороны, в пользу которой будет принято такое арбитражное решение:

Стороны соглашаются, что рассмотрение заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения будет подлежать рассмотрению в арбитражном суде (или районном суде) по месту нахождения (или месту жительства) Стороны, в пользу которой будет принято такое арбитражное решение.

3. Соглашение об изменении подсудности дела о приведении в исполнение арбитражного решения (выдаче исполнительного листа) по месту арбитража:

Стороны соглашаются, что рассмотрение заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения будет подлежать рассмотрению в арбитражном суде субъекта Российской Федерации (или районном суде), на территории которого принято арбитражное решение.

4. Соглашение об изменении подсудности обеих категорий дел по месту нахождения Стороны, в пользу которой будет принято такое арбитражное решение:

Стороны соглашаются, что рассмотрение заявления об отмене арбитражного решения, а также о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения будет подлежать рассмотрению в арбитражном суде (или районном суде) по месту нахождения (или месту жительства) Стороны, в пользу которой будет принято такое арбитражное решение" <103>.

<103> См.: <https://centerarbitr.ru/markup/application/2-3.html> (дата посещения - 02.03.2018).

Заключение соглашений о территориальной подсудности позволяет сторонам арбитражного соглашения заранее синхронизировать возможное разбирательство в одном государственном суде, что значительно ускорит процесс и снизит судебные издержки <104>.

<104> См.: <https://centerarbitr.ru/markup/application/2-3.html> (дата посещения - 02.03.2018).

Таким образом, современное российское арбитражное законодательство позволяет говорить о многоаспектности арбитражного соглашения, которое помимо основных и дополнительных условий собственно арбитражного соглашения может объединять положения прямого соглашения и соглашения о договорной подсудности.

7.6. Право, применимое к арбитражному соглашению

Одним из наиболее сложных вопросов теории международного коммерческого арбитража является определение права, применимого к арбитражному соглашению. Актуальность данной проблемы заключается в том, что в международных актах, регулирующих вопросы арбитража, и национальном законодательстве большинства стран **отсутствуют указания на то, в какой форме должно быть выражено соглашение о праве, применимом к арбитражному соглашению** <105>.

<105> Костин А.А. Вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению, в практике стран континентальной Европы и английских судов // Закон. 2014. N 1. С. 140 - 141.

Вопрос о действительности арбитражного соглашения, безусловно, зависит от права, применимого к нему. Было бы неправильно говорить о том, что какое-либо конкретное арбитражное соглашение недействительно вообще, поскольку арбитражное соглашение может быть недействительно лишь по праву какой-либо страны. Что, впрочем, означает, что соглашение, недействительное по праву одной страны, может быть действительно по праву другой (в силу различного правового регулирования данных отношений в разных странах). Как известно, и доктрина, и национальное законодательство большинства государств **придерживаются принципа самостоятельности (автономности) арбитражной оговорки**, что позволяет сторонам указать в качестве права, применимого к арбитражному соглашению, право, иное, чем выбрано сторонами в качестве применимого к основному договору. Так, например, сам договор может подчиняться законодательству Российской Федерации, а арбитражное соглашение - законодательству Швейцарии. Однако на практике это происходит достаточно редко, а потому по умолчанию право, указанное в качестве применимого к контракту, распространяется также и на арбитражную оговорку, содержащуюся в данном контракте <106>. С учетом того, что стороны руководствуются различными мотивами при установлении права, применимого к арбитражному соглашению, а также в связи с процессуальным характером арбитражного соглашения, А.А. Костин отмечает, что в теории международного коммерческого арбитража возникла концепция, в соответствии с которой арбитражное соглашение обладает "тесной связью" с правом страны проведения арбитража <107>.

<106> Хвалеи В.В. Указ. соч. С. 45 - 46.

<107> Костин А.А. Указ. соч. С. 147; Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. London, 2007. P. 13.

С учетом национального и международного регулирования **действительность арбитражного соглашения определяется по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено**. Это правило содержится в ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ст. IX (1) (a) Европейской конвенции 1961 г., ст. 34 (2) (a) (i) Типового закона ЮНСИТРАЛ и абз. 1 пп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА.

Своеобразным исключением из данного правила является проверка действительности арбитражного соглашения на соответствие уровню (объему) дееспособности сторон. Данное основание содержится в ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: "Стороны в соглашении, указанном в статье II, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны...". Статья IX (1) (a) Европейской конвенции 1961 г., п. 2 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ и абз. 1 пп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА содержат схожие положения. При этом дееспособность какой-либо стороны определяется по ее личному закону: по

месту регистрации юридического лица или месту постоянного жительства физического лица.

Однако необходимо иметь в виду, что даже если стороны указали право, применимое к арбитражному соглашению, это вовсе не означает, что только оно будет применяться судами при определении его действительности. Достаточно часто вопросы действительности арбитражного соглашения регулируются **императивными нормами законодательства места арбитража (lex arbitri)**. Это, как отмечает В.В. Хвалей, логично, поскольку вынесенное арбитражное решение может быть отменено компетентным судом места арбитража, который, в свою очередь, будет применять императивные нормы права прежде всего своего государства. В силу этого при оценке действительности арбитражного соглашения необходимо принимать во внимание не только право, названное сторонами в качестве права, применимого к контракту, но также и право места арбитража <108>.

<108> Хвалей В.В. Указ. соч. С. 47.

При отсутствии указаний на закон, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и если в тот момент, когда этот вопрос представлен на разрешение государственного суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, действительность арбитражного соглашения определяется законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело (ст. VI (2) (b) Европейской конвенции 1961 г.). В данном случае рассматривается ситуация, когда арбитражное решение еще не вынесено, а в компетентный суд уже предъявлено требование о недействительности арбитражного соглашения, что возможно, например, в случае вынесения арбитражем постановления о своей компетенции как по вопросу предварительного характера (см., например, п. 3 ст. 16 Закона о МКА) <109>.

<109> В этом отношении Закон о МКА содержит более конкретную привязку, поскольку говорит о применении в такой ситуации российского законодательства.

Вместе с тем в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (ст. 28), Законе о МКА (ст. 28), а также в ГК РФ (ч. 3 ст. 1186) закреплён принцип, согласно которому при отсутствии указания сторон о нормах права, применимых к существу спора, третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

В этой связи А.П. Белов, подразумевая возможность распространения данного положения не только на основной контракт, но и на арбитражное соглашение, отмечает, что в результате несоответствия норм национального арбитражного законодательства и международно-правовых норм может создаться ситуация, когда по решению арбитров к отношениям по контракту будет применяться материальное право одной страны, а к вопросам действительности арбитражного соглашения - арбитражное право другой страны, а именно право места арбитража. В результате автор позиции полагает, что в подобных ситуациях должно применяться право контракта, если сами стороны не определили применимое право, поскольку здравый смысл требует, чтобы "ключ от замка находился вместе с замком" <110>. Однако, как отмечалось ранее, случаи, когда стороны регулируют основной контракт и арбитражную оговорку (соглашение) с опорой на различные правовые порядки, довольно редкое явление в практике международного коммерческого арбитража.

<110> Белов А.П. Недействительность международных арбитражных соглашений и ее последствия // Право и экономика. 2002. N 2. С. 52.

А.А. Костин отмечает, что суды стран континентальной Европы последовательно указывают, что в отсутствие соглашения о праве, применимом к арбитражному соглашению, действительность арбитражного соглашения должна определяться в соответствии с **правом страны проведения арбитража** <111>. В этой связи А.А. Костин приводит показательное решение Апелляционного суда Швеции от 07.10.2011 N T6798 по делу об отмене решения Арбитражного института Стокгольмской

торговой палаты (Арбитражный институт), вынесенного по спору между ООО "Московский ГольфКлуб" (РФ) и публичной компанией "Нордеа Банк" (Швеция) <112>.

<111> Костин А.А. Указ. соч. С. 143.

<112>

<https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=1023105&propId=1578>
(дата посещения - 02.03.2018).

Спор возник из кредитного договора в иностранной валюте (доллары США). Поскольку договор был заключен в 1990 г., к нему применялось право СССР, следовательно, на него распространялись ограничения, установленные в Советском Союзе в отношении оборота иностранной валюты. Единоличный арбитр, рассмотрев спор, вынес решение в пользу "Нордеа Банк" и взыскал задолженность с ООО "Московский ГольфКлуб".

После вынесения решения единоличным арбитром ООО "Московский ГольфКлуб" (ответчик) ходатайствовало об отмене арбитражного решения, мотивируя это тем, что арбитражное соглашение недействительно, поскольку заключено в отношении неарбитрабельного предмета спора. Неарбитрабельность предмета спора ответчик мотивировал тем, что предмет разногласий - расчеты между сторонами в иностранной валюте - в соответствии с советским законодательством о международном коммерческом арбитраже не мог быть передан в международный коммерческий арбитраж в связи с его публично-правовой природой. Ответчик указывал, что в данном случае выбор права в отношении основного договора (право СССР) распространяется на арбитражное соглашение, таким образом, арбитражное соглашение должно быть признано недействительным, а арбитражное решение отменено по Закону Швеции "Об арбитраже" 1999 г. <113>.

<113> Перевод Закона на русский язык см.: Материалы арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма по вопросам юрисдикции, отводов и назначении чрезвычайного арбитра: Сб. ст. / Под ред. Н. Петрик. М., 2012. С. 99 - 118.

Аргументация заявителя о неарбитрабельности предмета спора была отвергнута государственными судами Швеции. Апелляционный суд Швеции, оставляя в силе решение Арбитражного института, отметил, что вопросы действительности арбитражного соглашения разрешаются в соответствии с законодательством страны проведения арбитража. Поскольку местом арбитража являлся г. Стокгольм (Швеция), а споры, связанные с обращением иностранной валюты, признавались арбитрабельными в соответствии со шведским законодательством, Апелляционный суд признал арбитражное соглашение действительным и отказал в удовлетворении требований ООО "Московский ГольфКлуб".

В отличие от стран континентальной Европы в английском праве имела место и отчасти продолжает существовать практика, в соответствии с которой арбитражное соглашение рассматривается как обычное условие договора <114>. Руководствуясь этой концепцией, английские суды вплоть до начала 1990-х гг. отказывались признавать автономный характер арбитражного соглашения. Аргументация английских судов основывалась на положениях общего права (**common law**), по которым арбитражное соглашение представляет собой обычное условие договора. В свою очередь, в английском праве договор является совокупностью согласованных сторонами условий, ни одно из которых не может быть отделено от других. По этой причине недействительность одного положения договора автоматически влекла недействительность всех остальных, а недействительность основного договора приводила к недействительности арбитражного соглашения <115>.

<114> См.: Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Пер. с англ.; под ред. Р.М. Ходыкина. М.; Берлин, 2012. С. 419.

<115> Костин А.А. Указ. соч. С. 144.

Несмотря на изменения, внесенные Законом "Об арбитраже" 1996 г., английские судьи продолжают рассматривать арбитражное соглашение как обычное условие договора. Так, в ряде решений английских судов указывается, что арбитражное соглашение и основной договор регулируются правом, избранным сторонами в отношении основного договора. Английские судьи мотивируют подобный вывод существованием **подразумеваемой воли сторон** на регулирование арбитражного соглашения правом, применимым к основному договору <116>.

<116> Там же.

Указание о наличии именно такой воли сторон содержится в решении по делу **Arsanovia Limited v. Cruz City 1 Mauritius Holdings** <117>. В данном решении суд определил, что имеет место подразумеваемый выбор между сторонами в пользу права Индии, подчеркнув: "Право, применимое к арбитражному соглашению, может отличаться от права, применимого к основному договору. Однако справедливо исходить из той предпосылки, что в отсутствие указаний об ином стороны подразумевают, что весь договор в целом будет регулироваться законодательством одной страны. В настоящее время распространена практика, следуя которой стороны оговаривают право, применимое к основному договору, однако лишь в исключительных случаях стороны специально устанавливают право, применимое к арбитражному соглашению. Поэтому в тех случаях, когда стороны отдельно не определили право, применимое к арбитражному соглашению, суд должен исходить из презумпции, что арбитражное соглашение регулируется тем же правом, что и основной договор, в который оно включено".

<117>
<http://www.baillii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2012/3702.html&query=arsanovia&method=boolean> (дата посещения - 02.03.2018).

В решении по делу суд постановил, что действительность арбитражного соглашения надлежит определять согласно праву Индии как праву, применимому к основному договору, руководствуясь прецедентом по делу **Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. & Ors v. Enesa Engenharia S.A. & Ors** <118>.

<118>
https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/sulamerica_cia_nacional_de_seguros_sa_and_others_v_enesa_engenharia_sa_2012_ewca_civ_638.pdf (дата посещения - 02.03.2018).

В соответствии с правилом, выведенным из прецедента по делу **Sulamérica**, право, применимое к арбитражному соглашению, устанавливается в три этапа. Сначала суд определяет, заключено ли сторонами отдельное соглашение о выборе права, применимом к арбитражному соглашению (1-й этап). Если такого соглашения нет, суд должен выяснить, имел ли место подразумеваемый выбор права, применимого к арбитражному соглашению (подразумеваемое соглашение о выборе права - **implied choice of law**) (2-й этап). Если же и подразумеваемый выбор права в отношении арбитражного соглашения отсутствует, то суд определяет ту правовую систему, с которой у арбитражного соглашения существует "наиболее тесная и реальная связь" (3-й этап).

Поскольку в данном случае стороны не заключали отдельного соглашения о выборе применимого права, то суд должен был установить наличие подразумеваемого выбора права в отношении арбитражного соглашения. Суд отметил, что указание в арбитражном соглашении на то, что стороны отказываются от права ходатайствовать о применении обеспечительных мер индийскими государственными судами, подтверждает вывод о том, что между сторонами имел место подразумеваемый выбор права Индии в качестве права, применимого к арбитражному соглашению, поскольку, по мнению суда, "в тех случаях, когда стороны исключают в арбитражном соглашении применение положений какого-либо закона, это служит подтверждением того, что арбитражное соглашение регулируется положениями того закона, положения которого были исключены" <119>.

<119> Костин А.А. Указ. соч. С. 146.

Не вполне корректное определение права, применимого к арбитражному соглашению, имело место в Постановлении ФАС Московского округа от 24.01.2012 по делу N А40-65888/11-8-553. Суд рассматривал вопрос о наличии компетенции МКАС при ТПП РФ в отношении спора, вытекающего из купли-продажи доли в иностранном хозяйственном обществе. ФАС Московского округа пришел к выводу об отсутствии компетенции МКАС, поскольку, по мнению суда, арбитражное соглашение недействительно, так как нарушает исключительную компетенцию венгерских судов, т.е. заключено в отношении неарбитрабельного предмета спора. Разрешение вопроса о действительности арбитражного соглашения в соответствии с правом, применимым к основному договору, не вполне обоснованно, поскольку местом проведения арбитража был г. Москва, а в этом случае вопросы действительности арбитражного соглашения в отсутствие соглашения сторон о праве, применимом к арбитражному соглашению, должны были разрешаться согласно праву страны проведения арбитража - в данном случае российскому <120>.

<120> Там же. С. 148.

7.7. Компетенция по контролю действительности арбитражного соглашения

7.7.1. Исключительный характер вмешательства государственного суда в арбитражную процедуру

Общим правилом для наиболее развитых правопорядков стало всемерное содействие функционированию национальных арбитражей при минимально необходимом (сбалансированном) уровне контрольных полномочий, нашедшее свое выражение в ограниченном, так называемом **формально-юридическом контроле** <121> компетентных государственных судов за деятельностью третейских судов, что предопределяет исключительный характер вмешательства государства в арбитражное разбирательство. Выражается это емким термином **проарбитражный подход**, который не на словах, а на деле должен отражать необходимую для эффективного развития арбитража (через создание для него благоприятных условий и мер государственной поддержки) тенденцию невмешательства и непрепятствования компетентных органов государства деятельности третейских судов <122>. Однако это отнюдь не означает полного попустительства и бесконтрольности со стороны государственных юрисдикционных органов.

<121> См., например: Андреева Т.К. Некоторые комментарии к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Хозяйство и право. 2003. N 1. С. 26.

<122> В данном случае уместно сравнение взаимодействия третейских и государственных судов с идеей юридического плюрализма, предложенное известным французским специалистом в области международного арбитража Бертраном Анселем и выраженное им следующими словами: "С того момента как государство признает принципиальную правомерность соглашения, создающего **внегосударственное внеюрисдикционное образование**, не являющееся составной частью судебно-принудительного аппарата, при помощи которого государство обеспечивает осуществление правосудия; с того момента, как такое государство провозглашает законным этот частный способ разрешения споров, оно будет вести себя последовательно, если будет обеспечивать частному способу разрешения споров свободу действия и даже будет оказывать ему возможно необходимое содействие, а также если будет контролировать его регулярность лишь в той степени, в которой речь идет о наделении силой и об интеграции в национальный правопорядок его результатов, т.е. решений, постановлений, которые выносит арбитраж". См.: Ансель Б. Контроль действительности арбитражного соглашения: негативный эффект "компетенции-компетенции" // Российский ежегодник гражданского и коммерческого права. 2005. N 4. С. 558 - 559.

В мире сейчас идет процесс своеобразной "конкуренции" между государствами за создание наиболее удобных для проведения арбитража правовых условий <123>. Большинство принятых в недавнее время арбитражных законов, в том числе законов европейских государств, принималось с целью создания условий для нормального функционирования арбитража, ограничения вмешательства в его деятельность государственных органов <124>.

<123> В 2011 - 2012 гг. Российский национальный комитет Международной торговой палаты (ICC Russia) провел исследование "Россия как место арбитража". Результаты опроса см.: Третейский суд. 2012. N 3. С. 109 - 138.

<124> Цит. по: Котельников А.Г. Указ. соч. С. 51.

Общая тенденция развития арбитражного законодательства в различных странах мира, а также судебная практика свидетельствуют о крайней "живучести" арбитражных соглашений. Государственные суды стран с развитыми традициями арбитража при анализе спорного арбитражного соглашения, как правило, склоняются к позиции "пациент скорее жив, чем мертв", однако нередкими являются случаи, когда либо состав арбитров приходит к выводу об отсутствии своей компетенции, либо государственный суд признает недействительным арбитражное соглашение или отказывает в принудительном исполнении арбитражного решения в связи с наличием таких дефектов арбитражного соглашения, которые делают его недействительным <125>.

<125> Хвалеи В.В. Указ. соч. С. 45.

Правовая политика в нашей стране также направлена на всемерную поддержку арбитражного соглашения, на что указывает новейшее арбитражное регулирование, закрепившее широкий объем арбитражной оговорки, возможности правопреемства, эффективное толкование, позволяющее в проарбитражном ключе квалифицировать его условия и (при необходимости) "исцелять" патологические арбитражные оговорки, что особенно важно для предотвращения имеющих место тенденций, связанных с действиями недобросовестных контрагентов, нацеленных на "торпедирование" арбитражных соглашений.

Контрольные полномочия в отношении практики третейских судов реализуются компетентными судами государства. Полномочиями по контролю в сфере международного коммерческого арбитража в России, в том числе по контролю действительности арбитражных соглашений, обладает система государственных арбитражных судов. Как известно, родственность наименований центров международного коммерческого арбитража и государственных арбитражных судов, сложившаяся в результате нормотворческой деятельности в нашей стране, создает определенные проблемы на практике <126>.

<126> В этой связи интерес вызывает Постановление КС РФ от 09.07.2012 N 17-П "По делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации - Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации" (документ доступен в СПС "КонсультантПлюс"). В Постановлении специально отмечается, что выражение "**Russian arbitration tribunals**" понималось участниками переговорного процесса именно как "**государственные арбитражные суды**".

Проверка действительности арбитражного соглашения (или, по-другому, наличия компетенции (права) третейского суда на рассмотрение спора) осуществляется как составом арбитров (на начальном этапе рассмотрения дела), так и компетентным государственным судом при реализации последним, в предусмотренных законом случаях, мер государственного содействия и контрольных функций в отношении арбитража. Так, например, в соответствии с российским законодательством (Закон о МКА) необходимость признания действительности арбитражного соглашения компетентным судом может возникнуть в следующих ситуациях:

- 1) при обращении стороны в компетентный суд с просьбой о принятии мер по обеспечению иска (ст. 9);
- 2) при обращении стороны в компетентный суд за содействием в назначении, отводе, прекращении полномочий и замене арбитра (ст. ст. 11, 13 - 15);
- 3) при обращении стороны в компетентный суд, когда арбитраж воспользовался своим правом и вынес решение о своей компетенции как по вопросу предварительного характера (п. 3 ст. 16);
- 4) при обращении третейского суда или стороны с согласия третейского суда в компетентный суд с просьбой о содействии в получении доказательств (ст. 27);
- 5) при заявлении стороной в компетентный суд ходатайства об отмене арбитражного решения (ст. 34);
- 6) при обращении стороны в суд с ходатайством о признании или приведении в исполнение арбитражного решения (ст. 35).

При этом нужно исходить из того, что арбитраж обладает самостоятельными полномочиями в отношении проверки действительности арбитражного соглашения и наличия у него компетенции.

Взаимосвязь и соотношение контрольных полномочий арбитража и компетентных судов по вопросу действительности арбитражного соглашения раскрываются в доктрине и представлены теориями (принципами) "компетенции-компетенции" и автономности арбитражной оговорки (соглашения).

Практическое значение выделения данных принципов в доктрине и закрепления их в законодательстве связано с уникальной правовой природой международного коммерческого арбитража, основанного на согласованном волеизъявлении сторон, а также с констатацией независимости и повышения "живучести" третейского суда как самостоятельного правоприменительного института.

7.7.2. Принцип "компетенции-компетенции"

Основной правовой смысл арбитражного соглашения связан с возникновением компетенции третейского суда (полномочий арбитров) на разрешение передаваемых в арбитраж споров. В этой связи принципиальное значение имеет контроль наличия действительного арбитражного соглашения, а как следствие, компетенции третейского суда на разрешение спора.

Подходы к реализации контрольных полномочий в отношении действительности арбитражного соглашения различаются в зависимости от приоритетности (последовательности) его осуществления третейским и государственными судами.

Поскольку контроль за третейским разбирательством со стороны компетентных государственных судов носит исключительный характер, то в подавляющем большинстве правопорядков соотношение или последовательность контрольных полномочий в сфере проверки действительности арбитражного соглашения (наличия компетенции третейского суда на разрешение спора) определяется в соответствии с принципом "компетенции-компетенции".

Впервые данный принцип нашел свое воплощение в немецкой правовой доктрине (понятие *kompetenz-kompetenz*), а затем был закреплен в ст. 1037 германского Устава гражданского судопроизводства. Изначальный смысл, которым наделяла его немецкая доктрина, несколько отличается от смысла, придаваемого ему в современной международной арбитражной практике. В немецкой теории права термин *kompetenz-kompetenz* ранее подразумевал компетенцию арбитров выносить решение о своей компетенции в качестве единственной инстанции без какого бы то ни было судебного контроля. Такие безграничные полномочия арбитров не признаются ни современной немецкой доктриной, ни доктринами других стран. В действительности же, наоборот, компетенция арбитров должна проверяться государственными судебными инстанциями, но несколько позднее, уже на стадии возможных обращений с иском об отмене (для так называемых "внутренних" арбитражных решений, в том числе в сфере международного коммерческого арбитража) или об экзекватуре арбитражного решения (для "иностраных" арбитражных решений) <127>.

<127> См.: Ансель Б. Указ. соч. С. 545 - 546.

Суть принципа "компетенции-компетенции" состоит в первоочередном принятии решения составом арбитров в отношении собственной компетенции при оспаривании (в том числе по этому основанию) действительности арбитражного соглашения одной из сторон и возможности последующего контроля действительности арбитражного соглашения (наличия компетенции арбитража на рассмотрение спора) со стороны компетентного государственного суда на стадиях оспаривания или признания и приведения в исполнение арбитражного решения <128>, если более коротко, - в наличии первоочередной компетенции арбитража на рассмотрение вопроса о своей компетенции (принцип так и называется - "компетенции-компетенции") с возможностью ее последующего контроля государственным судом <129>.

<128> Данный принцип также называют **правилом хронологического приоритета**. См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 396.

<129> В этой связи интерес вызывает случай, когда третейский суд выносит постановление об отсутствии компетенции по спору, переданному на его рассмотрение, как по вопросу предварительного характера. Считается, что из смысла п. 3 ст. 16 Закона о МКА, а также идентичного положения Типового закона ЮНСИТРАЛ следует, что в этом случае данное постановление не может быть взято под контроль и отменено компетентным государственным судом.

Содержание принципа "компетенции-компетенции" проявляется в образовании двух правовых эффектов: **позитивного и негативного**. В "чистом" виде они состоят в следующем:

1. Позитивный эффект принципа "компетенции-компетенции" связан с наделением арбитров полномочиями на рассмотрение вопроса в отношении действительности арбитражного соглашения при оспаривании его одной из сторон.

2. Запрет на рассмотрение государственным судом вопроса в отношении юридической "судьбы" арбитражного соглашения (наличия компетенции третейского суда) до вынесения решения по этому вопросу арбитражем составляет негативный эффект <130> принципа "компетенции-компетенции".

<130> При этом необходимо отличать данный эффект от негативного эффекта самого арбитражного соглашения. Негативный эффект арбитражного соглашения (в отличие от позитивного) лишь "пересекается", но не совпадает с негативным эффектом принципа "компетенции-компетенции". Если передача спора в арбитраж в рамках негативного эффекта арбитражного соглашения и его действительности полностью исключает возможность разрешения данного спора (по существу) государственным судом, то негативный эффект принципа "компетенции-компетенции" лишь "откладывает" возможность рассмотрения вопроса о наличии компетенции арбитража при оспаривании ее стороной в компетентном суде до момента вынесения решения по этому вопросу третейским судом.

Обоснование существования позитивного эффекта принципа "компетенции-компетенции" лежит в том, что вопрос определения пределов компетенции арбитров является одной из составляющих общей компетенции третейского суда, а также в соображениях прагматического характера, позволяющих избежать затягивание арбитражного разбирательства стороной, необоснованно от него уклоняющейся, оспаривая компетенцию арбитража в государственном суде.

Как отмечается в доктрине, источники принципа "компетенции-компетенции" лежат не столько в самом арбитражном соглашении, сколько в арбитражном праве места проведения арбитража и праве тех государств, в которых может признаваться решение арбитров, вынесенное по поводу их собственной компетенции <131>.

<131> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris, 1996. § 658. P. 414.

Принцип "компетенции-компетенции" в настоящее время признается основными международными конвенциями, относящимися к международному коммерческому арбитражу, а также большинством национальных законодательств и большинством арбитражных регламентов постоянных арбитражных центров <132>.

<132> Ансель Б. Указ. соч. С. 546.

Позитивный эффект данного принципа выражен в первом предложении п. 1 ст. 16 Закона о МКА: "Третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения" <133>.

<133> Данная норма - дословный аналог ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Как показывает практика, в "чистом" виде данный принцип фактически не существует. Даже в наиболее лояльном - французском - правопорядке, почти полностью воспринявшем модель соотношения контрольных полномочий в отношении действительности арбитражного соглашения, предложенную Европейской конвенцией 1961 г. (п. 3 ст. V) <134>, реализация на практике негативного эффекта принципа "компетенции-компетенции", т.е. вынесения государственным судом решения об отсутствии у него компетенции на рассмотрение вопроса о компетенции арбитража до его рассмотрения третейским судом, предполагает исключение из этого правил - существование "явной недействительности арбитражного соглашения" <135>.

<134> "Арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу своей компетенции или о наличии или действительности арбитражного соглашения, с тем, однако, что указанное решение арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда".

<135> См.: ст. ст. 1446 и 1458 Нового кодекса гражданской процедуры Франции.

Большинство же правопорядков, в том числе и российский, исходят из концепции **неявного разграничения компетенций государственных и третейских судов по вопросу действительности арбитражного соглашения**, закрепленной в п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ и Законе о МКА: "Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен... направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено". В Законе о МКА данная норма представлена в более развернутом варианте (п. 1 ст. 8), основанном на тексте Типового закона ЮНСИТРАЛ (п. 1 ст. 8): "Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, **если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора**, прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено". Отличие данной нормы от нормы Нью-Йоркской конвенции 1958 г. состоит в указании на момент, до которого компетентный суд должен выполнить диспозицию данной нормы, - не позднее первого заявления ответчика по существу спора. Если заявление о прекращении производства в связи с наличием арбитражного соглашения ответчиком не делается, то компетентный суд вправе рассматривать спор по существу, и арбитражное соглашение прекращает свое действие (утрачивает силу) по обоюдному согласию его сторон, выраженному в их совместных конклюдентных действиях <136>.

<136> Как отметил в свое время ВАС РФ, активное использование стороной своих процессуальных прав, представление доводов по существу спора, заявление различных ходатайств в ходе судебного разбирательства могут свидетельствовать "о признании стороной компетенции арбитражного суда посредством конклюдентных действий, что соответствует понятию компетентного суда в международно-правовом и национально-правовом понимании, а также влекут за собой потерю права на возражение (эстоппель) в отношении подсудности спора" (Постановление Президиума ВАС РФ от 23.04.2012 N 1649/13 по делу N А54-5995/2009 // СПС "КонсультантПлюс"). Цит. по: Усоскин С.В., Усынин М.М. Указ. соч. С. 37 - 38.

По общему правилу суд может рассмотреть дело даже при наличии между сторонами арбитражного соглашения, если ответчик не возразит против его рассмотрения в суде первой инстанции. Таким образом, ответчик не может просто проигнорировать процесс, возбужденный в государственном суде в нарушение арбитражного соглашения. Датой отсечения, после которой ответчик утрачивает право ссылаться на арбитражное соглашение, является дата подачи им первого возражения или заявления по существу <137>. На практике данное условие считается наступившим, если ответчик направил в компетентный суд отзыв на исковое заявление, а при его отсутствии - после первого заявления ответчика по существу спора в ходе судебного заседания. В практике российских государственных судов по-разному трактуется, до какого момента ответчик может занимать выжидательную позицию <138> и насколько широко можно толковать понятие "заявление по существу спора".

<137> Там же. С. 38.

<138> Из решений судов можно сделать вывод, что ответ на этот вопрос будет зависеть от причин бездействия ответчика. См.: Там же.

Таким образом, предусмотрена ситуация, когда, несмотря на наличие арбитражного соглашения, одна из его сторон все же решает обратиться с требованием, являющимся предметом арбитражного соглашения, в государственный суд (суд договаривающегося государства). При этом государственный суд, реализуя свои контрольные полномочия, должен направить стороны в арбитраж при условии, что арбитражное соглашение действительно, не утратило силу или может быть исполнено, в чем государственный суд обязан убедиться.

В российских и зарубежных источниках международного коммерческого арбитража определены обстоятельства, с которыми связывается недействительность арбитражного соглашения, заключенного контрагентами. Как отмечает А.П. Белов, международная практика расширила основания недействительности, в связи с чем в некоторых государствах предъявляются специальные требования к арбитражным соглашениям, хотя многие из них являются схожими и однотипными, так как регулируются одними и теми же нормами внутренних законов и международных договоров. Недействительность арбитражного соглашения порождает недействительность и самого арбитражного решения, которая признается судом по заявлению стороны <139>.

<139> Белов А.П. Указ. соч. С. 52.

Так, негативный эффект принципа "компетенции-компетенции", по сути, отрицается, поскольку государственный суд не должен дожидаться, пока третейский суд исследует действительность арбитражного соглашения <140>. При этом, как отмечает Б. Ансель, проявляется договорный <141> характер арбитражного соглашения: "Государственный судья обладает такой же компетенцией для вынесения решения о существовании действительности, обязательном характере договора об арбитраже, какой он обладает в отношении любого другого договора" <142>. Данный подход может служить обоснованием возможности выхода за пределы заявления об арбитраже при передаче спора в государственный суд и констатации возможности подачи самостоятельного иска о признании недействительности арбитражного соглашения, что, конечно же, оказывает негативное влияние на независимость арбитража как частного способа разрешения спора (института частного саморегулирования, частного процессуального права) и развитие арбитража в этих правопорядках. В этом

отношении справедливо следующее утверждение Б. Анселя: "...Арбитражное соглашение отличается от других соглашений; фактически оно несет в себе значительный процессуальный заряд, поскольку создает юрисдикционное образование (несомненно эпизодическое и, что важно, частное, внесударственное по своему характеру). Именно такой направленностью и оправдывается особый режим". Автор отмечает, что в юридических системах, которые в известной степени преданы монистической конструкции права, продолжают придерживаться договорной теории арбитража. Это особенно проявляется в английском праве, где даже в тех случаях, когда после полного рассмотрения возражения по поводу действительности арбитражного соглашения сделан вывод о наличии компетенции арбитра, судья лишь приостанавливает государственное судопроизводство <143>, исходя из того, что "в **common law** арбитражное соглашение не может отнимать у судей их юрисдикцию" <144>.

<140> В системах, воспроизводящих Типовой закон ЮНСИТРАЛ или модель Нью-Йоркской конвенции 1958 г., арбитр не пользуется никаким приоритетом, в то время как судья обладает полномочиями по рассмотрению арбитражной оговорки в полном объеме. С учетом особенностей, свойственных каждому из них, по данным признакам можно объединить право Федеративной Республики Германия (§ 1032 ГПК Германии), английское право (Arbitration Act, 1996, Section 9), а также голландское и бельгийское право, право США, право Российской Федерации (п. 5 ст. 148 АПК РФ) и право Испании, несмотря на ст. 7 испанского Закона от 23.12.2003 N 60/2003 "Об арбитраже", поскольку п. 1 ст. 11, посвященный заявлению об арбитраже, не ограничивает полномочий суда для рассмотрения арбитражного соглашения **prima facie**. Цит. по: Ансель Б. Указ. соч. С. 553.

<141> В отличие от других известных теорий арбитражного соглашения (см. ранее). Там же.

<142> Там же. С. 558.

<143> Там же.

<144> Poudret J.-F., Besson S. Droit compare de l'arbitrage international. **Zürich**, 2002. § 5.4.6. P. 447.

А.А. Костин справедливо полагает, что не представляется возможным подавать иски в государственные суды о признании недействительными арбитражных соглашений и тем более об их расторжении <145>, поскольку обратное противоречило бы прямому указанию законодателя о том, что никакое вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено законом (ст. 5 Закона о МКА) <146>.

<145> В этом отношении наиболее известным примером для арбитражного разбирательства в России считается случай из практики Арбитражного суда Краснодарского края, представленный известным отечественным правоведом Е.А. Сухановым на страницах журнала "Третейский суд". Компетентный суд посчитал возможным одностороннее расторжение "внутреннего" третейского соглашения с обоснованием его гражданско-правовой природы (впоследствии это решение было отменено вышестоящей инстанцией). См.: Суханов Е.А. Об одном решении арбитражного суда // Третейский суд. 2000. N 5. С. 45 - 55; решение Арбитражного суда Краснодарского края от 13.11.2000 по делу N А-32-15365/2000-21/35: <http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/5/art06.html> (дата посещения - 02.03.2018).

<146> Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: Постатейный научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 73 (автор комментария к ст. 16 - А.А. Костин). (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2).

Регламенты мировых институциональных центров арбитража по-разному подходят к ответу на вопрос, кто именно - состав арбитров, рассматривающий спор, или само арбитражное учреждение - наделен правом решать вопрос о компетенции. Так, согласно ст. 7 Регламента Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты заявление об арбитраже оставляется без рассмотрения, если очевидно отсутствие компетенции Арбитражного института. Поскольку на данной стадии состав арбитров еще не сформирован, А.А. Костин обоснованно утверждает, что вывод об отсутствии компетенции делается

самим институтом. Напротив, Правила арбитража МКС МКАС (п. 2 § 25) однозначно передают вопрос о компетенции арбитрам, не предоставляя самому учреждению возможности непосредственным образом определять свое отношение к данному вопросу <147>.

<147> Костин А.А. Некоторые проблемы международного арбитража // Третейский суд. 2000. N 3. С. 51.

Как отмечает В.А. Мусин, в постоянно действующих третейских судах зачастую используется двухступенчатый механизм определения собственной компетенции: 1) на стадии принятия поступившего в третейский суд искового заявления соответствующее постановление выносится председателем арбитражного суда; 2) после формирования арбитражного состава он (состав арбитров) также обязан определиться со своей компетенцией <148>.

<148> Третейский суд. Комментарий законодательства. Постатейный научно-практический комментарий к законодательству о третейском разбирательстве / Под ред. В.А. Мусина. СПб., 2004. С. 50 (автор комментария к ст. 17 - В.А. Мусин). (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 1).

7.7.3. Автономность арбитражной оговорки

К теории "компетенции-компетенции" тесно примыкает другой теоретический подход, оказывающий непосредственное влияние на правовое обоснование действительности арбитражного соглашения (наличие компетенции арбитража), заключающийся в следующем: при решении вопроса о собственной компетенции арбитраж должен исходить из того, что арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора (п. 1 ст. 16 Закона о МКА, п. 1 ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ, п. 2 ст. 21 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ) <149>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Янков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<149> Очень образно и одновременно точно определяет характеристику теории автономности (независимости) арбитражной оговорки А.А. Костин, говоря о положении арбитражной оговорки в основном контракте как о "государстве в государстве". См.: Костин А.А. Указ. соч. С. 53, 63; Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Янков... С. 729 (автор главы - Е.А. Виноградова).

Из этого положения есть два важных следствия:

1) вопрос о действительности арбитражного соглашения должен рассматриваться третейским судом отдельно от вопросов о совершении (заключении) или о недействительности основного договора;

2) третейский суд сохраняет свою компетенцию на рассмотрение спора даже в том случае, когда основной договор признается недействительным <150>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Янков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<150> Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Янков... С. 729 (автор главы - Е.А. Виноградова).

Таким образом, как это на первый взгляд ни парадоксально, недействительность основного договора отнюдь не означает автоматической недействительности охватывающего его арбитражного соглашения <151>. Этим обстоятельством, с одной стороны, констатируется отличие правовой природы арбитражного соглашения от основного договора, т.е. материально-правового договора <152>, а с другой - как справедливо отмечает О.Ю. Скворцов, именно автономность арбитражной оговорки позволяет показать независимость арбитража как института, основанного на волеизъявлении самих сторон по спорному материальному отношению от всех иных факторов, включая публичную власть. Практическое значение автономности третейского соглашения (арбитражной оговорки) заключается в том, что в случае возникновения спора о недействительности основного договора третейский суд в любом случае **первоначально** будет рассматривать вопрос о действительности третейского соглашения (так называемая доктрина **prima facie**) и, только признав действительность третейского соглашения, может рассматривать вопрос о недействительности основного договора <153>.

<151> В п. 2 ст. 21 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ говорится следующее: "Признание арбитражным судом ничтожности договора не влечет за собой автоматически недействительности арбитражной оговорки".

<152> А.А. Костин отмечает, что автономный независимый характер арбитражного соглашения имеет "свой собственный предмет, отличный от предмета контракта, к которому он относится, и, соответственно, свое собственное правовое регулирование, выраженное в арбитражном законодательстве и международных соглашениях". Костин А.А. Указ. соч. С. 53.

<153> Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. С. 360 - 361.

Отделимость арбитражной оговорки от договора, ею охватываемого, дает возможность арбитрам самим сделать вывод о действительности или недействительности основного договора. В противном случае ссылка стороны арбитражного соглашения на недействительность основного договора могла бы автоматически "торпедировать" возможность разрешения спора о судьбе основного договора третейским судом и лишала бы его компетенции как таковой, что позволяло бы недобросовестной стороне уклоняться от арбитража, злоупотребляя своим правом на заключение арбитражного соглашения. В результате, чтобы воспрепятствовать действиям арбитров и уклониться от арбитража, усилия должны быть направлены несколько выше - против самого арбитражного соглашения как единственного основания для компетенции арбитров <154>.

<154> Ансель Б. Указ. соч. С. 558.

И все же у автономности арбитражной оговорки есть и обратная сторона медали: как справедливо отмечала Е.А. Виноградова, законодательное закрепление принципа автономности третейской (арбитражной) оговорки является основанием для разрешения третейским судом спора, возникшего из признанного им недействительным договора, при условии, что основание недействительности договора не является одновременно основанием недействительности арбитражной оговорки <155>. Это утверждение может быть дополнено обратной посылкой О.Ю. Скворцова: "Точно так же недействительность третейского соглашения не влечет недействительность основного договора" <156>, поскольку основания их недействительности также могут не совпадать.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Инфотропик Медиа, 2010 (4-е издание, переработанное и дополненное).

<155> Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков... С. 729 (автор главы - Е.А.

Виноградова).

<156> Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 360.

А.А. Костин, выражая солидарность со своими коллегами, полагает, что "не следует абсолютизировать независимость арбитражной оговорки, утверждая, что оговорка всегда "переживет" контракт, ибо на оговорку как на соглашение сторон распространяются и общие положения обязательственного права о действительности договоров. Таким образом, если условие (условия) недействительности контракта, например вопрос о полномочиях, в равной мере применимо к арбитражной оговорке, последняя также может быть на этом основании признана недействительной. Другое дело, что условия действительности арбитражного соглашения определяются в первую очередь нормами специального законодательства об арбитраже и зачастую могут не совпадать с условиями действительности самого контракта" <157>.

<157> Костин А.А. Указ. соч. С. 54.

Отмеченное ранее позволяет выделить такие основания недействительности арбитражного соглашения, которые в известной мере могут соответствовать, с одной стороны, основаниям недействительности основного договора (как общим основаниям недействительности любого договора независимо от его правовой характеристики), а с другой - собственным или процессуальным основаниям недействительности арбитражного соглашения, нашедшим свое закрепление в законодательстве об арбитраже и международных договорах.

Теория автономности арбитражной оговорки достаточно часто применяется как в правоприменительной деятельности третейских судов <158>, так и в практике компетентных государственных судов.

<158> См., например: Немчинов Н.В. Практика третейского суда при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате // Третейский суд. 2004. N 3. С. 111 - 117.

Классическим примером в этом отношении служит решение Внешнеторговой арбитражной комиссии по иску Внешнеторгового объединения "Союзнефтеэкспорт" к бермудской фирме "Джок Ойл Лтд.". Фабула дела состояла в следующем. Ответчик, ссылаясь на недействительность основного контракта, подписанного единолично председателем объединения, утверждал, что, поскольку действующее на тот момент законодательство содержало требование о подписании внешнеторговых сделок двумя лицами, это также должно влечь недействительность арбитражной оговорки. Внешнеторговая арбитражная комиссия, удовлетворяя требование ответчика о недействительности основного контракта с момента его подписания, сделала вывод о том, что арбитражное соглашение "является процессуальным договором, независимым от материально-правового договора, и что поэтому вопрос о действительности или недействительности этого договора не затрагивает соглашение, а последнее само по себе в данном случае юридически действительно".

"Арбитражное соглашение, - указывается в решении, - может быть признано недействительным лишь в том случае, если в нем будут обнаружены пороки воли (заблуждение, обман и др.), нарушения требования закона, относящегося к содержанию и форме заключенного арбитражного соглашения. Таких обстоятельств, приводящих к недействительности арбитражного соглашения, нет, и ни одна из сторон не заявила о его недействительности, ссылаясь на такие обстоятельства" <159>.

<159> Цит. по: Богуславский М.М. Международное частное право: Практикум. М., 1999. С. 227 - 228.

7.7.4. Толкование действительности и исполнимости арбитражного соглашения

В многочисленных обзорах юридической практики известных третейских судов и юридической литературе большое внимание уделяется вопросам толкования третейского соглашения <160>.

<160> См.: Ануров В.Н. Толкование третейского соглашения // Третейский суд. 2005. N 6. С. 63; 2006. N 1. С. 152.

Реализация того или иного подхода при толковании арбитражного соглашения имеет ключевое значение для определения его действительности и исполнимости. Толкование условий арбитражного соглашения осуществляется как арбитрами на начальной стадии арбитража, так и судьями компетентных государственных судов, реализующих на практике функции содействия и контроля компетенции третейских судов, в том числе путем оценки содержания арбитражного соглашения. Толкование арбитражного соглашения правоприменителем необходимо прежде всего для уяснения наличия компетенции третейского суда на рассмотрение переданного ему спора, что связано с констатацией наличия в арбитражном соглашении (оговорке) положений, позволяющих считать арбитражное соглашение исполнимым и действительным по форме.

Так, толкование арбитражного соглашения позволяет определить действительную волю сторон по избранию арбитража как способа разрешения спора, а также того или иного арбитражного центра для содействия третейскому разбирательству, что, в свою очередь, дает возможность констатировать наличие дерогационного эффекта арбитражного соглашения, связанного с невозможностью рассмотрения споров, охватываемых арбитражным соглашением, государственными судами.

Правила толкования зависят от места арбитража и могут различаться. Например, английское право запрещает в принципе употребление в толковании элементов, не принадлежащих самому тексту договора <161>. Вместе с тем в юридической литературе встречаются рекомендации по толкованию арбитражных соглашений с использованием расширительного и эффективного толкования, имеющего экономическую логику и здравый смысл <162>. Существует также мнение о предпочтительности использования Принципов УНИДРУА для определения среди прочего факта существования арбитражного соглашения <163>.

<161> Нердрум Г., Старикова Т.Г. Толкование арбитражных оговорок (примеры из практики) // Третейский суд. 2001. N 2. С. 54.

<162> Кушнир А.А. Указ. соч. С. 185.

<163> См., например: Molfa M. Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws // Hong Kong Law Journal. 2007. Vol. 37. P. 161.

В российском Законе о МКА до проведения третейской реформы отсутствовали какие-либо нормы, касающиеся толкования арбитражных соглашений. В этом случае, по мнению А.А. Костина, следовало опираться на общие правила относительно толкования договоров, содержащиеся в ст. 431 ГК РФ. Последняя исходит в первую очередь из буквального толкования слов и выражений. В силу природы арбитражной оговорки и ее соотношения с основным договором вряд ли мыслимо уяснение ее условий посредством сопоставления с другими условиями контракта, что, впрочем, возможно в отношении других условий оговорки. А.А. Костин также полагает возможным использование в порядке аналогии для целей толкования намерений сторон ст. 8 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция 1980 г.), если иметь в виду фигуру "разумного лица", используемую в ней в качестве объективного критерия при истолковании намерений сторон.

Практика МКАС при ТПП РФ, опираясь на принципы "компетенции-компетенции" и автономии арбитражной оговорки, в общем демонстрирует явную тенденцию позитивного (проарбитражного) толкования условий арбитражных соглашений в духе изложенных выше правил. Случаи отказа в признании компетенции МКАС при ТПП РФ относительно редки и касаются, как правило, арбитражных соглашений, дефекты которых являются неустранимыми. То обстоятельство, что внешнеторговые

контракты зачастую существуют на двух различных языках, также может быть использовано при уяснении содержания арбитражной оговорки. Примером служит следующий случай из практики МКАС. Истец (скандинавский участник совместного предприятия) предъявил иск в МКАС при ТПП РФ к двум ответчикам (российским участникам) на базе арбитражной оговорки, которая в русском тексте учредительного договора предполагала рассмотрение споров в Арбитражном суде при Московской торгово-промышленной палате. Ответчики оспаривали компетенцию МКАС, поскольку на момент подачи иска при Московской ТПП действительно существовал соответствующий арбитражный суд. Возражения ответчиков, невзирая на буквальный текст арбитражной оговорки, не показались арбитрам достаточно убедительными с учетом того, что учредительный договор был заключен осенью 1991 г., а Арбитражный суд при Московской ТПП был создан двумя годами позже. В тексте учредительного договора на английском языке, которому стороны договорились придавать преимущественную силу, арбитражная оговорка отсылала к "Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry in Moscow". Принимая во внимание эти и некоторые другие обстоятельства, арбитры признали компетенцию МКАС при ТПП РФ, вынеся соответствующее постановление. Попытки ответчиков отменить данное постановление в Московском городском суде со ссылкой на ст. 34 Закона о МКА оказались безуспешными <164>.

<164> Костин А.А. Указ. соч. С. 55.

В известной степени похожая ситуация сложилась в другом деле, которое рассматривалось в МКАС при ТПП РФ. Арбитражная оговорка предусматривала рассмотрение споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ согласно Регламенту Международной торговой палаты. Состав арбитров был сформирован в соответствии с Регламентом МКАС (а не МТП). В первом заседании ответчик, ранее не представивший отзыва на иск, заявил об отсутствии у состава арбитров компетенции в связи с тем, что он сформирован вопреки условиям арбитражного соглашения. Изучив текст контракта на английском языке, арбитраж обнаружил в нем ссылку на то, что в данном случае действительно арбитраж должен проводиться по Регламенту МТП, но в месте нахождения МКАС (at the location of the International Commercial Arbitration Court). С учетом данных обстоятельств состав арбитров признал себя некомпетентным рассматривать возникший между сторонами спор <165>.

<165> Костин А.А. Указ. соч. С. 56 - 57.

В этой связи актуально мнение В.В. Старженецкого, полагающего, что применение государственными компетентными судами при толковании арбитражных соглашений ст. 431 ГК РФ приводит к "антиарбитражному результату", поскольку при этом не учитывается особая природа арбитража. Он также ссылается на низкую эффективность толкования с учетом таких аспектов, как смешанная природа правоотношений, конкуренция исков, делящиеся отношения сторон, действия арбитражных отношений по кругу лиц. Так, ФАС Московского округа в своем Постановлении от 07.08.2013 по делу N А41-4461/11 отметил, что хотя в договоре аренды и содержалась соответствующая арбитражная оговорка, она не включала в себя споры, которые могли возникнуть у сторон по убыткам, причиненным в результате нарушения правил пожарной безопасности <166>. Суд счел, что арбитражное соглашение распространялось только на правоотношения аренды, но не на требования из причинения вреда, поскольку убытки, связанные с имевшим место в арендуемом помещении пожаром, были вызваны случайными обстоятельствами, хотя и возникшими в период договорных отношений, но не относящимися к самой сути договора аренды. Вместе с тем в рассмотренном случае, как видно, государственный суд признал действительным арбитражное соглашение и вполне проарбитражно его истолковал. Вопрос в этой ситуации состоял не в толковании действительности арбитражного соглашения, а в определении его объема, с чем государственный суд также вполне компетентно справился. В качестве конкуренции исков приводится пример из дела N А40-72676/08-69-66, согласно которому в контракте на выполнение архитектурных работ содержалась арбитражная оговорка о рассмотрении споров в МКАС при ТПП РФ, однако иск был заявлен о взыскании компенсации за нарушение авторских прав, что также вряд ли может быть интерпретировано как неэффективное толкование арбитражного соглашения с опорой на ст. 431 ГК РФ. Не возникает здесь и обозначенной конкуренции исков, так как спор, опять же, выходит за рамки действительного арбитражного соглашения <167>. В данном случае любое "разумное" (широкое или ограничительное) толкование привело бы к такому же результату.

<166> См.: <http://www.cisarbitration.com/wp-content/uploads/2013/08/UNITEK-v-Georgia-Pacific.pdf> (дата посещения - 02.03.2018).

<167> Старженецкий В.В. Толкование арбитражных соглашений по российскому праву: ограничительный или расширительный подход? // О договорах: Сб. ст. к юбилею В.В. Витрянского / Сост. С.В. Сарбаш. М., 2017. С. 153 - 155.

В другом деле (N А40-30560/08-25-257), характеризующем длящиеся отношения сторон, государственные арбитражные суды анализировали арбитражное соглашение, содержащееся в договоре аренды. Спорным вопросом являлось распространение арбитражной оговорки на отношения, связанные с продлением договора аренды на новый 10-летний срок. Президиум ВАС РФ в своем Постановлении от 19.05.2009 N 17476/08 также указал на пределы действия арбитражного соглашения: "По смыслу приведенной арбитражной оговорки в совокупности с иными положениями договора аренды ее действие не распространяется на заключение договора аренды на новый срок, так как стороны этого не предусмотрели, ограничив действие арбитражной оговорки спорами, возникающими на основании и в связи с договором аренды, заключенным ими на срок до 30.04.2008". Аналогичный пример приводится и в отношении действия арбитражного соглашения по кругу лиц. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения на территории Российской Федерации было отказано, так как арбитражная оговорка, содержащаяся в соглашении между фирмой и обществом, предусматривала передачу в арбитраж споров, связанных с созданием совместного предприятия, т.е. споров, связанных с обязательствами сторон по созданию российского юридического лица. Между тем решение третейского суда касалось реорганизации созданного фирмой и обществом юридического лица <168>.

<168> Там же. С. 156 - 158.

Вместе с тем в обоснование присутствия в практике государственных арбитражных судов проарбитражного подхода В.В. Старженецкий справедливо ссылается на примеры по вопросам нечеткого и некорректного наименования арбитражного института, в которых буквальное толкование на основании ст. 431 ГК РФ действительно не позволяло "реанимировать" арбитражное соглашение; суды в данном случае исходили из действительной общей воли сторон, учитывали цели договора (абз. 2 ст. 431 ГК РФ) и восполняли содержащиеся в арбитражных соглашениях пробелы <169>.

<169> Там же. С. 160.

Так, в Постановлении от 16 июля 2013 г. N 2572/13 по делу N А27-7409/2011 <170> Президиум ВАС РФ не согласился с нижестоящими судами, которые сочли неисполнимым арбитражное соглашение в виде типовой арбитражной оговорки, содержащейся в договоре транспортной экспедиции. Президиум ВАС РФ отметил, что ссылка на правила арбитража МТП с очевидностью свидетельствует о наличии согласия сторон на рассмотрение спора международным коммерческим арбитражем в соответствии с Регламентом МТП с указанием места арбитража в России либо Германии. В другом деле (N А57-8082/2008-116) также возник вопрос о некорректном наименовании арбитражного трибунала. В положении о порядке разрешения споров контракта говорилось, что все споры и разногласия, которые могут возникнуть из контракта или в связи с ним и которые не будут разрешены путем переговоров между сторонами, подлежат "с исключением подсудности общему суду разрешению в арбитражном порядке Палатой промышленности и коммерции в Вене (Австрия) в соответствии с ее Регламентом". Президиум ВАС РФ, толкуя данную оговорку в пользу ее действительности и исполнимости, отметил в своем Постановлении от 22 сентября 2009 г. N 5604/09 следующее: "Как вытекает из содержания арбитражной оговорки, стороны исключили из компетенции любых государственных судов рассмотрение споров, возникающих между сторонами из контракта или в связи с ним. Также сторонами бесспорно и однозначно было согласовано место будущего арбитражного разбирательства - Австрия, Вена. При оценке содержащегося в арбитражной оговорке указания на то, что спор подлежит рассмотрению в арбитражном порядке Палатой промышленности и коммерции в Вене (Австрия), суду первой инстанции следовало принять во

внимание, что Палата экономики Австрии, находящаяся в Вене, является организацией, аналогичной торгово-промышленным палатам, существующим в других странах, а Международный арбитражный суд при Палате экономики Австрии - единственным институциональным (постоянно действующим) международным коммерческим арбитражным судом, созданным при ней" <171>.

<170> Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 N 2572/13 по делу N A27-7409/2011 // СПС "КонсультантПлюс".

<171> Постановление Президиума ВАС РФ от 22.09.2009 N 5604/09: http://sudbiblioteka.ru/as/text4/vasud_big_71672.htm (дата посещения - 02.03.2018); Старженецкий В.В. Указ. соч. С. 160.

Широкое, а иногда и восполняющее толкование арбитражной оговорки, встречающееся в практике как третейских судов, так и компетентных государственных судов, стало современным правоприменительным трендом. Отмеченная проарбитражная тенденция не осталась незамеченной в ходе российской третейской реформы. Обновленный Закон о МКА содержит положение (ч. 9 ст. 7), согласно которому "при толковании арбитражного соглашения любые сомнения должны толковаться в пользу его действительности и исполнимости". Таким образом, в специальном законодательстве России об арбитраже появилась собственная норма, которая позволяет расширить возможности в проарбитражном толковании условий арбитражного соглашения.

Вместе с тем справедливо и мнение А.А. Панова, что перед судом или составом арбитров законодатель не ставит задачи "исцелять" патологическое арбитражное соглашение с помощью восстанавливающего толкования или судебного изменения условий такого соглашения. Суд должен сделать выбор в пользу такой возможности толкования арбитражной оговорки, которая не будет приводить к ее недействительности или неисполнимости <172>.

<172> Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / Под общ. ред. В.В. Хвалея; отв. ред. А.В. Грищенко. М., 2017. С. 82 (автор комментария к ст. 7 Закона о МКА - А.А. Панов).

При толковании арбитражного соглашения в определенных случаях вполне применимо правило об "утрате права на возражение", например при отступлении от условий заключенного сторонами арбитражного соглашения, частью которого по общему правилу являются правила арбитража.

7.8. Недействительность, неисполнимость арбитражного соглашения и утрата им силы

7.8.1. Основания недействительности арбитражного соглашения

Основания недействительности арбитражного соглашения (по большей части) закреплены в международных соглашениях по вопросам арбитража, а также в национальном процессуальном законодательстве и законодательстве об арбитраже.

В российском законодательстве, в том числе в Законе о МКА, отсутствуют специальные положения о недействительности арбитражных соглашений. Типовой закон ЮНСИТРАЛ также не содержит таких положений. Однако если обратиться к комментариям Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также к Нью-Йоркской конвенции 1958 г., можно прийти к выводу, что арбитражное соглашение является недействительным <173>, как правило, только при наличии дефектов ("несовпадения") воли сторон при его заключении. Такими дефектами могут быть обман, принуждение, введение в заблуждение или "злоупотребление влиянием". Иным основанием для признания арбитражного соглашения недействительным выступает несоблюдение его письменной формы <174>.

<173> Согласно "Руководству МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г." "недействительность" можно толковать как относящееся к случаям, когда арбитражное соглашение затронуто какими-либо соображениями недействительности **с самого начала**. Типичные примеры возражений, относящихся к этой категории, включают в себя обман или мошеннические побуждения, недобросовестность, противоправность или заблуждение. Следует включать в эту группу возражений также такие дефекты арбитражного соглашения, как отсутствие правоспособности или превышение полномочий (см. также гл. III в п. IV.1, пп. (а) п. 1 ст. V в части недееспособности). См.: Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. ... С. 45.

<174> Хоцанов Д.А. Действительность арбитражного соглашения: очередные судебные ошибки // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 2. С. 42.

В гражданском праве России под недействительностью договора подразумевается его "ничтожность" или "оспоримость" в зависимости от того, о каком основании недействительности договора идет речь. Ничтожным является договор, не соответствующий закону, и он признается таковым с самого начала. Для признания его ничтожным не требуется заявления или доказательства какой-либо стороны. Сам суд признает его таковым при наличии к тому правовых оснований. Оспоримым является договор, который рассматривается судом по заявлению какой-либо стороны, и суд рассматривает такое заявление стороны на основании представленных ему данных. Если такие сведения обоснованы, то суд признает договор (арбитражное соглашение) недействительным, последствия недействительности определяются законом.

Вместе с тем большинство оснований недействительности арбитражного соглашения закреплено в процессуальном законодательстве (например, такие, которые определяют существенные условия арбитражного соглашения, его форму, порядок заключения и исполнимость, дееспособность сторон, арбитрабельность), поэтому их можно считать процессуальными основаниями недействительности арбитражного соглашения. Материально-правовым основанием недействительности арбитражного соглашения в определенной степени может быть "порок воли", поскольку его характеристика опирается на гражданско-правовое регулирование, и все же, поскольку он входит "в состав" недействительности как обобщающего основания, он также содержит в себе процессуальную составляющую.

В этой связи справедливо утверждение А.А. Костина, что условия действительности арбитражного соглашения лежат не в материальном, а в процессуальном праве (с небольшим уточнением - **частном процессуальном праве**), что подтверждает вывод о том, что арбитражное соглашение представляет собой автономное условие договора <175>. В дополнение к этому Е.А. Суханов отмечает, что заключение арбитражного соглашения не создает для сторон никаких гражданских прав, таким образом, оно не является гражданско-правовой сделкой <176>. По этой причине на него не распространяются условия недействительности сделок, предусмотренные гражданским законодательством <177>. Эти общие выводы находят свое отражение в принципе автономности арбитражного соглашения (см. п. 7.7.3 данной главы), согласно которому недействительность основного договора не влечет за собой недействительность арбитражного соглашения.

<175> Костин А.А. Вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению. С. 142.

<176> Суханов Е.А. Указ. соч. С. 45.

<177> 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; Вершинина Е.В., Елисеев Н.Г., Костин А.А. Коллизионное регулирование соглашений о международной подсудности // Вестник гражданского процесса. 2013. N 2. С. 127 - 144.

В доктрине и законодательстве выделяются следующие основания недействительности арбитражного соглашения:

- 1) совершено лицом, не обладающим необходимой правоспособностью или дееспособностью;
- 2) порок воли (заключено под влиянием обмана, заблуждения, насилия и т.д.);

- 3) совершено без соблюдения установленной законом формы;
- 4) не содержит в себе все существенные условия, установленные для арбитражного соглашения;
- 5) противоречит императивным нормам применимого законодательства об арбитраже;
- 6) заключено по вопросам, которые не могут быть предметом третейского разбирательства <178>.

<178> См., например: Хвалей В.В. Указ. соч. С. 48.

Основным видом недействительности арбитражного соглашения, как и любого другого договора, является так называемый "порок воли". Как справедливо полагает А.П. Белов, недействительно соглашение (договор), которое стороны "согласовали" при отсутствии выраженной воли о "действительном, свободном согласии", т.е. с помощью различных форм принуждения, с использованием недозволенных законом действий. В законодательствах России и иностранных государств встречаются три основных вида порока воли: заблуждение, насилие, угрозы <179>.

<179> Белов А.П. Указ. соч. С. 52.

Как отмечает В.В. Хвалей, несмотря на то, что на первый взгляд кажется, что недействительность договора, заключенного под влиянием обмана, насилия, угрозы и т.д., безусловно должна влечь за собой и недействительность арбитражной оговорки, содержащейся в таком договоре, это не так. Дело в том, что, например, ГК РФ, рассматривая недействительность сделки, совершенной под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств, содержит требование о **крайне невыгодных условиях для потерпевшей стороны** (ст. 179), т.е. для признания недействительным арбитражного соглашения по такому основанию требуется также доказать, что условия арбитражного соглашения являются крайне невыгодными для одной из сторон. В силу принципа самостоятельности арбитражного соглашения невыгодность условий основного договора ipso facto не означает невыгодности условий арбитражного соглашения <180>.

<180> См.: Хвалей В.В. Указ. соч. С. 48.

Гражданское законодательство России к порокам воли относит следующие случаи:

1) недействительной является сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, а также **кабальная сделка** (ст. 179 ГК РФ);

2) недействительной является сделка, совершенная **под влиянием заблуждения**, имеющего существенное значение. Такая сделка является оспоримой и может быть признана судом таковой по иску стороны, которая действовала под влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ).

Французский гражданский кодекс (ФГК) регулирует все случаи порока воли, делающие договор недействительным. К ним относятся заблуждение (ст. 1109 ФГК), обман (ст. 1116 ФГК), насилие (ст. ст. 1111 - 1115 ФГК). В качестве существенных условий действительности соглашений ФГК говорит еще о наличии в соглашении так называемого "недозволенного основания" (ст. 1133 ФГК). Основание является недозволенным, когда оно запрещено законом и противно добрым нравам и публичному порядку.

В английском праве различают пять видов пороков воли: 1) заблуждение; 2) неправильное представление, созданное у одного участника другим; 3) обман; 4) принуждение в виде личного насилия или угрозы личного насилия; 5) воздействие, делающее участника договора морально неспособным противостоять воле другого участника, - недолжное влияние.

Своеобразный подход к понятию недействительности арбитражного соглашения предусмотрен в шведском законодательстве и арбитражной практике. Вместо термина "пороки воли" используется термин (в том, что касается недействительности арбитражного соглашения) "порочащий элемент" (**Vitiating Element**). Под ним понимается недействительность арбитражного соглашения, лишение его юридической силы, если заключение арбитражного соглашения имело место при наличии указанных элементов.

Общее право США во многом заимствовано из английского общего права (в том, что касается регулирования вопросов о "пороке воли"). Правовые нормы федерального законодательства и судебной практики США содержат следующие главные основания для признания арбитражного соглашения недействительным по признаку "порока воли": 1) обман (делающий арбитражное соглашение неисполнимым); 2) заблуждение, угрозы, насилие и иные формы принуждения, исходящие как от стороны арбитража, так и от третьих лиц (кроме случаев заблуждения) <181>.

<181> Подробнее см.: Белов А.П. Указ. соч. С. 52 - 53.

Вместе с тем юридические препятствия к возбуждению арбитражного разбирательства могут иметь место при формулировании так называемых "патологических" арбитражных оговорок, например, в следующих случаях:

- если направление в арбитраж не носит обязательного характера. Тем не менее считается, что такие арбитражные оговорки следует поддерживать исходя из общего принципа толкования, в соответствии с которым договорные условия должны толковаться так, чтобы все они имели правовые последствия, а не лишали этого некоторые из них;

- если договор предусматривает как арбитраж, так и юрисдикцию судов. В таких случаях иногда оказывается возможным совместить обе договоренности и признать арбитражное соглашение действительным и исполнимым. В частности, стороны должны быть направлены в арбитраж, только если они действительно хотели разрешать свои споры таким методом, вне зависимости от того, был ли он совмещен с другим методом разрешения споров. Например, Высокий суд Сингапура постановил, что соглашение, по которому споры "безотзывно" подчинялись юрисдикции судов Сингапура, при надлежащем толковании не было безусловно несовместимо с другим условием того же договора, в котором предусматривался арбитраж. Суд постановил, что стороны имели намерение разрешать свои споры в арбитраже, а ссылка на сингапурские суды должна действовать параллельно как определение суда, который будет контролировать арбитраж (**lex arbitri**) <182>;

<182> Сингапур: Высокий суд, 12 января 2009 г. (**P.T. Tri-M. G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited**) // Yearbook Commercial Arbitration. 2009. Vol. XXXIV. P. 758 - 782 (Singapore N 354).

- если арбитражный регламент или арбитражный институт названы неточно <183>.

<183> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. ... С. 46.

В некоторых других случаях, однако, неаккуратность может быть исправлена путем разумного толкования оговорки. Суды могут спасти патологическую оговорку, изъяв из нее положение, которое лишает ее возможности принудительного исполнения, тем самым позволяя оставшейся части соглашения привести арбитраж в действие. Например, Окружной суд США по Восточному округу Висконсина столкнулся с арбитражным соглашением, предусматривавшим (в его английской версии), что споры будут рассмотрены в арбитраже в Сингапуре "в соответствии с действующими Правилами международного арбитража", при этом в китайской версии было указано, что арбитраж пройдет "в Сингапурском международном арбитражном институте". Суд истолковал это как ссылку на "хорошо известную арбитражную организацию, каковой является Сингапурский центр международного арбитража" <184>.

<184> США: Окружной суд США, Восточный округ Висконсина, 24 сентября 2008 г. (**Slinger Mfg. Co. Inc. v. Nemark, S. A., et al.**) // Yearbook Commercial Arbitration. 2009. Vol. XXXIV. P. 976 - 985 (US N 354).

Как видно, несмотря на наличие определенных недочетов в формулировке арбитражных соглашений, международные арбитражные органы, исходя из существующей практики компетентных государственных судов, рекомендуют осуществлять толкование, направленное на поддержку действительности арбитражного соглашения.

В "Руководстве МСКА по применению Нью-Йоркской конвенции 1958 г." содержится своеобразный алгоритм, который рекомендуется применять судьям в случае заявления возражений относительно действительности арбитражного соглашения. Суд должен поставить перед собой следующие вопросы:

1. Относится ли арбитражное соглашение к сфере применения Нью-Йоркской конвенции?
2. Закреплено ли арбитражное соглашение в письменной форме?
3. Существует ли арбитражное соглашение и является ли оно действительным как таковое?
4. Если имеет место спор, возник ли он из определенного правоотношения (договорного или иного) и имели ли стороны намерение, чтобы этот спор был разрешен арбитражем?
5. Является ли арбитражное соглашение обязательным для сторон спора, который находится на рассмотрении государственного суда?
6. Может ли быть данный спор рассмотрен арбитражем?

Если на эти вопросы даны утвердительные ответы, стороны должны быть направлены в арбитраж <185>.

<185> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. ... С. 46.

7.8.2. Невозможность исполнения арбитражного соглашения

Еще одним самостоятельным основанием недействительности арбитражного соглашения является невозможность его исполнения.

Считается, что неисполнимость арбитражного соглашения проявляется в случаях, когда **арбитражное разбирательство не может быть проведено ввиду фактических или правовых препятствий**. Физические препятствия для арбитражного разбирательства охватывают такие весьма немногочисленные ситуации, как смерть арбитра, чье имя названо в арбитражном соглашении, или отказ арбитра от назначения в случае, если стороны явным образом отказались от его замены. В зависимости от конкретных норм применимого права такие ситуации могут привести к невозможности исполнения арбитражного соглашения <186>.

<186> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. ... С. 36 - 37.

Ни Типовой закон ЮНСИТРАЛ (и, соответственно, Закон о МКА (ст. 7)), ни Нью-Йоркская конвенция (ст. II), ни Европейская конвенция 1961 г. (ст. I) не предусматривают обязательных элементов арбитражного соглашения, без наличия которых оно является неисполнимым. По мнению Д.А. Хоцанова, единственным важнейшим условием арбитражного соглашения (в контексте его исполнимости) является указание **места арбитража**, которое может быть как зафиксировано в тексте третейской оговорки, так и определено посредством соответствующего положения регламента институционального арбитражного органа, применение которого согласовано сторонами в арбитражной оговорке. При этом следует заметить, что, несмотря на крайне важное значение четкого согласования сторонами третейской оговорки места арбитража, неопределение (недостаточно однозначное определение) в арбитражном соглашении

данного условия не влечет автоматического признания такого соглашения недействительным, хотя с большой долей вероятности может привести к констатации судом или арбитражем его неисполнимости <187>.

<187> В этой связи напомним о предусмотренной ст. IV Европейской конвенции 1961 г. возможности обращения сторон арбитражного разбирательства или арбитров к компетентному органу (как правило, президенту торговой палаты страны местонахождения ответчика) с просьбой об установлении постоянного арбитражного органа и его местонахождения для осуществления арбитражного разбирательства. Цит. по: Хоцанов Д.А. Указ. соч. С. 44.

Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда РФ таким образом интерпретировала "исполнимость арбитражного соглашения": "Под исполнимостью третейского соглашения понимается, что стороны определили **конкретное место рассмотрения спора**, т.е. выбрали действующий третейский суд <188> или определили процедуру формирования третейского суда, а также то, что на момент возникновения спора арбитражное соглашение не утратило силу" (выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**) <189>.

<188> Видимо, в значении постоянно действующего арбитражного учреждения по смыслу нового российского арбитражного законодательства.

<189> Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12.07.2017 по делу N 307-ЭС17-640:
<http://legalacts.ru/sud/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-12072017-po-delu-n-307-es17-640-a56-139142016/>
(дата посещения - 03.03.2018).

Невозможность исполнения арбитражного соглашения на практике может проявляться в связи с такими причинами:

1. Третейский суд в арбитражном соглашении был определен как "неразумно неудобный". Невозможность исполнения арбитражного соглашения в данном случае сводится к следующему. Если в суде был заявлен иск при наличии арбитражного соглашения, то суд может принять этот иск к своему производству, если установит, по просьбе какой-либо стороны, что третейский суд в арбитражном соглашении был определен как "неразумно неудобный" для сторон на предмет арбитражного разбирательства. Подобный пример показан в американской литературе по делу **Mitsubishi motors**. Верховный Суд отметил, что в этом деле сторона, возражающая против арбитражного разбирательства на основе арбитражного соглашения, имела основания показать, что избранный сторонами в арбитражном соглашении третейский суд представляет собой "ненадлежащий арбитражный суд". Это означало, что арбитражное разбирательство по контракту было бы чрезвычайно трудным и неудобным, в связи с чем сторона была бы лишена возможности быть выслушанной и защитить свои интересы.

Имелись также случаи, когда избранный сторонами арбитраж был настолько неудобен для сторон, что использование его было бы невозможным, в том числе по причине огромных финансовых затрат. Для иллюстрации сказанного приводим гипотетическую ситуацию.

Российская фирма, слабая в финансовом отношении, и крупная иностранная фирма-контрагент, мощная в финансовом отношении, предусмотрели арбитраж **ad hoc** в Новой Зеландии для разрешения споров, которые могут возникнуть из контрактов поставки российской фирме новозеландского масла. При наличии спора российская фирма не сможет из-за огромных материальных затрат направить в новозеландский арбитраж своих представителей, нанять местного адвоката, оплатить арбитражный сбор, который должны определить арбитры, и нести иные расходы в течение всего времени арбитража. Расходы для российской фирмы могут оказаться чрезмерно обременительными, что сделает невозможным само участие в процессе <190>.

<190> См.: Белов А.П. Указ. соч. С. 53 - 54.

2. Существуют препятствия к рассмотрению дела в суде. Подобные основания специфичны для шведского арбитражного процессуального права. Они нашли свое отражение в ст. 5 шведского Закона "Об арбитраже" 1999 г.: "Сторона утрачивает право ссылаться на наличие арбитражного соглашения как на обстоятельство, препятствующее рассмотрению спора в суде, в случаях, когда сторона: 1) препятствовала заявлению другой стороны о возбуждении арбитражного разбирательства; 2) не произвела назначение арбитра в положенный срок или 3) не предоставила в положенный срок свою часть обеспечения в отношении компенсации арбитров".

3. Если в арбитражном соглашении предусмотрено рассмотрение некоммерческих споров. Это основание недействительности арбитражного соглашения по критерию невозможности его исполнения базируется на ст. I (3) Нью-Йоркской конвенции 1958 г., согласно которой применение данной Конвенции государством, ее подписавшим, может быть ограничено договорными и иными торговыми отношениями, которые считаются торговыми по национальному закону государства. Сфера применения международного коммерческого арбитража в России в полной мере соответствует этому подходу (п. 3 ст. 1 Закона о МКА).

4. Если в арбитражном соглашении предусматривается обращение за рассмотрением спора в определенный арбитражный институт, а арбитраж должен вестись по регламенту другого арбитражного института. Хотя арбитражные правила различных третейских учреждений по многим вопросам зачастую содержат схожее регулирование, они имеют и свои особенности, порой весьма специфические, приводящие к несовпадению процедур арбитражного разбирательства <191>. В такой ситуации использование регламента другого институционального арбитража не является разумным и целесообразным <192>.

<191> Хоцанов Д.А. Указ. соч. С. 44.

<192> К примеру, в деле МКАС при ТПП РФ N 195/2000 состав арбитров вынес постановление об отсутствии у него компетенции, посчитав неисполнимым арбитражное соглашение, предусматривающее разрешение спора МКАС при ТПП РФ в соответствии с Арбитражным регламентом МТП. См.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Обзор практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (МКАС) за первое полугодие 2002 г. // Законодательство. 2002. N 11. С. 77.

5. Если в арбитражное соглашение включены имена арбитров, которые по различным причинам не могут выступать в качестве таковых. По истечении значительного времени могут возникнуть обстоятельства, делающие невозможным отправление правосудия в порядке арбитража каким-либо из назначенных арбитров (плотный график, конфликт интересов, смерть и т.д.) и тем самым исключающие возможность применения на практике арбитражной оговорки <193>.

<193> Кушнир А.А. Указ. соч. С. 184.

В этом смысле интерес представляет следующий пример из практики МКАС при ТПП РФ. На рассмотрение арбитров была представлена арбитражная оговорка, предусматривающая создание арбитража *ad hoc* при ТПП РФ. В деле N 88/1998 (Постановление от 2 ноября 1998 г.) стороны договорились передать свой спор на разрешение в Арбитражный суд при ТПП РФ с применением "иного порядка формирования состава арбитража и вынесения им решений, чем это предусмотрено Регламентом МКАС" <194>. Арбитры расценили такую договоренность как намерение сторон рассматривать свои споры в "арбитраже, специально создаваемом для этих целей", а не в МКАС при ТПП РФ. Попутно арбитры указали сторонам на возможность обратиться за содействием к ТПП РФ, упомянутой в арбитражной оговорке <195>.

<194> Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1999. С. 211.

<195> Ануров В.Н. Указ. соч.

Как отмечает Д.А. Хоцанов, анализ работ зарубежных коллег, основанных кроме прочего на изучении судебно-арбитражной практики, позволяет констатировать, что в настоящее время даже весьма лаконичные формулировки арбитражных соглашений в абсолютном большинстве случаев не приводят к признанию самими составами арбитров или зарубежными государственными судами таких соглашений недействительными или неисполнимыми <196>.

<196> Хоцанов Д.А. Указ. соч. С. 45.

К примеру, Апелляционный суд провинции Онтарио пришел к заключению о действительности и обязательности для сторон арбитражной оговорки, предусматривающей, что "стороны могут передать на рассмотрение арбитража любой спор" <197>, а германские суды нашли исполнимой предельно сжатую третейскую оговорку об "арбитраже в Гамбурге" <198>. Более того, Высший суд Берлина подтвердил действительность арбитражного соглашения, в силу которого "споры подлежат разрешению посредством арбитража в соответствии с арбитражными правилами Германской центральной торговой палаты", хотя в Германии отсутствует такая палата, а истец инициировал третейское разбирательство по правилам Германской институции по арбитражу (DIS). При этом Высший суд Берлина, занимая очевидно проарбитражную позицию при толковании арбитражной оговорки и подтверждая наличие у DIS компетенции, сослался, в частности, на отсутствие какого-либо другого потенциально компетентного германского институционного арбитража <199>.

<197> Lew J.M., Mistelis L.A., [Kröll S.M.](#) Op. cit. P. 155.

<198> [Böckstiegel K.-H.](#), [Kröll S.M.](#), Nacimiento P. Arbitration in Germany: The Model Law in Practice. Kluwer Law International, 2007. P. 25, 101.

<199> Ibid. P. 103.

7.8.3. Утрата силы арбитражным соглашением

Арбитражное соглашение утратит силу в контексте п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г., если в свое время оно было действующим, но потом его действие было прекращено. Исключение, связанное с утратой силы, обычно включает в себя случаи **отказа от арбитража, отзыва своего согласия, прекращения или расторжения арбитражного соглашения**. Аналогичным образом арбитражное соглашение следует считать утратившим силу, если тот же самый спор между теми же самыми участниками уже был разрешен судом или составом арбитров (**res judicata** или **ne bis in idem**) <200>.

<200> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. ... С. 45.

Утрата силы арбитражным соглашением может быть признана правоприменителем, например, в случаях: 1) истечения срока действия арбитражного соглашения, если такой срок предусмотрен сторонами; 2) заключения соглашения сторон об "аннулировании" арбитражного соглашения; 3) принятия решения о ликвидации некоммерческой организации и (или) ПДАУ, в том числе в судебном порядке (см. ст. 48 Закона об арбитраже), если арбитражное соглашение становится неисполнимым.

Еще одним примером вполне можно считать случай, когда сторона арбитражного соглашения не заявила возражение в отношении рассмотрения спора в государственном суде (не позднее представления своего первого заявления по существу спора, п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ), если ответчик направил в компетентный суд отзыв на исковое заявление либо сделал заявление по существу спора в ходе судебного заседания. Если заявление о прекращении производства в связи с наличием

арбитражного соглашения ответчиком не делается, то компетентный суд вправе рассматривать спор по существу, и арбитражное соглашение прекращает свое действие (утрачивает силу) по обоюдному согласию его сторон, выраженному в их совместных конклюдентных действиях.

7.9. Проблемы распространения действия арбитражного соглашения на не подписавших его лиц

Международный арбитраж построен на принципе согласия сторон на передачу их споров из определенного правоотношения на рассмотрение составом арбитров вместо государственного суда. Как правило, лицо, не выразившее свое согласие на заключение арбитражного соглашения, не может считаться связанным таким соглашением. Однако, как показано в других параграфах этой главы, ошибочно считать, что лицо может выразить свое согласие на заключение арбитражного соглашения только путем непосредственного подписания такого соглашения.

В мировой практике международного арбитража нередко возникают случаи распространения действия арбитражных соглашений на лиц, которые их не подписывали. Таких лиц часто называют **non signatories**. Этот термин не означает, что такие лица не выразили свое согласие на заключение арбитражного соглашения. Напротив, основой для распространения на них действия арбитражного соглашения является их согласие, но выраженное в менее очевидной форме или должное презюмироваться. Далее кратко обозначим наиболее известные примеры ситуаций в российской и зарубежной практике международного арбитража, в которых действие арбитражных соглашений распространялось на **non signatories**. Мнения российских ученых, высказанные в разное время по поводу возможности правопреемства по арбитражному соглашению и связанных с таким правопреемством вопросов, рассмотрены в пар. 7.10 данной главы.

Реорганизация. Как известно, реорганизация представляет собой разновидность универсального правопреемства, при которой все права и обязанности по обязательствам общества-правопредшественника переходят к обществу-правопреемнику. В этом случае правопреемник может непосредственно не подписывать арбитражное соглашение в отношении определенного обязательства, но при переходе к нему этого обязательства он считается связанным арбитражным соглашением в отношении этого обязательства. Выражая свое согласие на реорганизацию (например, в виде слияния или присоединения), правопреемник также косвенно соглашается быть связанным арбитражными соглашениями, которыми был связан правопредшественник. В последнее время этот подход не вызывает больших споров в науке и практике как в России <201>, так и за рубежом <202>.

<201> См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 03.11.2009 N 8879/09: "В случаях перехода обязанности в результате универсального правопреемства новый должник является юридически связанным третейским соглашением. При этом права и законные интересы нового должника не могут считаться нарушенными, поскольку последний при универсальном правопреемстве знает или, по крайней мере, может знать состав и юридические характеристики прав и обязанностей правопредшественника". См. также: Постановление ФАС Московского округа от 07.07.2010 N КГ-А41/6755-10: "При слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу. Применимое законодательство не содержит норм, исключающих действие универсального правопреемства в отношении прав и обязанностей по третейскому соглашению". Постановления доступны в СПС "КонсультантПлюс".

<202> Born G. International Arbitration: Law and Practice. 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. P. 101.

Уступка прав и перевод долга. В случаях перевода долга и уступки прав речь идет о сингулярном правопреемстве. Как правило, при уступке прав требования из договора, содержащего арбитражную оговорку, цессионарий автоматически становится связан положениями этой арбитражной оговорки <203>. По сути, ситуация с уступкой принципиально не отличается от реорганизации, так как новый кредитор или новый должник в обязательстве выражает свое согласие на переход прав и обязанностей в том виде, в котором они существуют на момент перехода. В российской судебной практике в целом сложился такой подход, при котором к новой стороне по договору переходят также права и обязанности по арбитражной оговорке <204>. Этот подход недавно был закреплен на законодательном уровне. Так, согласно п. 11 ст. 7

Закона о МКА (в ред., вступившей в силу 01.09.2016) "при перемене лица в обязательстве, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, арбитражное соглашение действует в отношении как первоначального, так и нового кредитора, а равно как первоначального, так и нового должника" <205>.

<203> См.: Netherlands // Yearbook Commercial Arbitration. 1980. Vol. V. P. 195. См. также: Youssef K. Consent in Context: Fulfilling the Promise of International Arbitration (Multi-party, Multi-contract and Non-contract Arbitration). West Publishing, 2009. P. 85 - 86.

<204> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 17.06.1997 N 1533/97: "Предъявление иска в защиту нарушенных прав представляет собой одну из составных частей содержания права требования, перешедшего к новому кредитору. Сохранение ранее установленного сторонами порядка разрешения споров не ущемляет прав цессионария и позволяет обеспечить надлежащую защиту интересов должника". См. также: информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 N 29 (п. 15), информационное письмо Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 158 (п. 5) и Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 22.06.2006 N Ф08-2293/2006: "Подписывая дополнительное соглашение, предусматривающее, что стороной по договору подряда становится ОАО "Трест N 7", истец согласился с третьей оговоркой. Довод заявителя о том, что он не заключал с ответчиком отдельного арбитражного соглашения, поэтому третья оговорка, содержащаяся в договоре подряда, на него не распространяется, не основан на законе". Документы доступны в СПС "КонсультантПлюс".

<205> Заметим, что некоторые российские ученые ранее высказывались против такого автоматического перехода прав и обязанностей по арбитражному соглашению при сингулярном правопреемстве (см. пар. 7.10 данной главы).

В зарубежных правовых системах преобладает подход, при котором арбитражное соглашение автоматически распространяется на новую сторону договора при юридически действительной уступке прав и переводе долга <206>. Так, согласно ст. 136 Закона Англии "О праве собственности" 1925 г. уступка основания для предъявления иска включает уступку всех средств правовой защиты по задолженности; арбитражная оговорка в данном случае представляет собой средство правовой защиты <207>. В США суды по общему правилу исходят из того, что правила об уступке и переводе долга также распространяются на арбитражные соглашения, поскольку права и обязанности по договору переходят к новой стороне на тех же условиях, которые содержатся в договоре, включая арбитражную оговорку <208>. Во Франции и Германии уступка прав объясняется концепцией акцессорности (неотъемлемость оговорки от остальных условий соглашения) <209>.

<206> См.: Sinclair A.C. The Assignment of Arbitration Agreements // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice / Ed. by E. Gaillard, D. Di Pietro. CMP Publishing, 2009. P. 392 - 393. См. также: Lew J.M., Mistelis L.A., Kroll S.M. Op. cit. P. 147 - 148.

<207> См.: Youssef K. Op. cit. P. 87.

<208> См.: Ibid. P. 87 - 88. См. также: Girsberger D., Hausmaniger C. Assignment of Rights and Agreement to Arbitrate // Arbitration International. 1992. Vol. 8. P. 123; MacNeil I., Speidel R., Stipanowich T. Federal Arbitration Law: Agreements, Awards and Remedies under the Federal Arbitration Act. Boston, 1994. § 18.7.1.1; Sinclair A.C. Op. cit. P. 400 - 401.

<209> См.: Youssef K. Op. cit. P. 96. См. также: Sinclair A.C. Op. cit. P. 397 - 399.

Однако необходимо учитывать, что в каких-то правовых системах уступка прав по договору может быть запрещена самим договором или требовать согласия другой стороны по договору. Несоблюдение таких положений договора может означать недействительность уступки прав по нему, включая уступку прав по арбитражной оговорке <210>.

<210> Ibid. P. 388 - 390. См. также: Born G. Op. cit. P. 102.

Договоры в пользу третьих лиц и суброгация. Возможны случаи участия в арбитражном разбирательстве юридического или физического лица, являющегося третьим лицом, в пользу которого был заключен договор, содержащий арбитражную оговорку. Например, в Англии ст. 8 Закона "О договорах (правах третьих лиц)" 1999 г. <211> прямо предусматривает право третьей стороны - выгодоприобретателя полагаться на условия арбитражной оговорки, содержащейся в договоре, который устанавливает для него определенные права. Английский суд подтвердил, что если в договор включена арбитражная оговорка, то выгодоприобретатель может защитить свои права только посредством арбитража <212>.

<211> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents> (дата посещения - 03.03.2018).

<212> **Nisshin Shipping Co. Ltd. v. Cleaves & Company Ltd. & Ors** [2003] EWHC 2602 (Comm) (<http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2003/2602.html>; дата посещения - 03.03.2018). См. также: Sinclair A.C. Op. cit. P. 396 - 397.

В теории данная концепция разработана применительно к случаям суброгации. Суброгация в имущественном страховании представляет собой типичный пример сингулярного правопреемства в силу закона. В данном случае в связи с переходом к страховой организации прав страхователя в силу закона (п. 1 ст. 965 ГК РФ) необходимо руководствоваться той логикой, которая была высказана нами ранее в отношении сингулярного правопреемства. Следует отметить, что российские суды в целом поддерживают такой подход <213>.

<213> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 28.04.2016 N Ф04-1232/2016; решение МКАС при ТПП РФ от 11.12.2013 по делу N 41/2013 // СПС "КонсультантПлюс".

Арбитражная оговорка в уставе общества. В результате реформы третейского законодательства 2015 г. п. 8 ст. 7 Закона о МКА теперь прямо предусматривает возможность включения в устав российского юридического лица арбитражной оговорки "о передаче в арбитраж всех или части корпоративных споров участников созданного в Российской Федерации юридического лица и самого юридического лица, для разбирательства которых применяются правила разбирательства корпоративных споров" (аналогичная норма содержится в п. 7 ст. 7 Закона об арбитраже). Закон предусматривает, что редакция устава с арбитражной оговоркой может быть принята только всеми участниками такого юридического лица единогласно.

В случае изменения состава участников юридического лица возникает вопрос, распространяется ли арбитражная оговорка в уставе на нового участника автоматически или нет? Этот вопрос ранее уже возникал в российской судебной практике, еще до реформы третейского законодательства. Тогда Президиум ВАС дал на него отрицательный ответ <214>, применив шведский подход, требующий явно выраженного дополнительного согласия нового участника <215>.

<214> Постановление ВАС РФ от 31.05.2005 N 11717/02 // СПС "КонсультантПлюс".

<215> См.: Хобер К. Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 1. С. 65.

Мнения российских ученых по этому вопросу разделились. Так, Б.Р. Карабельников поддержал российских судей в том, что такое прямо выраженное дополнительное согласие нового участника необходимо для распространения на него арбитражной оговорки в уставе <216>. Однако А.В. Асосков высказал иное мнение по этому вопросу. Он утверждает, что отдельное согласие нового участника в этой ситуации не требуется, поскольку передача акций или долей в обществе "является разновидностью сингулярного правопреемства" <217>. Зарубежные ученые О. Сэндрок и Г. Борн также придерживаются мнения, что арбитражная оговорка в уставе автоматически распространяется на новых участников <218>.

Объяснение Г. Борна выглядит наиболее простым и очевидным: "Новые участники автоматически связаны арбитражной оговоркой, содержащейся в учредительных документах компании, просто за счет приобретения статуса участников без необходимости оформления отдельного соглашения" <219>.

<216> Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 77 - 78.

<217> Асосков А.В. Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 19.

<218> См.: Sandrock O. Extension of Intra-Group Arbitration Agreements to New Non-Signatory Members // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice / Ed. by E. Gaillard, D. Di Pietro. CMP Publishing, 2009. P. 439 - 400. См. также: Асосков А.В. Указ. соч. С. 20.

<219> Born G. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 1224 - 1225. Цит. по: Асосков А.В. Указ. соч. С. 20.

Приобретая акции или доли общества, устав которого содержит арбитражную оговорку, новый участник тем самым выражает свое согласие на разрешение споров с другими участниками общества и самим обществом в третейском суде. Права и обязанности участника по арбитражной оговорке в уставе можно рассматривать в качестве составной части всех прав и обязанностей участника, которые связаны с его долей и закреплены в уставе общества. При переходе доли в обществе к ее приобретателю к нему переходят все права и обязанности участника общества, возникшие до совершения сделки, направленной на отчуждение этой доли, за исключением дополнительных прав и обязанностей (абз. 2 ч. 2 ст. 9 Федерального закона от 08.02.1998 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью"), к которым вряд ли относятся права и обязанности по арбитражной оговорке.

Однако при анализе вопроса связанности новых участников арбитражной оговоркой в уставе необходимо учитывать следующие аспекты. Во-первых, возникший спор должен быть арбитрабелен и охватываться арбитражной оговоркой. Во-вторых, приобретатель доли должен стать участником общества, т.е. к нему должны перейти права на долю или акции в соответствии с нормами корпоративного законодательства (абз. 1 ч. 2 ст. 9 Закона N 14-ФЗ; ст. ст. 28, 29 Федерального закона от 22.04.1996 N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг").

Зарубежные теории привлечения в арбитражное разбирательство лиц, не подписавших арбитражное соглашение. Рассмотрим несколько наиболее известных теории привлечения в арбитражное разбирательство лиц, не подписавших арбитражное соглашение.

1. **Агентская теория.** Данная теория получила свое развитие в англо-американском праве, где понятие представителя-агента традиционно охватывает более широкий спектр ситуаций и заключается в том, что суд или арбитраж могут принять решение о привлечении принципала в качестве стороны разбирательства, если договор, содержащий арбитражную оговорку, был заключен агентом, чьи полномочия могут презюмироваться (**ostensible authority**) или явствовать из обстановки (**apparent authority**) даже в тех случаях, когда агент прямо не наделен такими полномочиями принципалом <220>.

<220> Born G. International Arbitration: Law and Practice. P. 100. См. также: Thomson-CSF S.A., 64 F.3D AT 776: http://www.omlaw.com/uploads/docs/Blog_Cases/Thomson-CSF_S.A._v._American_Ar.pdf (дата посещения - 03.03.2018).

2. **Доктрина "снятия корпоративной вуали".** Данная доктрина (или, как ее еще называют, доктрина "альтер эго") является исключением из общего принципа самостоятельности юридического лица и обособленности его имущества, когда оболочка компании используется его акционером или контролирующим лицом для обмана его кредиторов. Конкретные обстоятельства, при которых суд может "снять корпоративную вуаль" и привлечь к ответственности контролирующее лицо, могут существенно различаться в зависимости от того, суд какой страны (или даже штата применительно к США) будет рассматривать этот вопрос. Однако, как правило, одного только контроля со стороны акционера

недостаточно для "снятия корпоративной вуали". Истцу необходимо будет также доказать суду, что контролирующее лицо полностью доминировало над деятельностью компании и злоупотребило ее оболочкой для обмана кредиторов компании и нарушения их прав. Как верно отмечает Г. Борн, суд может "снять корпоративную вуаль" компании лишь в исключительных случаях <221>.

<221> Born G. Op. cit. P. 100 - 101. См. также: Bainbridge S.M. Corporate Law. 3rd ed. Foundation Press, 2015. P. 55 - 78; Кофанов А. Применение доктрины "снятия корпоративной вуали" в международном коммерческом арбитраже // Актуальные проблемы предпринимательского права: Сб. ст. / Под ред. А.Е. Молотникова. М., 2015. Вып. IV. С. 67 - 75.

3. **Теория "группы компаний"**. Эта спорная теория возникла во Франции в деле **Dow Chemical** <222>. Согласно этой теории арбитражное соглашение, заключенное одной компанией в группе, может распространяться на другие компании в этой группе при следующих обстоятельствах: 1) одна из сторон арбитражного соглашения должна входить в группу компаний; 2) другая компания из этой группы должна активно участвовать в заключении, исполнении или прекращении договора, содержащего арбитражную оговорку; 3) компании в этой группе настолько между собой связаны, что образуют единый экономический субъект <223>. Определяющим критерием, по мнению ученых, поддерживающих эту теорию, является взаимное желание сторон распространить действие арбитражной оговорки на третьих лиц, входящих в группу компаний одной из сторон <224>.

<222> **Dow Chemical v. Isover Saint Gobain**, ICC Case N 4131, Interim Award of 23 September 1982, 9 YBCA 131 (1984): https://www.trans-lex.org/204131Z/_icc-award-no-4131-ysa-1984-at-131-et-seq-/#head_6 (дата посещения - 03.03.2018). См. также: Wilske S., Shore L., Ahrens J.-M. The "Group of Companies Doctrine" - Where is it Heading? // American Review of International Arbitration. 2006. Vol. 17. P. 73, 75.

<223> См.: Rubins N. Group of Companies Doctrine and the New York Convention // Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice / Ed. by E. Gaillard, D. Di Pietro. CMP Publishing, 2009. P. 459. См. также: Born G. Op. cit. P. 101.

<224> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. P. 1153 - 1178; Born G. International Commercial Arbitration. P. 1169 - 1170.

Следует отметить, что многие ученые, например Б. Анотьо, весьма негативно относятся к доктрине "группы компаний" и считают, что в деле **Dow Chemical** не возникло никакой новой теории, а примененная в нем концепция "намерения" является разновидностью консенсуальных теорий <225>. Другие ученые отмечают, что эта теория крайне редко применяется на практике <226>. Суды таких европейских стран, как Швейцария <227>, Нидерланды, Германия <228>, Великобритания <229> и Швеция <230>, не применяют теорию "группы компаний" при анализе вопроса о распространении арбитражного соглашения на лицо, которое его не подписывало.

<225> Анотьо Б. Согласие на участие в арбитраже: разделяем ли мы общее мнение? // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. N 1. С. 74 - 92.

<226> Park W.W. Non-Signatories and International Arbitration // The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration / Ed. by L.W. Newman, R.D. Hill. 2nd ed. Juris Publishing, Inc., 2008. P. 580 - 581.

<227> См.: Решение Федерального суда Швейцарии от 29.01.1996 // ASA Bulletin. 1996. Vol. 14. P. 496. См. также: Анотьо Б. Указ. соч. С. 74 - 92.

<228> Rubins N. Op. cit. P. 467 - 468. См. также: Анотьо Б. Указ. соч. С. 74 - 92.

<229> **Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd.** [2004] EWHC 121 (Comm): <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2004/121.html> (дата посещения - 03.03.2018). См. также: Park W.W. Op. cit. P. 581 - 582.

<230> Арбитраж в Швеции / Ф. Андерссон, Т. Исакссон, У. Нильссон, М. Юханссон; под ред. Д. Херре. М., 2014. С. 77 - 78.

Проблема применимого права. В доктрине и практике международного арбитража нет единообразного подхода к анализу того, какое право должно применяться при решении вопроса о распространении арбитражного соглашения на не подписавшее его лицо. В зависимости от того, кто (арбитры или суд), в какой стране и при каких обстоятельствах решает этот вопрос, ответ на него может быть разным. Вопрос применимого права может возникать и на этапе установления арбитрами своей компетенции по рассмотрению иска к такому лицу, и на этапе признания и принудительного исполнения арбитражного решения судом (или судами) по месту нахождения ответчика или его имущества, и на этапе рассмотрения заявления об отмене такого арбитражного решения судом по месту его вынесения. Наиболее часто при анализе этого вопросы суды и арбитры применяют: 1) материальное право, регулирующее основной договор; 2) право места проведения арбитражного разбирательства (*lex arbitri*); 3) право страны, где арбитражное решение приводится в исполнение; 4) право, с которым спорное правоотношение имеет наиболее тесную связь <231>. Некоторые ученые также высказываются за применение "транснациональных норм" или "международной практики" при решении вопроса о распространении арбитражного соглашения на лицо, которое его не подписывало. Такие "транснациональные нормы" вытекают из опубликованных арбитражных решений и научных комментариев авторитетных специалистов в области международного арбитража. Сторонники применения "транснациональных норм" международного арбитража считают, что такие нормы позволяют арбитрам более справедливо разрешать споры сторон из разных стран в ситуациях, когда применение формальных норм международного частного права не позволяет достичь, по мнению арбитров, справедливого результата <232>.

<231> Rubins N. Op. cit. P. 470. См. также: Born G. International Arbitration: Law and Practice. P. 104 - 105.

<232> Park W.W. Op. cit. P. 564 - 566. См. также: Rubins N. Op. cit. P. 470.

7.10. Правопреемство по арбитражному соглашению

Существует еще одна возможность распространения действия арбитражного соглашения на лиц, не принимавших непосредственного участия в его заключении. Речь идет о перемене лиц в обязательстве - арбитражном соглашении - на основе **универсального правопреемства** (на основе закона, например наследование, реорганизация юридического лица и др.) либо **сингулярного правопреемства** (исходя из соглашения об уступке права требования (цессии) или при переводе долга). В практике третейских и государственных судов этот вопрос может рассматриваться в связи с проверкой наличия компетенции третейского суда, что является следствием существования действительного арбитражного соглашения.

Данная проблема не регулируется нормативными источниками международного коммерческого арбитража на международном уровне.

До введения нового арбитражного регулирования в России, в том числе затрагивающего вопросы правопреемства по арбитражному соглашению, этот вопрос вызывал значительную поляризованность взглядов. Как отмечают исследователи данного явления, проблема сложная, порождающая различные подходы как в доктрине, так и на практике <233>. Так, О.Ю. Скворцов полагает, что в юридической литературе нет единодушно признаваемой теории о том, каким образом переходят процессуальные права в случае замены лица в материально-правовом обязательстве; в дискуссии, которая ведется по этому вопросу несколько десятилетий, обосновываются диаметрально противоположные точки зрения, вследствие чего констатируется, что этот вопрос остается не до конца выясненным <234>. Вместе с тем, по мнению Б.Р. Карабельникова, в российских государственных судах не было проблем с цессией договора, содержащего арбитражное соглашение <235>.

<233> Подробнее см., например, Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж:

компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988. С. 77; Вершинин А.П. Арбитражное соглашение является обязательным в случае уступки права по основному обязательству, если сторонами обеспечиваются те же условия его защиты, которые существовали к моменту перехода права // Юридическая практика. 1998. N 3. С. 112 - 114; Резниченко И.М. Проблемы правопреемства в третейском суде // Третейский суд. 2002. N 5/6. С. 107; Костин А.А. Перемена лиц в арбитражном соглашении // Третейский суд. 2005. N 1. С. 46 - 49; Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. N 4. С. 29 - 40; Ануров В.Н. Перемена лиц в третейском соглашении // Третейский суд. 2003. N 2. С. 132 - 140; N 3. С. 107 - 118; Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 305 - 319.

<234> Скворцов О.Ю. Арбитраж (третейское разбирательство) в Российской Федерации: Учебник для бакалавриата и магистратуры. М., 2017. С. 143 - 144.

<235> См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 17.06.1997 N 1533/97 // Вестник ВАС РФ. 1997. N 9. С. 66; пункт 15 разд. III Обзора судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц (прил. к письму Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 N 29) // Вестник ВАС РФ. 1998. N 4; Карабельников Б.Р. Арбитражная реформа в России и порожденные ею вопросы // Закон. 2016. N 9. С. 33 - 34.

Исследование возможности либо невозможности перемены лиц в арбитражном соглашении ведется по различным направлениям. Основным, как представляется, считается подход, связанный с правовой природой арбитража (по сути, самого арбитражного соглашения).

Еще в начале XX в. один из основателей отечественной школы третейского разбирательства А.Ф. Волков писал: "Подсудность третейскому суду обычно распространяется не только на договаривающиеся стороны, но и на их общих правопреемников, равно как и на приобретателя требования, и на взявшего на себя долг одной из сторон. При уступке требования цессионарий приобретает также право осуществления этого требования; кроме того, на цессионария переходят все без исключения права cedenta, даже в том случае, когда в цессии это специально указано не было. На цессионария переходят не только все права cedenta по отношению к должнику (**debitor cassus**), возникшие до цессии, но и соглашение о подсудности" <236>.

<236> Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. С. 156.

Перемена лиц в арбитражном соглашении на основе универсального правопреемства не вызывает сомнений у большинства правоведов <237>.

<237> Так, Кай Хобер полагает, что "общепринятое мнение по всему кругу вопросов, начиная с вопроса замены сторон в форме универсального правопреемства (смерть, банкротство, слияние, реорганизация и пр.) и далее, касающихся последствий арбитражного договора для третьих сторон, сводится к тому, что универсальный правопреемник связан положением об арбитраже как остающаяся сторона контракта". См.: Хобер К. Некоторые комментарии относительно арбитражного договора и государственного иммунитета. Лекция, прочитанная на семинаре в Казахстане 11 июня 2002 г. (<http://www.miripravo.ru/publications/arbitrazhny-dogovor-i-gosudarstvenny-immunitet.htm>; дата посещения - 05.03.2018). О.В. Шмелева-Мата рассматривает вопросы универсального правопреемства в свете решений МКАС при ТПП РФ от 16.01.1995 по делу N 207/1992. В данном деле решался вопрос о правопреемстве двух компаний, созданных на базе одной компании, являющейся стороной арбитражного соглашения. Обе компании были признаны надлежащими ответчиками по делу. Исходя из этого был сделан вывод о сохранении третейским соглашением своей силы в отношении правопреемника в случае реорганизации юридического лица. Цит. по: Ануров В.Н. Указ. соч. N 3. С. 113.

В этой связи А.А. Костин отмечает, что "универсальное правопреемство, включая реорганизацию одной из сторон арбитражного соглашения, предусматривающее переход совокупности всех прав и

обязанностей, будь то материальные или процессуальные, влечет за собой переход прав и обязанностей по арбитражному соглашению". Вместе с тем автор полагает, что из данного правила возможны и исключения. Например, статус правопреемника может стать препятствием для реализации "унаследованного" арбитражного соглашения, поскольку может быть утрачен элемент "международности", наличие которого необходимо для передачи спора на разрешение международного коммерческого арбитражного суда, проводимого на территории России <238>.

<238> Костин А.А. Указ. соч. С. 46.

В.Н. Ануров со ссылкой на доверительный характер отношений участников третейского разбирательства, что, на его взгляд, проявляется в возможности выбора стороной арбитра, также приводит ограничительное толкование: "Что же касается такого вида универсального правопреемства, как реорганизация юридического лица... правопреемство в третейском соглашении недопустимо в случае слияния юридических лиц и присоединения юридического лица к другому юридическому лицу, так как здесь появляется третье лицо, не являющееся стороной третейского соглашения. И напротив, при разделении, выделении и преобразовании юридического лица доверительный характер отношений участников третейского разбирательства сохраняется" <239>.

<239> Ануров В.Н. Указ. соч. N 3. С. 113.

Если в отношении универсального правопреемства из арбитражного соглашения есть хоть небольшая, но все же консолидация мнений, то возможность сингулярного правопреемства ранее являлась наиболее дискуссионной проблемой. Здесь также можно услышать совершенно полярные позиции и обоснования. Так, к сторонникам, поддерживающим сингулярное правопреемство при перемене лиц в арбитражном соглашении, относился В.А. Мусин, который рассматривал эту возможность применительно к суброгации в имущественном страховании как наиболее типичном случае сингулярного правопреемства. Отталкиваясь в своих рассуждениях от общего целеполагания, закрепленного в различных нормативных источниках международного коммерческого арбитража, правовед делал вывод о том, что о независимости арбитражной оговорки от других условий основного контракта можно говорить лишь в очень ограниченных пределах - в контексте арбитрабельности спора. При этом арбитрабельность спора (при условии, что арбитражная оговорка сама по себе действительна) не устраняется недействительностью основного контракта. Сам по себе факт, что включенная в материально-правовой контракт арбитражная оговорка касается вопросов не гражданского материального, а гражданского процессуального права, не выводит оговорку из состава контракта. Хорошо известно, что в целом ряде случаев контракты предусматривают права и обязанности сторон в отношении действий, регулируемых юридическими нормами, имеющими не гражданско-правовую, а иную отраслевую принадлежность (например, Инкотермс при заключении контракта международной купли-продажи на условиях DDP предусматривает взаимоотношения продавца и покупателя с таможенными органами, регулируемые нормами административного права). Если продавца заменяет страховщик, действующий в порядке суброгации, то требованию страховщика об оплате покупной цены за товар покупатель может противопоставить все те возражения, которые он мог бы адресовать продавцу, включая возражения, основанные на ненадлежащем исполнении последним обязанностей по таможенному оформлению товаров. Изложенное показывает, что суброгация не исключает перехода к правопреемнику и тех предусмотренных контрактом прав и обязанностей правопреемника, которые связаны с совершением действий, регулируемых не гражданско-правовыми, а иными юридическими нормами. Это, по мнению В.А. Мусина, в полной мере относится и к гражданско-процессуальным условиям, содержащимся в арбитражной оговорке, и позволяет сделать вывод, что нормы ГК РФ, согласно которым в случае сингулярного правопреемства "право первоначального кредитора переходит к новому кредитору в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права" (ст. 384), и, в частности, перешедшее к страховщику в порядке суброгации право требования "осуществляется им с соблюдением правил, регулирующих отношения между страховщиком (выгодоприобретателем) и лицом, ответственным за убытки" (п. 2 ст. 965), **подразумевают условия и правила безотносительно к тому, нормами каких отраслей права они регулируются.** Отсюда явствует, что переход к другому лицу прав (и обязанностей) стороны контракта означает и правопреемство в отношении условий, содержащихся в арбитражной оговорке. Данное утверждение В.А. Мусин подтверждает также возможностью правопреемства

гражданско-процессуальных прав в случаях, предусмотренных ст. 48 АПК РФ. Он также отмечает возможные исключения из данного подхода: например, когда в результате правопреемства сторона контракта перестает удовлетворять общим субъективным критериям арбитрабельности или подведомственности спора <240>.

<240> Мусин В.А. Указ. соч. С. 30, 36 - 39.

Интерес представляет позиция шведского договорного права по этому вопросу, в соответствии с которым арбитражное соглашение, как и любое другое соглашение, является обязательным только для сторон такого соглашения, и эти стороны не могут в своем соглашении налагать обязательства на какие-либо третьи стороны. Вместе с тем в ряде случаев арбитражные соглашения, как и любые другие соглашения, могут налагать обязательства на третьи стороны, например, в силу замены сторон при полном или частичном правопреемстве (**universal or singular succession**) <241>.

<241> Белов А.П. Указ. соч. С. 50 - 51.

А.А. Костин и В.Н. Ануров полагают, что возможности для сингулярного правопреемства из арбитражного соглашения существенно ограничены. А.А. Костин, по сути, отрицая такую возможность, ссылается на ст. 384 ГК РФ, в которой приводится перечень субсидиарных прав, носящих материальный характер; он делает вывод, что если бы замысел законодателя состоял в охвате согласованных первоначальными сторонами способов разрешения споров, в том числе арбитражных соглашений, то таковые были бы включены в данный перечень. Также А.А. Костин акцентирует внимание на автономном характере арбитражного соглашения, представляющем собой совокупность взаимных прав и обязанностей и носящем к тому же большую степень доверительности <242>.

<242> Костин А.А. Указ. соч. С. 49.

В.Н. Ануров в своих рассуждениях делает вывод о недопустимости уступки прав по третейскому соглашению без согласия другой стороны как общем правиле арбитража. Исключением из этого правила признаются случаи отказа сторон арбитражного соглашения от сохранения доверительного характера отношений участников третейского разбирательства и соблюдения принципа добровольности волеизъявления сторон <243>.

<243> Ануров В.Н. Указ. соч. N 3. С. 114.

Наиболее известным случаем, получившим широкую огласку как в России, так и за рубежом, является решение Внешнеторговой арбитражной комиссии по делу Внешнеторгового объединения "Союзнефтеэкспорт" к бермудской фирме "Джок Ойл Лтд.", в котором помимо вопроса об автономности арбитражной оговорки возникал также вопрос о том, может ли последняя сопровождать материальное требование, передаваемое истцом по цессии. В этой связи арбитраж сделал вывод, что арбитражное соглашение **не может быть предметом цессии**. Будучи автономным процессуальным соглашением, оно требует самостоятельного согласования цессионария для того, чтобы подчинить его юрисдикции арбитража <244>. Тем самым арбитраж, делая вывод по делу, исходил из процессуальной концепции правовой природы арбитражного соглашения <245>.

<244> USSR: Foreign Trade Arbitration Commission at the USSR Chamber of Commerce and Industry, 9 July 1980 (**All-Union Foreign Trade Association "Sojuznefteexport" v. Joe Oil Limited**) // Yearbook commercial arbitration. 1993. Vol. XVIII. P. 99 - 100 (Case N 109/1980).

<245> Впоследствии данный вывод был опровергнут Постановлением Президиума ВАС РФ от

17.06.1997 N 1533/97 по делу **Golubov & Tiagai, PLLC v. ОАО "Волгоградский алюминий"**. Президиум ВАС РФ указал, что "предъявление иска в защиту нарушенных прав представляет собой одну из составных частей содержания права требования, перешедшего к новому кредитору. Сохранение ранее установленного сторонами порядка разрешения споров не ущемляет прав цессионария и позволяет обеспечить надлежащую защиту прав должника". См.: СПС "КонсультантПлюс".

В 2009 г. широкий резонанс получил проект Постановления Пленума ВАС РФ "О соотношении правопреемства и арбитражной (третейской) оговорки (соглашения)" <246> (далее - Проект), в обсуждении которого приняли участие ведущие российские специалисты в сфере международного коммерческого арбитража. Несмотря на то что Проект содержал детальное описание возможных ситуаций и условий, когда поддерживалось или не поддерживалось сохранение действия арбитражного соглашения, он подвергся значительной критике <247> и был отклонен. Главное обоснование ВАС РФ выстроил, исходя из толкования юридической судьбы основного договора, охватываемого арбитражным соглашением. По этой причине логика ВАС РФ выстраивалась **исключительно с гражданско-правовых позиций**, т.е. лишь в одной из возможных плоскостей обоснования.

<246> См.: http://arbitr.ru/_upimg/BC2A45B040FAB205431092F529032358_Prez_Sep_17.pdf (дата посещения - 05.03.2018).

<247> См., например: Скворцов О.Ю. Небольшие комментарии к проекту Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации "О соотношении правопреемства и арбитражной (третейской) оговорки (соглашения)" // Третейский суд. 2009. N 5. С. 12 - 15.

Новое арбитражное законодательство России своеобразно решило проблему сингулярного правопреемства по арбитражному соглашению. В ч. 11 ст. 7 Закона о МКА содержится норма, согласно которой "при перемене лица в обязательстве, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, арбитражное соглашение действует в отношении как первоначального, так и нового кредитора, а равно как **первоначального**, так и **нового должника**" (выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**). Не совсем понятно, для чего отечественный законодатель решил сохранить правовую связь с правопреемниками по арбитражному соглашению. По мнению Б.Р. Карабельникова, сохранение в силе арбитражной оговорки в отношении "старых" должника и кредитора бессмысленно: ведь если стороны законно передали свои права новым участникам сделки, то и подавать иски против "старых" должников и кредиторов бесполезно, так как, оставаясь связанными арбитражным соглашением, эти стороны уже никому ничего по сделке в материально-правовом смысле не должны <248>. Возможным вариантом использования на практике рассматриваемой новеллы А.А. Панов считает ситуацию, когда вторая сторона будет оспаривать правомерность уступки требования или перевода долга <249>. Таким образом, несмотря на проарбитражную смысловую направленность ч. 11 ст. 7 Закона о МКА, закрепление конструкции арбитражного соглашения, в которой присутствует "двойственность сторон" в настоящем и ретроспективном аспекте, может породить проблемы в правоприменении. Встает, например, вопрос: охватывается ли спор по уступке требования и перевода долга арбитражным соглашением? Поскольку это сделка не между первоначальными сторонами, то ответ должен быть отрицательным.

<248> Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 34.

<249> Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах. С. 83.

Между тем полагаем, что возможности сингулярного правопреемства базируются на правовой природе арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение, как и любое другое соглашение, основанное на совместном волеизъявлении сторон, должно ими исполняться. Законодательство не предусматривает возможность одностороннего отказа от арбитражного соглашения (оговорки), даже в случае уступки прав или перевода долга по основному договору. Включение арбитражной оговорки в основной контракт делает условие о разрешении спора в порядке арбитража **неразрывной частью самого контракта**. Поэтому новый кредитор или должник по основному договору в случае сингулярного правопреемства должен осознавать, что, участвуя в сделке, берет на себя все правовые риски, как

материально-правовые, так и частно-процессуальные, в том числе связанные с заключением арбитражного соглашения первоначальным кредитором или должником. В противном случае игнорировалось бы право другой стороны, согласовавшей условие о третейском разбирательстве, а также подрывалось бы доверие к институту арбитража, поскольку обеспечивалась бы возможность "правомерного" "торпедирования" арбитражной оговорки.

Теоретически также возможна ситуация правопреемства арбитражного соглашения в отношении возможностей по его "администрированию" со стороны институционального центра арбитража. В доктрине международного коммерческого арбитража присутствуют взгляды на арбитражное соглашение как на многосторонний договор, в котором кроме непосредственно сторон основного контракта участвуют назначенные арбитры <250>, а также центр арбитража, администрирующий его деятельность. В отношении последнего на практике не раз вставали вопросы правопреемства, в том числе имеющие прецедентное значение. Так, Президиум ВАС РФ не признал "автоматического" правопреемства между упраздненным (Третейским судом при РАО "ЕЭС России") и вновь возникшим третейским судом (при Фонде "Право и экономика ТЭК") в силу одностороннего указания учредителя <251>. Среди аргументов теоретического толка в поддержку этой позиции, по всей видимости, может быть выдвинута идея, нашедшая завершённое воплощение в теории автономности арбитражного соглашения. С учетом этого обстоятельства реорганизация третейского суда как следствие реорганизации учредителя сама по себе не влечет передачи на рассмотрение вновь возникшего третейского суда всех тех споров, которые предусмотрены третейскими соглашениями, определяющими в качестве компетентного суда правопреемника <252>. Полагаем, что именно отсутствие правосубъектности арбитража (третейского суда) по действующему и реформированному законодательству <253> позволило исключить даже теоретическую возможность правопреемства между арбитражными институтами в отношении арбитражных соглашений.

<250> В.Н. Ануров полагает, что при переходе арбитража в форму защиты нарушенного права появляется третий участник арбитражного соглашения - третейский судья. См.: Ануров В.Н. Указ. соч. N 3. С. 107.

<251> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 23.06.2009 N 1434/2009 // Третейский суд. 2009. N 4. С. 63 - 66.

<252> Скворцов О.Ю. Некоторые вопросы "преемства" в третейском разбирательстве // Третейский суд. 2009. N 4. С. 53 - 54.

<253> Создание ПДТС в России, разрешающих споры как в сфере внутреннего третейского разбирательства, так и в области международного коммерческого арбитража, определялось Законом о третейских судах. В п. 2 ст. 3 говорилось, что третейские суды создаются юридическими лицами, следовательно, сами ПДТС субъектами права не являются.

Между тем данный тезис полностью опровергнут ч. 6 ст. 52 и п. 20 ст. 2 Закона об арбитраже, открывающими возможности передачи арбитражных соглашений для "администрирования" арбитража от учреждений-правопреемников к учреждениям-правопреемникам, для чего достаточно получить согласие в письменной форме органа юридического лица, при котором учреждение-правопреемник было создано, на выполнение новым ПДАУ функций учреждения-правопреемника в соответствии с арбитражными (третейскими) соглашениями, предусматривавшими рассмотрение споров учреждением-правопреемником.

Глава 8. АРБИТРАЖНАЯ ИНСТИТУЦИЯ <*>

<*> В основу настоящей главы легла статья: Жукова Г. Арбитражные институты: правовой статус, создание, обязательные требования, надзор за деятельностью // Третейский суд. 2016. N 2/3. С. 54 - 75. Опубликована также на английском языке: Zukova G. Arbitration Institutions: Legal Status, Attributes, Regulatory Supervision // International Arbitration Law Review. 2016. Vol. 19. Iss. 4. P. 102 - 112. Для полного и всестороннего обзора анализа функций арбитражных институций см.: Gerbay R. The Functions of Arbitral

Institutions. Kluwer Law International, 2016.

8.1. Общая характеристика арбитражной институции

Арбитражные институции осуществляют функции администрирования дел, рассматриваемых в порядке арбитража. Они являются важными участниками и свидетелями арбитражного процесса вместе со сторонами спора и членами состава арбитров. Важно подчеркнуть, что не институции, а именно состав арбитров решает спор по существу. Роль институции - организация процесса и контроль за соблюдением принципа надлежащего производства и процессуальных прав сторон. Статья 1 (2) Регламента ICC, например, предусматривает, что "суд сам споры не разрешает. Он администрирует процесс разрешения споров составами арбитров в соответствии с Арбитражным регламентом ICC".

Первые арбитражные институции появляются в конце XX в. Предшественница Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration (LCIA)) - Лондонская арбитражная палата (The City of London Chamber of Arbitration) была официально открыта в 1891 г. <1>. Постоянная палата третейского суда (Permanent Court of Arbitration, PCA) была создана в Гааге на основании принятой в 1899 г. в рамках первой Гаагской конференции мира Гаагской конвенции о мирном решении международных столкновений <2>. Однако более активно арбитражные институции начинают создаваться после Первой мировой войны. Так, например, Международный арбитражный суд ICC был создан в 1923 г. после подписания Женевского протокола 1923 г. С этого момента в мире с переменным успехом создавалось множество арбитражных институтов, чаще всего в форме некоммерческих ассоциаций.

<1> Об истории LCIA см. на официальном сайте: <http://www.lcia.org/LCIA/history.aspx> (дата посещения - 05.03.2018).

<2> Об истории PCA см. на официальном сайте: <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/history/> (дата посещения - 05.03.2018).

Невозможно подсчитать, сколько арбитражных институций существует на сегодняшний день. Популяризация арбитража повлекла за собой создание новых арбитражных центров как на национальном, так и на международном уровне. В 2011 г. один автор насчитал 118 таких институций <3>. Он глубоко заблуждался. В одной только Латвии на тот момент существовало порядка двухсот зарегистрированных арбитражных институций <4>. Тем не менее знаменательно, что только 10% из 118 институций, идентифицированных в упомянутом обзоре, существовало до 1940 г., 70% было создано в последние 30 лет, 50% - в последние 20 лет и 20% - в последние 10 лет <5>.

<3> Pendell G. The Rise and Rise of the Arbitration Institution: <http://kluwerarbitrationblog.com/2011/11/30/the-rise-and-rise-of-the-arbitration-institution/> (дата посещения - 05.03.2018).

<4> Ситуация в Латвии во многом отображает ситуацию в ряде многих других стран, включая Россию и страны СНГ. Как писал Ян Полссон, в мире, где существуют арбитражные институты, созданные и финансируемые производителями или государственными органами, даже зарекомендовавшим себя учреждениям становится все труднее добиваться доверия. См.: Paulsson J. Moral Hazard in International Dispute Resolution: Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar. Лекция доступна по ссылке: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf (дата посещения - 05.03.2018).

<5> Pendell G. Op. cit.

Появление все большего числа арбитражных институций привело к усиленной конкуренции на этом рынке услуг. В последние 10 лет международные арбитражные институции все чаще открывают свои офисы и представительства в других странах. Так, Суд ICC в 2008 г. открыл офис в Гонконге, в 2012 г. - в

Нью-Йорке, в 2016 г. - представительство в зоне свободной торговли Шанхая, а в 2017 г. - офис в Сан-Паулу (Бразилия); у LCIA есть офисы в Индии и Мавритании, а также совместный центр DIFC-LCIA в Дубае; у PCA также есть офис в Мавритании.

Конкуренция растет и на национальном уровне. Так, у МКАС при ТПП РФ на март 2018 г. есть отделения в четырех городах России (в Ростове-на-Дону, Иркутске, Уфе, Казани), открытые на базе ранее существовавших постоянно действовавших третейских судов. В декабре 2017 г. на заседании президиума МКАС рекомендованы еще четыре города для открытия отделений <6>. Арбитражный центр при автономной некоммерческой организации "Институт современного арбитража" также открыл Дальневосточное отделение с офисами во Владивостоке и Петропавловске-Камчатском.

<6> 85 лет славной и достойной истории Международного коммерческого арбитражного суда: <http://tpprf.ru/ru/mobile/news/85-let-slavnoy-i-dostoynoy-istorii-mezhdunarodnogo-kommercheskogo-arbitrazhnog-o-suda-i218027/> (дата посещения - 15.03.2018).

В борьбе за рынок и с целью привлечения клиентов арбитражные институции предлагают все новые типы услуг и внедряют новые практики, например институт чрезвычайного арбитра, ускоренную процедуру разбирательства; растет тенденция к рассмотрению споров единоличным арбитром; наблюдается рост назначения женщин в качестве арбитров и применение санкций по отношению к арбитрам (в виде уменьшения гонораров) в случае задержки вынесения арбитражного решения <7>. Вне всякого сомнения, в ближайшие годы рынок арбитражных услуг претерпит важные изменения. Время покажет, отдадут ли "классические" арбитражные институции свои лидирующие позиции новым игрокам.

<7> См. Отчет White & Case, *Arbitral institutions respond to parties' needs*, 2017: <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/arbitral-institutions-respond-to-parties-needs-2017.pdf> (дата посещения - 05.03.2018); Gerbay R. Op. cit. P. 45; Entretien avec Alexis Mourre // *Les Entretiens de la CAIP: 90eme Anniversaire, 1926 - 2016 / Chambre Arbitrale Internationale de Paris*. Paris, 2016. P. 69 - 71; Entretien avec Patricia Peterson // *Ibid.* P. 109 - 111; Entretien avec Herve Delannoy // *Ibid.* P. 113 - 115; Entretien avec Denis Musson // *Ibid.* P. 117 - 118.

В настоящее время большинство арбитражей в мире являются институциональными, хотя точной статистики нет. Согласно исследованиям, проведенным в последнее десятилетие, подавляющее большинство пользователей международного арбитража как метода разрешения международных коммерческих споров предпочитают институциональный арбитраж арбитражу **ad hoc**. Так, 76% респондентов в 2006 г. и 79% респондентов в 2015 г. в международных опросах Лондонского университета королевы Марии предпочли институциональный арбитраж <8>. Согласно опросу этого же университета в 2008 г. 86% арбитражных решений было вынесено под эгидой арбитражных институтов <9>. Исследование 2014 г. в сфере международного коммерческого арбитража в СНГ показывает, что "примерное количество связанных с СНГ дел (включая дела с участием компаний из офшорных юрисдикций) в институциональных арбитражах - около 500 - 600 дел в год в "региональных" арбитражах СНГ (прежде всего, МКАС при ТПП РФ и МКАС при ТПП Украины) и около 130 - 200 дел в год в иных институциональных арбитражах. Что касается арбитражей **ad hoc**, то их доля составляет около 5 - 7% от общего числа связанных с СНГ арбитражных разбирательств, т.е. порядка 30 - 40 дел в год" <10>.

<8> *International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006 / Queen Mary University of London; PricewaterhouseCoopers LLP*. P. 12: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123295.pdf> (дата посещения - 05.03.2018); *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration / Queen Mary University of London*. P. 17: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf> (дата посещения - 05.03.2018).

<9> *International arbitration: Corporate attitudes*. P. 15. См. также: Born G. *International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 151.

<10> Лучшие практики в сфере МКА в СНГ: Исследование // Legal Insight. 2014. N 1. С. 11.

Как же объяснить тот факт, что стороны спора и их представители отдают предпочтение институциональному арбитражу? Его главное преимущество в том, что в отличие от арбитража **ad hoc** он регламентируется при помощи арбитражных правил и минимизирует риск процессуальных эксцессов, разрешение которых не предусмотрено сторонами в арбитражном соглашении.

Уже в конце 1990-х гг. Э. Гайяр и Д. Саваж, рассуждая об "институционализации" международного коммерческого арбитража, писали:

"53. В международной практике наблюдается тенденция, которая в некоторой степени противоречит принципу главенства воли сторон. Все более редко непосредственно стороны выбирают своих арбитров и организуют арбитражное разбирательство. Вместо этого создаются постоянные арбитражные институты, которые теперь обслуживают подавляющее большинство международных арбитражных процессов. Присутствие института и применение его процессуальных правил повышает эффективность процесса, но также приводит к соответствующему сокращению роли сторон в выборе арбитров и ведении разбирательства. Такие преимущества арбитража **ad hoc**, как уверенность сторон в арбитражах, выбранных ими непосредственно, и гибкость процедуры, иногда теряются в институциональном арбитраже. С другой стороны, в институциональном арбитраже существует риск административных проволочек и приближения арбитражного процесса к судебному разбирательству в государственных судах, хоть и в частном порядке.

<...>

57. Таким образом, наличие институтов в арбитражных разбирательствах, особенно формирование состава арбитров и отвод арбитров, повышает эффективность процесса и одновременно создает ряд проблем, связанных с неопределенностью характера участия институтов в процессе" <11> (перевод наш. - **Прим. авт. главы**).

<11> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 32.

В России Закон об арбитраже явно более благосклонен к институциональной форме арбитража, нежели к арбитражу **ad hoc**. Так, в арбитраже **ad hoc**, в отличие от институционального арбитража, не могут рассматриваться корпоративные споры; арбитражный трибунал **ad hoc** не имеет возможности обратиться к государственному суду за содействием в получении доказательств; не допускается заключение сторонами соглашений; предусматривающих окончательный характер решений арбитражного трибунала **ad hoc**.

Арбитражные институты можно схематично разделить на несколько категорий в зависимости от основания классификации:

1. По характеру института: международные институты (например, ICC, LCIA, SCC, МКАС при ТПП РФ и т.д.) и институты местного характера.

2. По характеру рассматриваемых споров: институты общего назначения (которых большинство), администрирующие любые споры, и специализированные институты, администрирующие споры с определенным объектом, например:

- Спортивный арбитражный суд в Лозанне (The Court of Arbitration for Sport (CAS));

- Центр Всемирной организации интеллектуальной собственности по арбитражу и посредничеству (WIPO Arbitration and Mediation Center);

- Международный арбитраж по финансовым спорам (The Panel of Recognized International Market Experts in Finance (PRIME Finance));

- Лондонская ассоциация морских арбитров (The London Maritime Arbitrators Association (LMAA));

- Морская арбитражная комиссия (МАК) при ТПП РФ;

- Отделение по разрешению споров в атомной области Арбитражного центра при автономной некоммерческой организации "Институт современного арбитража".

Понятие арбитражной институции. Законодательные акты в сфере арбитража, как правило, не дают определения понятия "арбитражная институция". В данной главе понятие "арбитражная институция" (или "арбитражный институт") используется как общий термин, принятый в международной практике и включающий в себя любые наименования организаций данного типа. Так, например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ говорит о "постоянном арбитражном учреждении". В России Закон об арбитраже использует термин "постоянно действующее арбитражное учреждение". В Англии Закон "Об арбитраже" 1996 г. говорит об "арбитражных институциях".

На практике арбитражные институции называются и судами, и центрами, и комиссиями <12>, что не влияет на сущность их деятельности. Сравните:

<12> См.: Lalive P. **Problèmes Relatifs à l'Arbitrage International Commercial** // Recueil des cours donnes à l'Académie de droit international de la Hague. 1967. Vol. 2. P. 664.

- "суд": Международный арбитражный **суд** ICC, Постоянный третейский **суд** (Permanent Court of Arbitration (PCA)), Международный коммерческий арбитражный **суд** (МКАС) при ТПП РФ;

- "институт": Арбитражный **институт** Торговой палаты г. Стокгольма (SCC), Арбитражный **институт** Торговых палат Швейцарии (Swiss Chambers' Arbitration Institution);

- "институция": Немецкая арбитражная **институция** (DIS);

- "центр": Бельгийский **центр** арбитража и медиации (СЕРАНИ), Международный арбитражный **центр** Дубая (DIAC);

- "ассоциация": Американская арбитражная **ассоциация** (AAA), **Ассоциация** участников по содействию в развитии третейского разбирательства, или Российская арбитражная ассоциация (РАА);

- "комиссия": Китайская международная экономическая и торговая арбитражная **комиссия** (СІЕТАС); Морская арбитражная **комиссия** (МАК) при ТПП РФ;

- "совет": Арбитражный **совет** Индии (The Indian Council of Arbitration (ICA)).

Вследствие возросшей популярности институционального арбитража уже в 1985 г. ряд арбитражных институций образовали Международную федерацию коммерческих арбитражных институтов (МФКАИ) (International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI)). Целями Федерации являются установление и поддержка постоянных отношений между коммерческими арбитражными институциями, поощрение широкого обмена информацией о всех аспектах арбитражного разбирательства и дружественного примирения сторон, поощрение ответственного использования этих методов урегулирования споров и содействие обмену информацией об услугах, предлагаемых участниками Федерации <13>. В 2016 г. Федерация насчитывала 58 членов. Все ведущие арбитражные институции, такие как ICC, LCIA, AAA/ICDR, PCA, SCC, Swiss Chambers' Arbitration Institution, VIAC, SICC, HKIC, WIPO, DIS, а также МКАС и МАК при ТПП РФ, являются членами МФКАИ. Интересно отметить, что участие арбитражной институции в МФКАИ иногда рассматривается как дополнительный плюс в пользу ее выбора сторонами при разработке арбитражной оговорки <14>.

<13> См.: <http://www.ifcai-arbitration.org/about-ifcai/#> (дата посещения - 05.03.2018).

<14> Pendell G. Op. cit.

Подобного рода ассоциации создаются не только на международном, но и на национальном уровне. Так, во Франции по инициативе Французской ассоциации арбитража 15 арбитражных институтов объединились по эгидой Федерации арбитражных центров (*Fédération des centres d'arbitrage*) <15> в целях продвижения институционального арбитража и усиления его значения в разрешении споров. Федерация даже приняла Этическую хартию, которая применяется ко всем участникам арбитражных процессов, администрируемых той или иной институцией, входящей в ее состав.

<15> Официальный сайт Федерации арбитражных центров: <http://www.fca-arbitrage.com/> (дата посещения - 05.03.2018). Более подробно об институциях, входящих в состав Федерации, см.: *L'arbitrage institutionnel en France / Sous la direction de B. Moreau. Paris, 2016.*

Большинство национальных законов об арбитраже вообще не упоминают арбитражные институции. В России же регулирование порядка образования и деятельности арбитражных институций является центральным элементом сферы применения нового Закона об арбитраже 2015 г. Так, п. 1 ст. 1 гласит: "Настоящий Федеральный закон регулирует порядок образования и деятельности третейских судов и постоянно действующих арбитражных учреждений на территории Российской Федерации, а также арбитраж (третейское разбирательство)".

Закон об арбитраже предлагает следующие основные понятия (ст. 2): "...3) администрирование арбитража - выполнение постоянно действующим арбитражным учреждением функций по организационному обеспечению арбитража, в том числе по обеспечению процедур выбора, назначения или отвода арбитров, ведению делопроизводства, организации сбора и распределения арбитражных сборов, за исключением непосредственно функций третейского суда по разрешению спора;

<...>

5) иностранное арбитражное учреждение - организация, созданная за пределами Российской Федерации и выполняющая на постоянной основе функции по администрированию арбитража вне зависимости от того, является ли она юридическим лицом или действует без образования самостоятельного юридического лица;

<...>

9) постоянно действующее арбитражное учреждение - подразделение некоммерческой организации, выполняющее на постоянной основе функции по администрированию арбитража".

Понятие институционального арбитража. Понятие арбитражной институции неразрывно связано с понятием институционального арбитража. Гари Борн дает следующее определение: "Международный арбитраж может быть "институциональным" или арбитражем **"ad hoc"**. Между этими двумя понятиями существуют серьезные различия. Институциональные арбитражные разбирательства проводятся в соответствии с арбитражным регламентом конкретного арбитражного института, почти всегда контролируются административным органом института, отвечающим, помимо прочего, за формирование состава арбитража и установление гонораров арбитров. С другой стороны, арбитражные разбирательства **ad hoc** проводятся без участия назначающего и административного органа и (обычно) существующего арбитражного регламента на основании арбитражного соглашения сторон и применимого национального арбитражного законодательства" <16> (перевод наш. - **Прим. авт. главы**).

<16> Born G. Op. cit. P. 168. Подробнее об институциональном арбитраже см.: Gerbay R. Op. cit. P. 5 - 28.

Существует другое определение: "Арбитраж является институциональным, когда споры рассматриваются в рамках арбитражного разбирательства, проводимого под эгидой арбитражного института. Роль арбитражного института заключается в предоставлении арбитражных услуг, а также в содействии в ведении арбитражного разбирательства" <17> (перевод наш. - **Прим. авт. главы**).

<17> International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners / Ed. by. E. Geisinger, N. Voser. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, 2013. P. 18. См. также: Lew J.M., Mistelis L.A., Kroll S.M. Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 32.

Как следует из этих дефиниций, институциональный арбитраж должен соответствовать следующим требованиям:

- 1) наличию постоянно действующей арбитражной институции;
- 2) наличию арбитражного регламента;
- 3) наличию согласия сторон на осуществление арбитражной институцией определенных функций и на принятие ею определенного рода решений <18>.

<18> Gerbay R. Op. cit. P. 17.

Важно отметить, что арбитраж не является институциональным, если арбитражная институция выступает лишь в роли компетентного (и/или назначающего) органа. Согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (ст. 6 (1)) стороны вправе договориться о наименовании учреждения или лица, включая генерального секретаря ППТС в Гааге, которое могло бы выступать в качестве компетентного органа. С 1 января 2018 г. вступил в силу новый Регламент ICC о выполнении функции компетентного органа в арбитраже по Регламенту ЮНСИТРАЛ или ином арбитражном производстве (Rules of ICC as Appointing Authority in UNCITRAL or other Arbitration Proceedings), который заменил Регламент ICC 2004 г. о выполнении функции компетентного органа в арбитраже по Регламенту ЮНСИТРАЛ или арбитраже **ad hoc** (Rules of ICC as Appointing Authority in UNCITRAL or other **ad hoc** Arbitration Proceedings). Исполнение роли компетентного органа согласно ст. 6 (1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, как и по отдельному от арбитражного регламента своду правил той или иной институции, не квалифицирует арбитражное производство как производство по арбитражному регламенту этой институции.

Тем не менее арбитраж все же может квалифицироваться как институциональный, если он **администрируется** арбитражной институцией согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ <19>. Так, например, подобные услуги предлагают LCIA, DIS, PCA, SCC (согласно процедуре Торговой палаты Стокгольма по администрированию дел согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ 2010 (и 1976) г.), SIAC (согласно Практической заметке о делах ЮНСИТРАЛ), МКАС при ТПП РФ <20> и другие институты. В основе Арбитражного регламента CRCICA (Каирского арбитражного центра) лежит Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ с небольшими изменениями, направленными на пояснение и определение роли Центра как арбитражной институции и назначающего органа <21>.

<19> Ibid. P. 12 - 13.

<20> Правила по оказанию МКАС при ТПП РФ отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образуемым сторонами для разрешения конкретного спора (арбитраж **ad hoc**), доступны по ссылке: <http://mkas.tpprf.ru/ru/docu.php> (дата посещения - 05.03.2018).

<21> См. сайт CRCICA: [http://crcica.org/\(X\(1\)S\(3pxuekyenzi5bpd2d41ml5fz\)\)/Arbitration.aspx](http://crcica.org/(X(1)S(3pxuekyenzi5bpd2d41ml5fz))/Arbitration.aspx) (дата посещения - 05.03.2018).

8.2. Правовое положение арбитражного института

Вопросы правового статуса арбитражного института, а также того, вправе ли он осуществлять деятельность по разрешению споров, как правило, не имеют отношения к делу, но являются интересными, а в определенных ситуациях могут стать даже ключевыми.

Только ограниченное количество юрисдикций регулирует вопросы правового статуса арбитражного института посредством закона. Такие требования, как правило, относятся к внутренним (национальным) арбитражным институтам и не касаются международного арбитража или делают это в ограниченном объеме.

Помимо предписаний закона деятельность арбитражных институций обычно регламентируется положениями уставов и учредительных договоров организаций, при которых они созданы, а также арбитражными регламентами.

Российский опыт

По общему правилу постоянно действующие арбитражные учреждения действуют на основании акта Правительства РФ, выданного некоммерческой организации, при которой они созданы, и подтверждающего их право на осуществление функций администрирования арбитражных разбирательств (подробнее о создании арбитражных институтов см. пар. 8.3 настоящего учебника).

Наиболее известными институтами международного арбитража в России являются МКАС и МАК при ТПП РФ, правовой статус которых определен положениями, содержащимися в приложениях к Закону о МКА. Эти институты в виде исключения законодательно освобождены от получения "правительственного разрешения".

В России на начало 2018 г. право на администрирование арбитража, в том числе международных коммерческих споров, получили Арбитражный центр при РСПП и Арбитражный центр при автономной некоммерческой организации "Институт современного арбитража".

Зарубежный опыт

Как правило, законы страны места регистрации ведущих иностранных арбитражных институтов не содержат предписаний в отношении их правового статуса. Аналогично Типовой закон ЮНСИТРАЛ не устанавливает каких-либо требований в отношении правового статуса или обязательных элементов арбитражных институций. Так, например, Международный арбитражный суд как следует из его названия, относится к Международной торговой палате, которая является некоммерческой организацией со штаб-квартирой в Париже. Согласно ст. 1 (1) Арбитражного регламента ICC и ст. 1 (2) Устава Международного арбитражного суда ICC, являющегося Приложением 1 к Арбитражному регламенту ICC, Международный арбитражный суд ICC - самостоятельное учреждение, которое функционирует независимо от Международной торговой палаты и ее членов.

LCIA - частная некоммерческая компания, созданная по английскому праву, ограниченная рамками определенных гарантий. LCIA полностью независим от трех учредивших его организаций: Лондонской торгово-промышленной палаты, Корпорации лондонского Сити и Института арбитров (впоследствии - Королевский институт арбитров Великобритании (The Chartered Institute of Arbitrators (CIArb))).

DIS - это зарегистрированная по праву Германии ассоциация (Eingetragener Verein) <22>, которая согласно своему Уставу Секция 1 (3)) "единолично и непосредственно занимается достижением некоммерческих ("**gemeinnützige**") целей в смысле главы "Цели, не подлежащие налогообложению" Налогового кодекса Германии. Ассоциация ориентирована на достижение некоммерческих целей; она не ставит приоритетом достижение собственных коммерческих целей".

<22> Официальный сайт DIS: <http://www.dis-arb.de/en/57/content/ueber-die-dis-id46> (дата посещения - 05.03.2018).

Международный арбитражный центр Гонконга (HKIAC) является некоммерческой компанией, зарегистрированной в Гонконге в соответствии с гонконгским Законом "О компаниях". HKIAC также ограничен рамками определенных гарантий <23>. Международный арбитражный центр Сингапура (SIAC) равным образом представляет собой некоммерческую организацию <24>.

<23> Официальный сайт HKIAC: <http://www.hkiac.org/about-us> (дата посещения - 05.03.2018).

<24> Официальный сайт SIAC: <http://siac.org.sg/2014-11-03-13-33-43/about-us> (дата посещения - 05.03.2018).

Украинский Закон "О третейских судах" 2004 г., регулирующий только внутренние арбитражные разбирательства <25>, оговаривает, что ни постоянно действующие арбитражные суды, ни суды **ad hoc** не обладают статусом юридического лица. Как и в России, деятельность Международного коммерческого арбитражного суда и Морской арбитражной комиссии при ТПП Украины, которые являются ведущими арбитражными центрами Украины, регулируется отдельными Положениями, являющимися приложениями к Закону Украины "О международном коммерческом арбитраже" 1994 г. <26>.

<25> Закон Украины от 11.05.2004 N 1701-IV "О третейских судах". Перевод ст. 1 "Сфера применения этого Закона" на рус. яз.: http://arb.ucci.org.ua/legalbase/zak_tret_sud2004r.pdf (дата посещения - 05.03.2018).

<26> Закон Украины от 24.02.1994 "О международном коммерческом арбитраже" с приложениями 1 и 2: http://www.lawyersukraine.com/sites/default/files/04_Law_Ukraine.pdf (дата посещения - 05.03.2018).

В Гондурасе Закон оговаривает, что постоянные арбитражные центры входят в головную организацию и не имеют самостоятельного статуса юридического лица <27>.

<27> Закон Гондураса от 29.12.2000 N 161-2000 "О консилиации и арбитраже".

В Перу арбитражные институты должны иметь статус юридического лица, при этом они могут быть и коммерческими, и некоммерческими организациями <28>.

<28> Закон Перу от 28.06.2008 N 1071 "О нормах арбитража".

В Уганде арбитражный Закон предусматривает создание Центра арбитража и разрешения споров. Как следует из Закона, данный центр является "постоянно действующим юридическим лицом, имеет печать и может самостоятельно быть истцом и ответчиком в суде, осуществлять денежные заимствования, приобретать и распоряжаться имуществом и осуществлять любую иную деятельность юридического лица" <29>.

<29> Закон Уганды от 19.05.2000 "Об арбитраже и консилиации".

8.3. Создание арбитражного института

8.3.1. Субъекты создания арбитражных институтов

В случае, когда государство решает регулировать вопрос о наделении лиц правоспособностью создавать постоянные арбитражные учреждения, это, как правило, проявляется либо в установлении определенного перечня (с разной степенью детализации) организаций, уполномоченных на создание арбитражных учреждений, либо, в дополнение к такому перечню, в установлении зеркального запрета. За исключением Казахстана и Никарагуа, которые в этом смысле выбиваются из общей картины, право создавать арбитражные институты обычно закрепляется за юридическими лицами. При этом следует отметить, что если в одних юрисдикциях учредителем может быть только некоммерческая и/или неправительственная организация или ассоциация членов, преследующих аналогичные цели, то в других

им может являться частная компания или общественное учреждение, включая министерства и университеты.

Российский опыт

В России ПДАУ могут создаваться только некоммерческими организациями при условии получения ими такого права на основании акта Правительства РФ (п. п. 1, 4 ст. 44 Закона об арбитраже). В развитие этого положения Закон запрещает создание ПДАУ органами государственной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными учреждениями, государственными компаниями, политическими партиями и религиозными организациями, а также адвокатскими образованиями и адвокатскими палатами субъектов РФ и Федеральной палатой адвокатов РФ, нотариальными палатами и Федеральной нотариальной палатой (п. 2 ст. 44 Закона об арбитраже).

В отличие от других юрисдикций Закон об арбитраже содержит требование, согласно которому конфликт интересов должен отсутствовать не только в отношении арбитров, но и в отношении самого арбитражного учреждения. Наличие конфликта презюмируется в случаях, когда сторона спора одновременно является:

1) некоммерческой организацией, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение;

2) учредителем (участником) некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение (за исключением некоммерческих организаций с числом участников более ста), или лицом, фактически определяющим действия некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение <30>;

<30> Напомним, что до вступления в силу Закона об арбитраже Конституционный Суд имел возможность высказаться в защиту так называемых "карманных" судов, отмечая, что положения закона "не предполагают отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда на том лишь основании, что сторона, в пользу которой оно принято, является одним из учредителей автономной некоммерческой организации, при которой создан данный третейский суд". Эта позиция также была поддержана Верховным Судом (Определение ВС РФ от 24.02.2015 по делу N 304-ЭС14-495, А67-1587/2014 // СПС "КонсультантПлюс"). Новый Закон поставил точку в дискуссии о возможности наличия конфликта интересов при создании и осуществлении деятельности арбитражных институтов.

3) лицом, к компетенции которого относится решение вопросов, связанных с назначением, отводом или прекращением полномочий арбитров, или его близким родственником, а также организацией, в которой данное лицо имеет право прямо или косвенно распоряжаться более чем 50% голосов в высшем органе этой организации либо право назначать (избирать) единоличный исполнительный орган и (или) более 50% состава коллегиального органа этой организации (ст. 46 Закона об арбитраже).

Иностранные институты также имеют право администрировать арбитражи на территории России при условии получения ими права на осуществление функций ПДАУ. При этом решения, принятые под эгидой иностранного арбитражного института в отсутствие такого права, рассматриваются как арбитражные решения, принятые арбитражным трибуналом **ad hoc**. Иностранный арбитражный институт может получить такой статус только при наличии "широко признанной международной репутации" (п. 12 ст. 44 Закона об арбитраже). Согласно Отчету о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства на март 2018 г. ни один иностранный центр не был зарегистрирован в качестве ПДАУ.

Зарубежный опыт

Украинский Закон "О третейских судах" допускает создание в стране ПДТС на базе следующих организаций: всеукраинских некоммерческих и общественных организаций, всеукраинских организаций работодателей, товарных и фондовых бирж и саморегулируемых организаций профессиональных участников рынка ценных бумаг, торгово-промышленных палат, всеукраинских ассоциаций кредитных

союзов, Центрального объединения потребительских союзов Украины, бизнес-ассоциаций, в том числе банков. Такого права лишены правительственные агентства и муниципальные власти.

В Казахстане Закон "Об арбитраже" 2016 г. <31> закрепляет право создания арбитражных институтов как за юридическими, так и за физическими лицами. При этом арбитражные суды не могут быть образованы государственными органами, государственными предприятиями, а также субъектами естественных монополий и субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке товаров и услуг, юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, их дочерними и зависимыми организациями, а также банками второго уровня и организациями, осуществляющими отдельные виды банковских операций. Государственные органы и иные организации не вправе вмешиваться в деятельность арбитражных институтов, за исключением случаев, прямо предусмотренных Законом.

<31> Закон Республики Казахстан от 08.04.2016 N 488-V "Об арбитраже" (с изм. от 27.02.2017), вступил в силу 20.04.2016.

Закон Латвии "Об арбитраже", вступивший в силу 1 января 2015 г. <32>, устанавливает, что создавать постоянные арбитражные суды вправе зарегистрированные в Регистре предприятий ассоциации, которые по уставу могут заниматься администрированием арбитражных разбирательств. Схожее правило действует и в Мозамбике, где арбитражные институты могут быть созданы юридическими лицами, если их учредительные документы предусматривают арбитраж, согласительные процедуры и медиацию в качестве одной из целей деятельности <33>.

<32> Закон Латвии от 11.09.2014 "Об арбитраже".

<33> Закон Мозамбика от 08.07.1999 N 11/99 "Об арбитраже, консилиации и медиации".

Примечательно, что проект латвийского Закона предусматривал следующие требования для ассоциаций, желающих создать постоянный арбитражный суд: 1) минимальное количество членов - не менее десяти юридических лиц; 2) минимальный совокупный годовой оборот в размере не менее примерно 71 млн евро; 3) регистрация в Регистре предприятий в течение не менее трех лет до подачи прошения о создании постоянного арбитражного суда. Финальный текст Закона, однако, не включил данные положения. Вместо этого, как и ранее действовавшая норма, новый Закон закрепил, что администрирование ("организация") арбитражных разбирательств и разрешение споров посредством арбитража не являются коммерческой деятельностью.

В Чехии постоянные арбитражные институты могут быть созданы на основании закона или в случаях, когда закон прямо предусматривает создание арбитражного суда <34>. Тот факт, что в стране действует всего несколько постоянных арбитражных судов, может в значительной степени объясняться указанным ограничением.

<34> Закон Чехии от 30.11.1994 N 216/1994 "Об арбитражном производстве и приведении в исполнение арбитражных решений".

Недавние изменения к Закону Словакии "Об арбитраже" <35>, вступившие в силу 1 января 2015 г., предусматривают, что только коммерческие организации, членами которых являются юридические лица, а также общественные объединения, национальные спортивные ассоциации, Олимпийский комитет Словакии и торговые палаты вправе выступать в качестве "лица, учреждающего постоянный арбитражный суд" в этой стране. Следует отметить, что в определенных специальных случаях создание постоянного арбитражного института является не только правом, но и обязанностью юридического лица, при этом расходы относятся на его счет.

<35> Закон Словакии от 03.04.2002 N 244/2002 "Об арбитраже".

В Китае арбитражные комиссии могут быть образованы в провинциях, находящихся в подчинении Центральному правительству, а также в городах автономных районов и округов, где учреждены местные народные правительства. Арбитражные комиссии могут быть также созданы в других городах, в которых существует разделение на районы, если есть такая необходимость. В любом случае народное правительство в конкретном городе должно обеспечить, чтобы соответствующие департаменты и торговые палаты создавали арбитражные комиссии по единой модели. Закон также устанавливает, что арбитражные комиссии действуют независимо от административных органов, при этом отношения подчиненности комиссий с административными органами, а равно между собой не допускаются. Согласно китайскому Закону "Об арбитраже" указание выбранной сторонами арбитражной комиссии является обязательным требованием к арбитражному соглашению. На практике данный Закон интерпретируется таким образом, что только арбитражные комиссии в Китае имеют право на рассмотрение споров с участием китайских сторон, иными словами, иностранные арбитражные центры такого права не имеют <36>.

<36> Закон КНР от 31.08.1994 N 31 "Об арбитраже", вступил в силу 01.11.1995.

В Колумбии государственные и частные некоммерческие организации вправе создавать арбитражные центры при условии получения разрешения от Министерства юстиции. Для получения такого разрешения заинтересованные организации должны представить подготовленное по утвержденной методике своего рода технико-экономическое обоснование, подкрепленное доказательствами достаточных организационных и финансовых ресурсов <37>.

<37> Закон Колумбии от 12.07.2012 N 15639.

В Коста-Рике арбитражные институты должны быть составной частью или принадлежать самостоятельному юридическому лицу, которое несет ответственность за их деятельность и ее соответствие применимому национальному праву <38>.

<38> Указ Коста-Рики от 03.07.1998 N 27166-X.

В Эквадоре, Гондурасе и Венесуэле право создания арбитражных центров закреплено за ассоциациями. В Эквадоре это торговые палаты, ассоциации, гильдии, фонды и некоммерческие организации, зарегистрированные в Федерации торговых палат Эквадора <39>; в Гондурасе - торговые палаты, профессиональные ассоциации, ассоциации бизнеса и высшие учебные заведения <40>; в Венесуэле арбитражные центры могут быть созданы торговыми палатами и другими торговыми и международными объединениями и организациями, чьи уставные цели предусматривают развитие альтернативных методов разрешения споров, а также университетами, колледжами и другими ассоциациями и организациями <41>.

<39> Закон Эквадора от 17.12.2006 N 2006-014 "Об арбитраже и медиации".

<40> Закон Гондураса от 29.12.2000 N 161-2000 "О консилиации и арбитраже".

<41> Закон Венесуэлы от 07.04.1998 N 36-430 "О коммерческом арбитраже".

В Никарагуа право создания центров медиации и арбитража принадлежит как юридическим, так и физическим лицам при условии, что такие физические лица удовлетворяют определенным требованиям и прошли аккредитацию отдела альтернативного разрешения споров Верховного Суда <42>.

<42> Закон Никарагуа от 25.05.2005 N 540 "О медиации и арбитраже".

Как отмечалось ранее, в Перу арбитражные институты могут быть и коммерческими, и некоммерческими организациями. Государственные учреждения также вправе создавать арбитражные центры при условии, что такие центры прошли регистрацию в Министерстве юстиции <43>. Так, например, при Министерстве юстиции действует собственный арбитражный центр.

<43> Закон Перу от 28.06.2008 N 1071 "О нормах арбитража".

В Замбии профессиональный орган или организация, регулирующие практику той или иной профессии и зарегистрированные в Замбии или за ее пределами, могут обратиться в Министерство юстиции с просьбой о признании их арбитражным учреждением <44>.

<44> Закон Замбии 2000 г. N 19 "Об арбитраже".

В заключение отметим, что в Сирии Закон лишь устанавливает возможность создания постоянных арбитражных институтов без какой-либо конкретизации в части требований к создающим их лицам <45>.

<45> Закон Сирии от 17.03.2008 "Об арбитраже".

8.3.2. Требования к арбитражным институтам

Природа провайдеров услуг арбитражных учреждений обуславливает присущие им элементы (атрибуты), такие как особое наименование, контактные данные, штат сотрудников, уставные документы, арбитражный регламент и пр. В некоторых юрисдикциях считается важным нормативно регулировать (в большей или меньшей степени) требования к указанным элементам.

Требования к регламенту арбитражных институтов. Арбитражный регламент устанавливает правила и порядок администрирования арбитражного делопроизводства. Выбирая арбитражный институт, стороны также принимают и его регламент, который обладает по отношению к ним, к арбитрам и самому институту обязательной силой.

Хоть регламенты основных арбитражных институтов и схожи, но спектр услуг, предлагаемых арбитражными центрами, а также возможность отступления от регламента или модификации его положений варьируются от института к институту. При выборе арбитражного института принципиально важно обратить внимание на практику применения институтом своего регламента.

Классическая структура арбитражного регламента включает общие положения об арбитражном центре, правила о возбуждении производства (требования к иску и ответу на иск), положения о составе арбитров, об арбитражном разбирательстве и арбитражном решении, а также положения о расходах.

Российский опыт

Новый Закон об арбитраже содержит не менее одиннадцати детальных положений, обязательных к указанию в регламенте ПДАУ, в том числе:

- 1) указание на Закон об арбитраже как на правовое основание осуществления деятельности ПДАУ;
- 2) виды споров, которые оно администрирует;
- 3) квалификационные и иные требования к арбитрам;

4) организационную структуру ПДАУ, порядок формирования, полномочия и функции каждого из его органов, полномочия и функции его уполномоченных лиц, принимающих участие в процессе администрирования арбитража;

5) конкретные функции ПДАУ в связи с администрированием арбитража, включая содействие в формировании состава третейского суда, рассмотрение отводов, организацию обмена корреспонденцией и состязательными документами, ведение делопроизводства и хранение материалов дела, прием денежных средств на покрытие расходов, связанных с администрированием арбитража, выплатой гонораров арбитрам, и иных расходов;

6) порядок ведения арбитража;

7) указание на то, решение каких вопросов в рамках процедуры разрешения споров входит в компетенцию третейского суда, а каких - в компетенцию ПДАУ;

8) применимые правила о беспристрастности и независимости арбитров, устанавливающие также требования к обеспечению беспристрастности и независимости арбитров (в том числе путем отсылки);

9) фиксированный размер любых видов арбитражных сборов, в том числе гонорарных сборов, или правила их определения;

10) состав и порядок распределения арбитражных расходов;

11) порядок применения правил учреждения-правопреемника по отношению к заключенным ранее арбитражным соглашениям и начатому ранее арбитражу (если ПДАУ является учреждением-правопреемником) (ст. 45).

Примечательно, что арбитражные учреждения могут иметь "более чем один" регламент, например для внутреннего и международного арбитража, ускоренной процедуры, определенной категории споров (корпоративных споров и пр.). Так, например, МКАС при ТПП РФ предлагает арбитраж по следующим регламентам: Правила арбитража МКАС, Правила арбитража внутренних споров, Правила арбитража корпоративных споров, Правила арбитража спортивных споров, а также Правила по оказанию МКАС при ТПП РФ отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образуемым сторонами для разрешения конкретного спора.

Зарубежный опыт

Законы ведущих юрисдикций для проведения международных арбитражных процессов, как правило, не содержат требований к регламентам арбитражных институций.

Однако рост популярности арбитража как способа разрешения споров привел к тому, что арбитражные институции предлагают все новые виды услуг и в определенной степени все более пристально контролируют деятельность составов арбитров и выбор сторон, поэтому со временем арбитражные регламенты стали все длиннее и длиннее. Так, если в 1927 г. Арбитражный регламент ICC включал 27 статей, то 90 лет спустя, в 2017 г., - уже 42 статьи и 6 приложений. Регламент LCIA состоял из 26 статей в 1985 г., в 2014 г. их стало 32 <46>.

<46> См.: Gerbay R. Op. cit. P. 46 - 47.

Кроме того, как указывалось, обычным явлением становится наличие у арбитражных институций не одного, а нескольких арбитражных регламентов (не считая регламента для администрирования споров **ad hoc**). Так, например, DIS предлагает арбитраж по следующим регламентам: Арбитражный регламент, Дополнительные правила для ускоренной процедуры рассмотрения споров, Дополнительные правила для корпоративных споров, Арбитражный регламент для споров в сфере спорта.

В Колумбии регламент арбитражного центра подлежит одобрению Министерством юстиции.

В Эквадоре регламент арбитражного центра должен включать в себя (как минимум) следующую информацию: порядок формирования списка арбитров, структуру арбитражных расходов, порядок назначения руководителя центра и кодекс профессиональной этики для арбитров и медиаторов. Схожие требования существуют в Венесуэле.

Требования к наименованию арбитражных институтов. Наименования как таковые способны ввести в заблуждение и, как показывает практика, это нередко случается с наименованиями арбитражных институтов. В определенных случаях такое заблуждение может привести к появлению параллельных разбирательств, оспариванию компетенции арбитражного трибунала, а также к проблемам на стадии признания и приведения в исполнение арбитражного решения или решения иностранного суда.

Российский опыт

В России запрещается создание постоянно действующих арбитражных институтов, наименования которых включают в себя словосочетания "арбитражный суд" и "третейский суд", если полное наименование учреждения сходно до степени смешения с наименованиями судов РФ или иным образом способно ввести участников гражданского оборота в заблуждение относительно правовой природы и полномочий ПДАУ. Наименование ПДАУ должно содержать указание на полное или сокращенное наименование некоммерческой организации, при которой оно создано (п. 21 ст. 44 Закона об арбитраже).

Зарубежный опыт

Похожим на Россию образом вопрос решается в Чехии, где организациям запрещается использовать в своей деятельности наименование, которое может создать ложное впечатление о такой организации как о постоянно действующем арбитражном суде, созданном в соответствии с Законом Чехии "Об арбитраже" 1994 г., за исключением случаев, когда такое использование следует из иного закона или международного договора.

В Китае закон лишь устанавливает, что арбитражные комиссии должны иметь наименование.

Наиболее детально данный вопрос регулируется в Законе Латвии "Об арбитраже", который устанавливает следующее:

1) наименование постоянного арбитражного суда должно отличаться от наименований прочих арбитражных судов, фирм и компаний, уже зарегистрированных в Регистре предприятий или находящихся на стадии регистрации. Такое наименование не должно вводить в заблуждение относительно целей деятельности постоянного арбитражного суда, его статуса, а также того, является ли он постоянно действующим или арбитражным судом **ad hoc**;

2) ограничения и положения в отношении наименований коммерческих структур, установленные другими нормативными актами, распространяются также и на выбор наименования постоянного арбитражного суда;

3) наименование постоянного арбитражного суда не должно противоречить принципу добросовестности;

4) только буквы латышского и латинского алфавитов могут быть использованы в наименовании постоянного арбитражного суда (ст. 7; перевод наш. - **Прим. авт. главы**).

Размещение, хранение информации и техническое обеспечение арбитражных институтов. Конфиденциальность - неотъемлемая черта арбитражного процесса. Невозможно переоценить ее значение для сторон. Тем не менее именно чрезмерная конфиденциальность и секретность создали в глазах многих неправильный образ арбитража как метода разрешения споров. На данном этапе развития арбитражный мир пришел к выводу, что безопасность данных сторон и конкретных споров не связана с открытостью и прозрачностью деятельности арбитражного учреждения. Все больше и больше арбитражных институтов поддерживают движение за прозрачность, тем самым способствуя продвижению арбитража.

Российский опыт

Согласно п. 11 ст. 47 Закона об арбитраже постоянно действующее арбитражное учреждение должно иметь интернет-сайт.

В декабре 2016 г. Министерство юстиции приняло Приказ, касающийся порядка размещения постоянно действующим арбитражным учреждением на своем интернет-сайте соответствующей информации об учреждении <47>, согласно п. 10 ст. 47 Закона об арбитраже. В список обязательно публикуемой в Интернете информации входят:

<47> Приказ Министерства юстиции РФ от 27.12.2016 N 312 "Об утверждении Порядка размещения постоянно действующим арбитражным учреждением на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет информации, предусмотренной Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. N 382-ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс". См. также: Приказ Министерства юстиции РФ от 31.08.2016 N 200 "Об утверждении Порядка направления постоянно действующим арбитражным учреждением уведомления о размещении на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет депонированных правил арбитража" // СПС "КонсультантПлюс".

1) информация о составе учредителей некоммерческой организации, при которой создано ПДАУ (данная обязанность не распространяется на некоммерческую организацию с числом учредителей более ста);

2) информация об органах ПДАУ (в том числе о вхождении в него учредителей некоммерческой организации, при которой оно создано);

3) рекомендованный список арбитров.

Помимо этого согласно ст. 39 Закона об арбитраже арбитражные учреждения обязаны хранить арбитражные решения, постановления о прекращении арбитража и материалы дела в течение пяти лет с даты прекращения разбирательства. Таким образом, арбитражное учреждение обязано обладать достаточной инфраструктурой для хранения материалов.

Закон об арбитраже не предъявляет других конкретных требований к техническому оснащению арбитражных учреждений. Тем не менее согласно Проекту Отчета о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства арбитражные учреждения активно используют современные электронные технологии, например систему видео-конференц-связи, которая позволяет сторонам дистанционно участвовать в разбирательствах, и систему электронной поддержки делопроизводства.

Зарубежный опыт

Законодатели Китая, Латвии, Украины, Коста-Рики, Эквадора, Никарагуа, Венесуэлы и Сирии установили, что постоянные арбитражные институты обязаны иметь собственный штат сотрудников и необходимую инфраструктуру, по всей видимости, в надежде, что это позволит избежать трудностей, с которыми приходится сталкиваться сторонам арбитражных разбирательств в институтах, не имеющих адекватного, не связанного с материнской организацией материально-технического обеспечения.

В Китае, например, арбитражные комиссии должны располагать "необходимыми" имуществом и персоналом.

В Украине закон предусматривает, что место нахождения штаб-квартиры ПДТС должно быть по месту нахождения его учредителя.

В Латвии постоянный арбитражный суд должен иметь собственное помещение, персонал и сайт в Интернете. Веб-сайт, в свою очередь, должен содержать следующую информацию об институте: наименование, адрес регистрации, часы работы, место нахождения, информацию об арбитражных расходах и банковские реквизиты для их оплаты, регламент, список арбитров, контактные данные (адрес,

телефон, электронную почту) и "иную необходимую (актуальную)" информацию.

В Болгарии изменения 2017 г. в Законе "О международном коммерческом арбитраже" <48> предусматривают, что арбитражные институты должны хранить материалы дел в течение 10 лет после их окончания. По истечении этого срока хранению подлежат только арбитражные решения (вместе с их обоснованием) и согласительные примирения.

<48> ICCA International Handbook on Commercial Arbitration. Suppl. 93. Febr. 2017.

В Коста-Рике наличие адекватных человеческих ресурсов, инфраструктуры и "иных элементов, необходимых для деятельности центра такого вида", является условием для получения разрешения Министерства юстиции на создание постоянного центра медиации, согласования и арбитража <49>. Учреждающая организация должна представить уполномоченному органу "план инфраструктуры, используемой в арбитражных разбирательствах, демонстрирующий возможности центра по обеспечению конфиденциальности, профессиональной тайны и удобства во время разбирательства и слушаний по делу". "Вся" информация о порядке функционирования постоянного центра медиации, согласования и арбитража, организационной структуре, его регламенте, списке рекомендованных арбитров и медиаторов, арбитражных расходах, статистике, порядке предъявления требований против центра и пр. должны быть бесплатно доступны широкой публике. Министерство юстиции может публиковать такую информацию в национальных газетах, посредством электронных медиа, таких как Интернет, или иным способом, равно как и обнародовать такие данные на пресс-конференциях. Центры по разрешению споров несут ответственность за халатные и умышленные действия, совершенные арбитрами и медиаторами, а также административным персоналом.

<49> Закон Коста-Рики от 09.12.1997 N 7727 "Об альтернативном разрешении споров и пропаганде общественного согласия". Международный арбитраж регулируется Законом Коста-Рики от 25.05.2011 N 8937 "О международном коммерческом арбитраже". См. также уже упоминавшийся Указ Коста-Рики от 03.07.1998 N 27166-J.

В Эквадоре закон требует от головного офиса арбитражного центра обеспечить административные и технические ресурсы, необходимые для проведения арбитражного разбирательства и тренинга арбитров. Схожие положения имеются также в законах Гондураса, Никарагуа, Венесуэлы и Сирии.

8.4. Структура арбитражного института

Арбитражные институты, как любые другие организации, обладают определенной структурой. Вне зависимости от конкретных наименований органов в каждом арбитражном институте обычно присутствуют:

- 1) президент или председатель, осуществляющий руководство институтом;
- 2) президиум или правление (коллегиальный избирательный орган), принимающий важные для института решения. Спектр решений определяется регламентом института;
- 3) секретариат (административный исполнительный орган), возглавляемый зачастую генеральным секретарем и осуществляющий функции, необходимые для обеспечения администрирования делопроизводства.

Российский опыт

Российский закон не предъявляет никаких четко очерченных требований к внутренней структуре институтов.

Согласно Положению об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ в его структуру входят: арбитры, общее собрание арбитров, председатель и его заместители (всего 4), президиум МКАС,

комитеты по назначениям, секретариат, возглавляемый ответственным секретарем МКАС, и докладчики. В компетенцию общего собрания арбитров входит, в частности, избрание членов президиума и комитетов по назначениям по соответствующим видам споров. В состав президиума входят по должности председатель МКАС и его заместители по соответствующим видам споров, а также шесть лиц, избираемых общим собранием арбитров сроком на 6 лет из списков арбитров, и три лица, назначаемые президентом ТПП РФ. Председателем президиума является председатель МКАС. Списки докладчиков по соответствующим видам споров утверждаются президиумом и обновляются на периодической основе. В списки докладчиков включаются лица, имеющие высшее юридическое образование, а в список по международному коммерческому арбитражу, как правило, - владеющие иностранным языком.

Функции Арбитражной ассоциации осуществляются генеральным секретарем, комитетом по номинированию арбитров и правлением.

Зарубежный опыт

Законы ведущих юрисдикций для проведения международных арбитражных процессов, как правило, не содержат требований к структуре постоянно действующих арбитражных учреждений.

Так, во Франции Суд ICC состоит из президента, вице-президентов (по состоянию на 2018 г. - 17), членов и заместителей членов. Суду в его работе оказывает помощь секретариат суда. Руководство секретариата включает в себя генерального секретаря, его заместителя и управляющего советника.

Секретариат состоит из 10 команд, каждой из которых руководит советник, команда включает в дополнение двух-трех юристов <50>. Похожим образом, но в меньшем масштабе построены и другие ведущие международные центры.

<50> Более подробно о Суде ICC см.: Жукова Г. Международный арбитражный суд ICC: взгляд изнутри // Третейский суд. 2010. N 3. С. 80 - 97.

В Китае, Словакии, Украине и Сирии законодатель счел необходимым ввести определенные требования к структуре и управлению постоянных арбитражных центров.

Так, в Китае закон устанавливает, что арбитражная комиссия должна иметь председателя, двух или четырех заместителей председателя и от семи до одиннадцати членов. Позиции председателя, его заместителей и членов комиссии должны занимать люди, являющиеся экспертами в сфере права, экономики и торговли. При этом такие эксперты должны составлять не менее двух третей всего состава арбитражной комиссии.

В Словакии закон предусматривает, что устав постоянного арбитражного института должен включать в себя информацию о его организационной структуре, порядке избрания председателя и его полномочиях, а также специализации арбитражного суда. Схожие положения существуют в Украине, где закон устанавливает требование о наличии у постоянного третейского суда председателя, избранного в соответствии с уставом суда.

В Сирии лицо, осуществляющее управление постоянным арбитражным центром, должно: 1) иметь сирийское гражданство; 2) постоянно проживать в Сирии; 3) не иметь судимости в связи с совершением тяжкого преступления или порочащего репутацию проступка; 4) иметь степень бакалавра университета в Сирии или признаваемого эквивалента; 5) иметь не менее 15 лет практического опыта в юридической профессии или в качестве судьи.

8.5. Функции и полномочия арбитражного института

В дополнение к своей основной деятельности - администрированию арбитражных производств - арбитражные институты также ведут образовательную и исследовательскую деятельность <51>.

<51> См., например, презентацию услуг, предлагаемых CRCICA: <http://cricica.org/Services.aspx> (дата посещения - 05.03.2018). См. также: Gerbay R. Op. cit. P. 70.

Так, например, под эгидой Суда ICC в разных частях мира чуть ли не каждый день проходят конференции и семинары по разным аспектам международного арбитража. Кроме того, деятельность таких организаций, как Институт ICC по международному коммерческому праву (ICC Institute of World Business Law) и Комиссия ICC по арбитражу и альтернативному разрешению споров (ICC Commission on Arbitration and ADR), неразрывно связана с работой Суда ICC. Отчеты и обзоры Комиссии ICC по арбитражу и альтернативному разрешению споров (например, о расходах в международных арбитражных процессах, об арбитраже с участием государств и государственных предприятий) пользуются огромной популярностью и за рамками арбитражей, проводимых согласно Арбитражному регламенту ICC. Нельзя не упомянуть и публикации Суда, в особенности Вестник Суда ICC (ICC Bulletin).

Королевский институт арбитров Великобритании (CIArb) также издал ряд популярных и широко используемых Руководств по практике в сфере арбитража, например об интервью для потенциальных арбитров и о заявках на обеспечительные меры.

Однако так как основная деятельность арбитражных институций - это администрирование дел, то именно этот вид деятельности и будет в центре внимания данного параграфа.

Без соглашения сторон арбитражный институт не может принять на себя функцию администратора арбитражного процесса по заявлению одной из сторон. Арбитражный трибунал, сформированный в нарушение этого принципа, должен признать себя некомпетентным в рассмотрении спора.

Арбитражный институт администрирует арбитражное разбирательство на всех его этапах. Он гарантирует сторонам законное формирование состава арбитров и равноправное участие сторон в процессе. Институт обязан действовать добросовестно и способствовать осуществлению справедливого разбирательства. Последняя статья в Регламенте ICC (ст. 42), например, предусматривает, что "во всех вопросах, прямо не урегулированных Регламентом, Суд и состав арбитража действуют в духе Регламента и прилагают все усилия для того, чтобы арбитражное решение было юридически исполнимым".

Российский опыт

Согласно Закону об арбитраже в функции ПДАУ входят:

- 1) администрирование международного коммерческого арбитража;
- 2) администрирование арбитража внутренних споров;
- 3) выполнение отдельных функций по администрированию арбитража, в том числе функций по назначению арбитров, разрешению вопросов об отводах и о прекращении полномочий арбитров, при осуществлении арбитража третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора, без общего администрирования спора (п. 18 ст. 44; при условии, что виды деятельности 1) - 3) указаны в правилах ПДАУ);
- 4) хранение арбитражного решения, постановления о прекращении арбитража и материалов дела арбитража в течение пяти лет с даты прекращения арбитража (п. п. 1, 2 ст. 39);
- 5) предоставление по запросу компетентного суда арбитражного решения, постановления о прекращении арбитража и материалов дела арбитража в указанные в запросе сроки (п. 1 ст. 39).

Согласно Положению об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ <52> МКАС является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением, осуществляющим следующие виды деятельности:

<52> Положение об организационных основах деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. Прил. 1 к Приказу ТПП РФ от 11.01.2017 N 6 // СПС "КонсультантПлюс".

- 1) администрирование международного коммерческого арбитража;
- 2) администрирование арбитража внутренних споров;
- 3) администрирование арбитража корпоративных споров;
- 4) администрирование арбитража спортивных споров;
- 5) выполнение отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора;
- 6) администрирование арбитража иных споров в случаях, предусмотренных международными договорами РФ или федеральными законами (§ 1).

Зарубежный опыт

Как и в случае со структурой постоянных арбитражных учреждений, законы ведущих арбитражных юрисдикций не оговаривают функции таких учреждений.

Так, согласно Регламенту ICC Суд ICC исполняет следующие основные функции:

- 1) разрешает вопросы, связанные с формированием состава арбитров;
- 2) при необходимости принимает решения о привлечении дополнительных сторон к делу, о консолидации дел и о наличии **prima facie** юрисдикции;
- 3) одобряет или же только принимает к сведению акты о полномочиях арбитров;
- 4) при необходимости продлевает срок для вынесения арбитражного решения;
- 5) проводит предварительную проверку и одобряет проекты арбитражных решений до их вынесения и уведомления об этом сторон;
- 6) взимает аванс на административные сборы за свою деятельность и аванс на гонорары и расходы арбитров, а также устанавливает арбитражные расходы.

Другие международные арбитражные центры имеют схожие функции. Следует, однако, заметить, что положения об акте о полномочиях арбитров и проверка проектов решений, подготовленных составом арбитров, - отличительные черты арбитража по Регламенту ICC.

Хотя обычно решение вопросов в отношении предварительных и обеспечительных мер входит в компетенцию состава арбитров, срочного арбитра и государственных судов, регламенты некоторых арбитражных институтов дают такие полномочия и институции. Такое возможно, в частности, согласно Регламенту МАК при ТПП РФ, Арбитражному регламенту Арбитражного суда при Экономической палате Чешской Республики (Arbitration Court Attached to the Czech Chamber of Commerce) и Правилам CAS <53>.

<53> Gerbay R. Op. cit. P. 70 - 71.

Разнообразна практика арбитражных судов и в отношении установления административных сборов и гонораров арбитров. Наиболее широко применяемая практика - это установление сборов на базе установленной арбитражным регламентом шкалы, в основе которой лежит сумма иска (ICC, VIAC). Тем не менее в LCIA, например, административные сборы и гонорары исчисляются по часовой ставке. Наконец, некоторые центры включают в сумму административных сборов и съем помещений для слушаний, и услуги административного секретаря (МКАС при ТПП РФ, CRCICA).

8.6. Список арбитров и требования к арбитрам

Обзор арбитражных законов позволяет сделать вывод о том, что регулирование порядка создания и деятельности постоянных арбитражных учреждений зачастую сопровождается обязанностью иметь список арбитров и, как следствие, наличием требований к их квалификации.

Российский опыт

В России список арбитров имеет рекомендательный характер. Каждый специалист, включенный в такой список, должен в письменной форме подтвердить свое согласие на это. В случае если постоянно действующее арбитражное учреждение осуществляет администрирование как внутренних, так и международных споров, допускается параллельное существование двух списков для каждого направления. При этом в отношении списка арбитров законом установлены следующие требования:

1) список должен содержать не менее 30 имен;

2) не менее одной трети арбитров должны иметь ученую степень, присужденную на территории РФ по научной специальности из установленного перечня. Данный перечень включает, например, такие основные специальности, как гражданское право и гражданский процесс, международное право, международное частное право, хозяйственное право, арбитражный процесс и т.д. <54>;

<54> Приказ Министерства юстиции РФ от 14.10.2016 N 236 "Об утверждении Перечня научных специальностей, ученые степени по которым должны иметь не менее одной трети арбитров, включенных в рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения" // СПС "КонсультантПлюс".

3) не менее половины арбитров должны обладать опытом разрешения гражданско-правовых споров в качестве третейских судей и/или арбитров в третейских судах (арбитраже) и/или в качестве судей федерального суда, конституционного (уставного) суда субъекта РФ, мировых судей в течение не менее 10 лет, предшествующих дате включения в рекомендованный список арбитров (п. 1 ст. 47 Закона об арбитраже).

Следует отметить, что одно лицо не может входить в рекомендованные списки арбитров более трех постоянно действующих арбитражных учреждений (п. 3 ст. 47 Закона об арбитраже).

Что касается требований к арбитрам, то в первую очередь следует отметить, что в России арбитром не может быть:

1) лицо, не достигшее возраста 25 лет, недееспособное лицо или лицо, дееспособность которого ограничена (п. 8 ст. 11 Закона об арбитраже);

2) лицо, имеющее неснятую или непогашенную судимость (п. 9 ст. 11 Закона об арбитраже);

3) лицо, полномочия которого в качестве судьи, адвоката, нотариуса, следователя, прокурора или другого сотрудника правоохранительных органов были прекращены в РФ в установленном федеральным законом порядке за совершение проступков, несовместимых с его профессиональной деятельностью (п. 10 ст. 11 Закона об арбитраже).

Если спор подлежит разрешению единоличным арбитром, арбитр должен иметь высшее юридическое образование. В случае же коллегиального разрешения спора по меньшей мере один арбитр, необязательно председатель состава, должен иметь высшее юридическое образование (п. п. 6, 7 ст. 11 Закона об арбитраже). В остальном же стороны свободны в установлении дополнительных требований, предъявляемых к арбитрам, включая требования к их квалификации.

Закон также прямо указывает, что ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны арбитража не договорились об ином (ст. 11 Закона об арбитраже).

Стороны вправе договориться о разрешении спора конкретным арбитром или арбитрами. В этой связи следует отметить, что регламент ПДАУ должен (в числе прочего) включать (напрямую или

посредством отсылки) правила о беспристрастности и независимости арбитров (п. п. 4, 8 ст. 45 Закона об арбитраже).

Отличительной особенностью регулирования сферы арбитража в России является требование к постоянно действующим арбитражным учреждениям решения всех вопросов, связанных с назначением, разрешением отводов и прекращением полномочий арбитров, коллегиально комитетом по назначениям. Формирование комитетов по назначениям и требования к их членам регулируются специальными правилами (п. п. 4 - 6 ст. 47 Закона об арбитраже). Так, не менее чем на две трети комитет по назначениям формируется путем голосования лицами, входящими в рекомендованный список арбитров ПДАУ. При этом правилами ПДАУ может быть предусмотрен иной порядок формирования одной трети состава комитета по назначениям. Не менее одной трети состава комитета по назначениям обязаны иметь высшее юридическое образование. В постоянно действующем арбитражном учреждении должна осуществляться обязательная ротация членов комитета по назначениям, с тем чтобы в течение трех лет обновлялось не менее одной трети его состава и одно и то же лицо не могло входить в состав комитета по назначениям в течение трех лет после его смены. В том случае, когда правилами постоянно действующего арбитражного учреждения решение вопросов, связанных с разрешением отводов и прекращением полномочий арбитров, отнесено к компетенции какого-либо уполномоченного лица постоянно действующего арбитражного учреждения, принимающее соответствующее решение единолично, правилами постоянно действующего арбитражного учреждения должно предусматриваться право сторон обжаловать решение такого единоличного органа в комитет по назначениям.

Положение об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ гласит (§ 4. Списки арбитров):

"1. ТПП РФ сроком на шесть лет утверждаются четыре списка арбитров, в которых указываются: фамилия, имя и, в случае если имеется, отчество арбитра, его образование и место работы, ученая степень и звание, специализация, знание иностранных языков. Если по истечении указанного срока не были утверждены новые списки арбитров, ранее утвержденные списки арбитров продолжают действовать до утверждения новых списков арбитров.

2. Арбитры, специализирующиеся на определенной категории споров, включаются в списки арбитров по международным коммерческим, внутренним, корпоративным и спортивным спорам. Одно и то же лицо может входить в несколько списков арбитров.

3. Комитеты по назначениям назначают арбитров только из списков арбитров по соответствующим видам споров.

4. Функции арбитров могут также выполнять лица, не включенные в списки арбитров, если иное не предусмотрено Правилами арбитража международных коммерческих споров, Правилами арбитража внутренних споров, Правилами арбитража корпоративных споров, Правилами арбитража спортивных споров" <55>.

<55> Положение об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ.

Зарубежный опыт

В Украине список арбитров постоянного третейского суда должен содержать следующую информацию о рекомендованных арбитрах: дата рождения, образование, специализация, последнее место работы, опыт профессиональной деятельности в соответствующих отраслях с указанием количества лет и общий стаж работы в юридической профессии.

Наличие списка арбитров является также обязательным в Казахстане. Арбитражная палата Казахстана ведет реестр всех арбитров, в том числе включенных в списки постоянных арбитражных центров, при этом все они являются членами Арбитражной палаты. Такой всеобъемлющий реестр публикуется на веб-сайте Арбитражной палаты на русском и казахском языках. Реестр должен также содержать следующую информацию: полное имя арбитра, отчество, опыт профессиональной деятельности в соответствующих отраслях с указанием количества лет, место работы, должность и общий

стаж работы, наличие ученых степеней и званий, а также количество дел, в которых специалист выступал арбитром. Информация об арбитрах, включенных в реестр, доступна по запросу. Что касается требований к арбитрам, то они должны быть не моложе 30 лет (ранее ограничение по возрасту было на уровне 25 лет), иметь высшее юридическое образование и не менее 5 лет опыта работы по профессии (ранее действовало правило о двухлетнем опыте работы). Единоличные арбитры и председатели составов арбитров должны иметь высшее юридическое образование. По соглашению сторон спора арбитр может быть как гражданином Казахстана, так и иностранцем, и даже лицом без гражданства. Не вправе выступать в качестве арбитра судьи судов общей юрисдикции; лица, признанные судом в порядке, установленном законом Республики Казахстан, недееспособными или ограниченно дееспособными; лица, имеющие неснятую или непогашенную судимость, либо лица, которым предъявлено обвинение в совершении уголовного правонарушения; а также государственные служащие, депутаты Парламента Республики Казахстан, депутаты маслихата, осуществляющие свою деятельность на постоянной или освобожденной основе, оплачиваемую за счет средств государственного бюджета, и военнослужащие.

В Латвии список арбитров должен включать не менее десяти имен. Закон особо оговаривает, что подлежат указанию имя и фамилия арбитра. Арбитр должен достичь возраста совершеннолетия, над ним не должна быть установлена опека, он (она) должен иметь безупречную репутацию и законченное высшее профессиональное или академическое образование по квалификации "юриспруденция", обладать опытом работы в юридической профессии, включая работу в научной сфере, не менее трех лет, а также дать свое согласие на включение в список арбитров. Кроме того, как и в России, лицо не может быть включено в списки арбитров более чем трех постоянных арбитражных судов.

В Словакии постоянные арбитражные суды ведут списки рекомендованных арбитров, доступные для всех желающих. Стороны спора вправе тем не менее избрать в качестве арбитров лиц, прямо не поименованных в соответствующем списке. Любое согласованное сторонами лицо может выступать в качестве арбитра при условии достижения им возраста совершеннолетия, наличия полной дееспособности и отсутствия судимости.

В Китае наличие списка арбитров также является обязательным требованием. При этом арбитры должны быть честными и порядочными людьми, обладающими опытом работы не менее восьми лет в качестве юриста, судьи или преподавателя. Арбитрами могут выступать старшие сотрудники высокого уровня в сфере экономики и торговли, имеющие юридические знания.

В Колумбии и Гондурасе правила арбитражного центра должны содержать информацию о порядке формирования списка арбитров, требованиях к арбитрам, а также основаниях для исключения арбитра из списка. В Никарагуа в дополнение к списку арбитров постоянные арбитражные центры обязаны вести программы повышения профессиональной квалификации арбитров и разрабатывать кодексы профессиональной этики для медиаторов и арбитров.

Примечательно, что в Колумбии арбитражные центры несут обязанность по "популяризации социальных арбитражных дней", т.е. должны предоставлять неоплачиваемые услуги по разрешению небольших внутренних денежных споров. В том случае, когда арбитр без уважительной причины отказывается от назначения по такому "социальному" делу, он может быть даже исключен из списка арбитров соответствующего центра.

В Коста-Рике списки рекомендованных арбитров открыты для широкой публики. Список должен включать имена рекомендованных арбитров, которые сотрудничают с арбитражным центром на постоянной или разовой основе, с указанием сведений об образовании и опыте конкретного лица в сфере альтернативного разрешения споров. На арбитра возлагается обязанность предоставить документы, свидетельствующие о его образовании и опыте, или соответствующее письменное заявление, или же их нотариально заверенные копии. Включение новых лиц в список арбитров возможно при условии получения предварительного согласия Министерства юстиции. Арбитражные центры также обязаны разработать кодексы профессиональной этики арбитров.

В Эквадоре список арбитров имеет ограниченный срок действия и утрачивает силу по истечении двух лет.

В Венесуэле арбитражные центры обязаны по закону пересматривать свои списки арбитров

минимум раз в год, при этом общее количество рекомендованных арбитров не может быть менее 20.

В Замбии министр юстиции совместно с председателем Верховного Суда утвердили свод правил, регулирующих стандарты ведения арбитражного разбирательства <56>. Данный документ является обязательным для всех арбитров, если место арбитража находится в Замбии. В этой связи можно сказать, что Замбия является редким примером, когда этические стандарты для арбитров устанавливаются не внутренними правилами арбитражного центра, а на уровне закона.

<56> Кодекс правил от 2007 г., регулирующих стандарты ведения арбитражного разбирательства, текст на английском языке: <https://www.ciarb.org/docs/default-source/default-document-library/code-of-conduct-amp-standards-regulations-zambia.pdf?sfvrsn=2> (дата посещения - 05.03.2018).

Закон Сирии "Об арбитраже" указывает лишь на то, что правила постоянного арбитражного центра должны содержать имена рекомендованных арбитров и сведения об их квалификации.

8.7. Надзор за деятельностью арбитражных институтов

Необходимость получения специального разрешения для осуществления деятельности постоянного арбитражного учреждения не является уникальным изобретением нового российского Закона об арбитраже. Во многих странах данное условие существует в виде обязательного получения лицензии или разрешения на уровне Министерства юстиции или иного уполномоченного органа. Тот же государственный орган, как правило, отвечает за поддержание публичного реестра арбитражных учреждений и применяет санкции к нарушителям.

Российский опыт

В России право на осуществление функций ПДАУ предоставляется актом Правительства, принимаемым на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства. Летом 2016 г. Правительство РФ утвердило Правила предоставления права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения <57>.

<57> Постановление Правительства РФ от 25.06.2016 N 577 "Об утверждении Правил предоставления права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения и Положения о депонировании правил постоянно действующего арбитражного учреждения" // СПС "КонсультантПлюс".

Тем же летом Министерство юстиции приняло Приказ "О Совете по совершенствованию третейского разбирательства" <58>. В состав указанного Совета включаются представители органов государственной власти, общероссийских объединений предпринимателей, торгово-промышленных палат, представители юридического, научного и предпринимательского сообщества, иные лица. Лица, замещающие государственные должности, государственные служащие не могут составлять более одной трети состава Совета (п. 5 ст. 44 Закона об арбитраже). 27 сентября 2016 г. состоялось первое заседание Совета <59>. Согласно Приказу от 13.07.2016 N 165 (п. 4) основной задачей Совета является содействие созданию благоприятных условий для развития института независимого и профессионального арбитража (третейского разбирательства) в России. В целях выполнения возложенной на него основной задачи Совет осуществляет следующие функции:

<58> Приказ Министерства юстиции РФ от 13.07.2016 N 165 "О Совете по совершенствованию третейского разбирательства" // СПС "КонсультантПлюс".

<59> См.: Отчет о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства от 23

марта

2017

г.:

<http://minjust.ru/ru/deyatelnost-v-sfere-treteyskogo-razbiratelstva/otchet-y-o-deyatelnosti-soveta-po-sovershenstvovaniyu> (дата посещения - 05.03.2018).

1) участвует в выявлении, обобщении, распространении и поддержке лучших российских и международных практик в сфере арбитража (третейского разбирательства);

2) оказывает информационное и научно-экспертное содействие Министерству юстиции РФ при осуществлении его полномочий по регулированию в сфере арбитража (третейского разбирательства), участвует в мониторинге правоприменения в указанной сфере;

3) рассматривает проекты нормативных правовых актов, касающихся арбитража (третейского разбирательства), готовит предложения Министерству юстиции РФ по разработке проектов нормативных правовых актов в указанной сфере;

4) готовит рекомендации Правительству РФ о предоставлении или об отказе в предоставлении некоммерческим организациям, при которых создаются постоянно действующие арбитражные учреждения, иностранным арбитражным учреждениям права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения;

5) представляет в Министерство юстиции РФ рекомендации по определению перечня научных специальностей, ученые степени по которым должны быть присуждены не менее одной трети арбитров, включенных в рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения;

6) оказывает содействие Министерству юстиции РФ в рассмотрении обращений некоммерческих организаций, при которых созданы постоянно действующие арбитражные учреждения, постоянно действующих арбитражных учреждений, иностранных арбитражных учреждений и иных лиц по вопросам применения законодательства об арбитраже (третейском разбирательстве);

7) по запросу Министерства юстиции РФ представляет рекомендации о вынесении (невывнесении) некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, или иностранному арбитражному учреждению предписания о принятии некоммерческой организацией или иностранным арбитражным учреждением решения о прекращении деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения в случаях, предусмотренных Законом об арбитраже;

8) обобщает практику рассмотрения Советом документов, представляемых для рассмотрения вопроса о выдаче рекомендации Правительству РФ о предоставлении или об отказе в предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения.

Для рассмотрения Советом вопроса о выдаче рекомендации Правительству РФ о предоставлении или об отказе в предоставлении права на осуществление функций ПДАУ некоммерческая организация, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение, представляет в Министерство юстиции РФ на русском языке следующие документы:

1) заявление о предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения;

2) выписку из ЕГРЮЛ, полученную не ранее 5 рабочих дней до дня обращения с заявлением о предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения;

3) решение уполномоченного органа некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение, о создании такого постоянно действующего арбитражного учреждения и обращении с заявлением о предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения;

4) правила постоянно действующего арбитражного учреждения, заверенные в установленном порядке уполномоченным органом некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение;

5) в случае наличия председателя или иного должностного лица постоянно действующего арбитражного учреждения, уполномоченного правилами постоянно действующего арбитражного учреждения единолично принимать какие-либо решения от его имени в рамках администрирования арбитража или в связи с ним, - соответствующие сведения о данном лице (фамилия, имя, отчество, дата рождения, сведения об образовании и профессиональной деятельности), а также заверенную в установленном порядке копию документа, подтверждающего назначение соответствующего лица на вышеуказанную должность;

6) в случае наличия председателя или иного должностного лица постоянно действующего арбитражного учреждения, уполномоченного правилами постоянно действующего арбитражного учреждения единолично принимать какие-либо решения от его имени в рамках администрирования арбитража или в связи с ним, - письменное согласие данного лица на обработку его персональных данных Министерством юстиции РФ;

7) рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения;

8) письменные согласия лиц на включение в рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения, биографические справки со сведениями об образовании и профессиональной деятельности указанных лиц;

9) письменные согласия лиц, включенных в рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения, на обработку их персональных данных Министерством юстиции РФ;

10) оригиналы или заверенные в установленном порядке копии документов, подтверждающих наличие (сведения об отсутствии) у соответствующего числа лиц, включенных в рекомендованный список арбитров постоянно действующего арбитражного учреждения, высшего юридического образования, ученой степени по научной специальности, входящей в утвержденный Министерством юстиции РФ перечень, и/или опыта разрешения гражданско-правовых споров в качестве третейских судей и/или арбитров в третейских судах (арбитраже) и/или в качестве судей федерального суда, конституционного (уставного) суда субъекта РФ, мировых судей;

11) оригиналы или заверенные в установленном порядке копии документов и сведения, подтверждающие соответствие организации требованиям, предусмотренным ч. 4 п. 8 ст. 44 Закона об арбитраже, в том числе сведения о некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение, о ее учредителях (участниках) (например, наименование (фамилия, имя, отчество), сведения о финансовых, экономических и иных показателях деятельности некоммерческой организации, о реализуемых (реализованных) некоммерческой организацией проектах и проведенных мероприятиях, о поддержке (и ее формах) некоммерческой организации органами государственной власти, международными организациями);

12) опись представленных документов, подписанную уполномоченным лицом <60>.

<60> См. Приказ от 13.07.2016 N 165. Приложение к Положению о порядке создания и деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства: "Перечень документов, представляемых для рассмотрения Советом по совершенствованию третейского разбирательства вопроса о выдаче рекомендации Правительству Российской Федерации о предоставлении или об отказе в предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения" // СПС "КонсультантПлюс".

Как уже отмечалось, МКАС и МАК при ТПП РФ могут по новому Закону осуществлять функции постоянно действующего арбитражного учреждения без необходимости предоставления такого права специальным актом Правительства.

При подготовке рекомендаций Совет по совершенствованию третейского разбирательства оценивает репутацию некоммерческой организации, при которой создается ПДАУ, и то, насколько масштаб и характер ее деятельности с учетом состава ее учредителей (участников) позволят обеспечить

"высокий уровень" организации деятельности ПДАУ, в том числе в части финансового обеспечения создания и деятельности соответствующего учреждения. При решении вопроса о предоставлении права на осуществление функций ПДАУ-правопреемника учитывается его деятельность до дня вступления в силу нового Закона об арбитраже, а также количество рассмотренных им дел, включая количество решений, которые были отменены судом или по которым судом было отказано в выдаче исполнительного листа (ч. 4 п. 8, п. 11 ст. 44 Закона об арбитраже).

В соответствии с п. 13 ст. 52 Закона об арбитраже с 1 ноября 2017 г. для администрирования арбитража необходимо наличие права на осуществление функций ПДАУ (права администрировать арбитраж). Учреждения, не получившие такого права, не вправе осуществлять деятельность по администрированию арбитража. Решения третейских судов, принятые в рамках арбитража, администрируемого указанными постоянно действующими арбитражными учреждениями в нарушение упомянутого требования, считаются принятыми с нарушением процедуры арбитража, предусмотренной Законом (п. п. 13 - 16 ст. 52 Закона об арбитраже).

Согласно Проекту Отчета о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства по состоянию на 21 декабря 2017 г. в Министерство юстиции РФ подали заявления о предоставлении права на осуществление функций ПДАУ около 50 некоммерческих организаций, расположенных на территории РФ <61>. Всего поступило 88 заявлений (отдельные некоммерческие организации подавали заявления несколько раз). В большинстве случаев представленные некоммерческими организациями заявления и документы были возвращены заявителям в связи с наличием в них недостоверной информации.

<61> Проект Отчета о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства см.:
<http://minjust.ru/ru/deyatelnost-v-sfere-treteyskogo-razbiratelstva/otchety-o-deyatelnosti-soveta-po-sovershenstvovaniyu> (дата посещения - 18.03.2018).

Отказ в предоставлении некоммерческой организации права на осуществление функций ПДАУ может быть обжалован в суде (п. п. 4, 10 ст. 44 Закона об арбитраже).

Деятельность ПДАУ может быть прекращена по решению некоммерческой организации, при которой оно создано, либо по решению арбитражного суда на основании заявления уполномоченного федерального органа исполнительной власти. В случае выявления в деятельности ПДАУ грубых неоднократных нарушений положений закона, повлекших значительный ущерб правам и законным интересам сторон арбитража и иных лиц, либо несоответствия определенным требованиям закона уполномоченный федеральный орган исполнительной власти выдает некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, предписание о принятии данной некоммерческой организацией решения о прекращении деятельности ПДАУ в течение одного месяца со дня вынесения предписания. В случае неисполнения некоммерческой организацией данного предписания в установленный срок уполномоченный федеральный орган исполнительной власти обращается в арбитражный суд с заявлением о прекращении деятельности ПДАУ (ст. 48 Закона об арбитраже).

Зарубежный опыт

В Украине ПДТС подлежат государственной регистрации, осуществляемой центральными органами исполнительной власти в течение 15 дней с момента обращения. Заявитель представляет решение о создании постоянно действующего третейского суда вместе с его уставными документами, регламентом и списком арбитров, а также уставными документами учреждающей организации. Отказ в регистрации может быть обжалован в суде общей юрисдикции.

В Казахстане по новому Закону "Об арбитраже" была создана Арбитражная палата Казахстана, являющаяся некоммерческой организацией и определяемая как "союз постоянных арбитражных центров и арбитров", основная цель деятельности которой заключается в популяризации арбитража. Функции Арбитражной палаты включают в себя: 1) представление и защиту интересов арбитров и постоянных арбитражных центров в отношениях с государственными органами, иностранными и международными

Центрального правительства.

В Колумбии контроль за арбитражными центрами возлагается на Министерство юстиции.

В Коста-Рике арбитражные центры могут быть созданы при условии получения разрешения Министерства юстиции, при этом срок действия такого разрешения ограничен тремя годами. Разрешение выдается по итогам оценки учредительных и других документов, штата сотрудников и инфраструктуры, а также иных элементов, необходимых для функционирования "центра такого вида". Срок рассмотрения заявки составляет 60 дней. В случае положительного решения Министерство выдает сертификат, который выставляется на обозрение в арбитражном центре. В случае отказа допускается подача апелляции, на основании которой Министерство юстиции принимает окончательное решение. Министерство юстиции уполномочено контролировать функционирование арбитражных центров и даже осуществлять их аудит, а в случае необходимости отзывать разрешение на осуществление деятельности. Основаниями для такого решения могут быть: неоднократное нарушение арбитрами и административным персоналом конфиденциальности; обвинения в совершении преступления; неустранение арбитражным центром ранее выявленных недочетов и ошибок, повлекших приостановление его деятельности.

В Эквадоре арбитражные центры подлежат регистрации в Национальной федерации торговых палат, при этом несоблюдение установленных законом требований может повлечь исключение из регистра.

В Никарагуа физические и юридические лица, желающие на постоянной основе осуществлять деятельность по альтернативному разрешению споров, должны быть аккредитованы при Отделе альтернативного разрешения споров Верховного суда. Только аккредитованные организации вправе получить статус центра медиации и/или арбитража. Закон предусматривает перечень документов, подлежащих представлению при подаче заявки, которая подлежит рассмотрению в течение 15 дней, при этом отсутствие ответа считается положительным решением. Аккредитация действительна в течение одного года и подлежит ежегодному продлению. Отдел альтернативного разрешения споров предоставляет информацию об аккредитованных организациях в Торговую палату Никарагуа, а также обнародует ее иным способом. Информация об аккредитации также публикуется в официальном вестнике и должна быть выставлена на обозрение в арбитражных центрах.

В Панаме арбитражный центр вправе осуществлять свою деятельность после регистрации в Публичном реестре и подтверждения своего статуса в Министерстве управления и юстиции <64>.

<64> Закон Панамы от 08.07.1999 N 5 "Свод правил об арбитраже, консолидации и медиации".

В Перу популяризация арбитража в разных сферах экономики является государственной задачей, и отвечает за это Департамент внесудебных примирительных процедур и альтернативных способов разрешения споров Министерства юстиции. Задачи Департамента включают в себя: 1) поощрение развития арбитражных институтов посредством заключения соглашений с общественными и деловыми организациями, университетами, региональными и местными правительствами и иными публичными и частными институтами; 2) консультирование по вопросам создания и функционирования арбитражных институтов; 3) разработку форм документов и стандартов регулирования арбитражных институтов. Следует отметить, что Департамент также отвечает за ведение Реестра арбитражных институтов <65>.

<65> Декрет Перу от 28.11.2008 N 016-2008-JUS.

В Португалии создание институциональных арбитражных центров осуществляется на основании разрешения Министерства юстиции <66>. Для оценки соблюдения условий надлежащего оказания услуг по администрированию арбитража Министерство юстиции также принимает во внимание "представительность" заявителя и его способность осуществлять данный вид деятельности. Министерство ежегодно публикует список арбитражных центров с указанием их специализации. Следует отметить, что разрешение может быть отозвано в случае нарушения арбитражным центром требований закона.

<66> Закон Португалии от 14.12.2011 N 63/2011 "О добровольном арбитраже".

Схожее положение дел имеет место в Анголе <67> и Сан-Томе и Принсипи <68>, где законы наделяют правительство правом определять порядок выдачи разрешений на создание арбитражных центров юридическими лицами, а также вести оценку их деятельности и отзывать такие разрешения.

<67> Закон Анголы от 25.07.2003 N 16/03 "О добровольном арбитраже".

<68> Закон Сан-Томе и Принсипи от 02.11.2006 N 9/2006 "О добровольном арбитраже".

В Мозамбике Министерство юстиции вправе принять решение о прекращении деятельности центра арбитража, примирения или медиации, если будет установлено отсутствие необходимых технических условий или "порядочности".

Созданный на основании закона центр арбитража и разрешения споров в Уганде осуществляет следующие функции: 1) принятие и контроль за соблюдением Кодекса этики арбитров; 2) обучение и аккредитацию арбитров; 3) предоставление административных и технических услуг в арбитражном разбирательстве, процедурах примирения и альтернативного разрешения споров; 4) разработку соответствующих критериев для институтов, их органов и лиц для их назначения; 5) ведение всеобъемлющего перечня компетентных и квалифицированных арбитров, примирителей и экспертов; 6) содействие заверению, регистрации и удостоверению арбитражных решений и соглашений о примирении.

В Замбии Министерство юстиции вправе отказать в регистрации, если сочтет, что количество уже существующих центров по разрешению споров является достаточным, при этом отказ должен быть мотивированным. При принятии решения Министерство юстиции принимает во внимание следующие аспекты: 1) квалификацию заявленных в качестве членов арбитражного учреждения лиц; 2) сертификацию арбитров; 3) эффективность контроля за соблюдением требований к ведению арбитража; 4) порядочность, поведение и дисциплинированность арбитров; 5) расследование жалоб, поданных в отношении арбитров. Разрешение может быть отозвано, если учреждение нарушает указанные требования закона.

В Бахрейне Министерство юстиции на основании одобрения Кабинета министров принимает решения о выдаче разрешений институтам по разрешению споров для осуществления деятельности в Королевстве Бахрейн с правом размещения головного офиса института на его территории и определения размера оплачиваемых институту арбитражных расходов. Разрешение от властей также определяет сферу деятельности института <69>.

<69> Законодательный указ 2009 г. N 30 "О палате Королевства Бахрейн по разрешению экономических, финансовых и инвестиционных споров".

В Сирии реестр постоянных арбитражных судов ведется Министерством юстиции. Постоянный арбитражный суд вправе осуществлять деятельность после получения решения Министерства юстиции, которое должно быть вынесено в течение 60 дней с момента обращения и опубликовано в официальном вестнике. Решение об отказе должно быть мотивированным и может быть обжаловано в административный суд Государственного совета. Администрация судебного контроля при Министерстве юстиции контролирует арбитражные суды, которые обязаны ежегодно отчитываться о своей деятельности. В случае если арбитражный суд принимает решение о прекращении своей деятельности, специально создаваемая Министерством юстиции комиссия из трех членов осуществляет руководство судом до завершения всех начатых разбирательств. Министерство юстиции вправе также утверждать инструкции по руководству и управлению арбитражным судом.

Вопрос законодательного контроля за деятельностью арбитражных институций является в равной степени насущным как для внутреннего, так и для международного арбитража. Настоящая глава

демонстрирует разнообразие подходов, используемых государствами при регулировании деятельности постоянно действующих арбитражных институций. Примечательно, что цели и мотивы регулирования (или его отсутствия) варьируются от юрисдикции к юрисдикции в зависимости от степени "цивилизованности" работы арбитражных центров, а также от общей политики государства в отношении арбитража как метода разрешения споров.

Является ли такое регулирование необходимым или же стоит позволить рынку и потребителям арбитражных услуг самим принимать решения в пользу того или иного арбитражного центра, что в конечном итоге должно привести к естественному исчезновению институций с сомнительной репутацией? На практике, несмотря на наличие строгого законодательного регулирования, плохо организованные и неподготовленные арбитражные центры продолжают появляться и даже процветают, зачастую в ущерб интересам правосудия и сторон спора. Так что в определенных обстоятельствах законодательный контроль представляется необходимым, но вопрос о том, в каком объеме и насколько глубоким должен быть такой контроль, остается открытым.

Глава 9. АРБИТРАЖНЫЙ ТРИБУНАЛ

9.1. Правовое положение арбитражного трибунала

Арбитражный трибунал - ключевой элемент процесса арбитражного разбирательства. Арбитражный институт сам не разрешает споры, а лишь занимается их организационным обеспечением, т.е. администрированием. Разрешение спора - это функция конкретных арбитров, из которых сформирован состав суда (арбитражный трибунал). Таким образом, следует различать правовое положение самого арбитражного института, состава суда и конкретного арбитра.

Арбитражный институт - как правило, подразделение юридического лица со специальными полномочиями по обеспечению процесса разрешения спора арбитрами. Его статус определяется не только необходимостью выступления в гражданском обороте в качестве обычного субъекта гражданского права, но и наличием специальных процессуальных полномочий, связанных с разрешением спора, которые устанавливаются национальными законами, а также правилами арбитража. Обычно такие процессуальные полномочия арбитражного института возникают в момент начала арбитража, когда состав суда еще не сформирован, но необходимо совершать определенные процессуальные действия. Распределение процессуальных полномочий между органами арбитражного института и составом арбитров происходит по правилам арбитража. Обычно к процессуальным полномочиям относятся все действия, связанные с началом арбитражной процедуры, принятием заявления об арбитраже, назначением заседания, обменом процессуальными документами со сторонами, действиями по формированию состава суда, информированием о заседаниях суда.

Состав третейского суда (арбитражный трибунал) - это несколько арбитров, назначенных для разрешения конкретного спора (коллегия арбитров), или же единоличный арбитр. Арбитражный трибунал выносит решение по спору, и с этим решением связываются определенные правовые последствия. Однако до вынесения решения арбитражный трибунал совершает множество процессуальных действий. Статус арбитражного трибунала раскрывается через его полномочия. Следует отметить, что источником полномочий арбитражного трибунала является воля сторон. Именно поэтому круг процессуальных полномочий арбитражного трибунала в каждом конкретном случае может различаться. Арбитражный трибунал может как наделяться дополнительными полномочиями, так его полномочия могут быть и ограничены сторонами. Указанные полномочия могут быть осуществлены только составом суда лично и не могут быть делегированы иным лицам.

Хотя арбитражный трибунал формируется волей сторон, он не связан волей одной стороны, а потому при реализации своих полномочий может действовать, игнорируя волю одной из сторон, если она входит в противоречие с соглашением сторон в вопросах, касающихся разрешения спора по существу. Арбитраж - состязательная процедура, поэтому арбитражный трибунал, как правило, проявляет активную позицию только в вопросах, без которых невозможно разрешение спора по существу. Ограничением этого права служит необходимость соблюдения процессуального равенства и состязательности арбитража. Так, арбитражный трибунал вполне может назначить экспертизу против воли стороны, но не может заниматься сбором доказательств; может произвести обеспечение иска, потребовать осмотра доказательств или их представления в определенной форме. В случае противодействия одной из сторон

разрешению спора или в случае совершения ею процессуальных действий, препятствующих рассмотрению спора, арбитражный трибунал не имеет возможности применить принуждение к сторонам. Это не исключает его права возложить на сторону негативные последствия такого поведения (например, в виде признания факта установленным, отказа в принятии заявлений и ходатайств, поданных с нарушением срока).

Статус арбитражного трибунала произведен от правового положения арбитра, который получает свои полномочия от сторон, поэтому арбитражный трибунал не может обладать большими полномочиями, чем его наделили стороны и национальное законодательство. В силу этого арбитражный трибунал не имеет никаких полномочий в отношении лиц, не являющихся сторонами: он не может истребовать у них доказательства, привлекать их к процессу, обязывать явиться свидетелей и т.д.

Помимо прав и полномочий арбитражный трибунал имеет и обязанности по отношению к сторонам. Как и в случае с полномочиями, они могут следовать из закона или соглашения сторон. Эти обязанности могут носить общий характер: обеспечить равное отношение к сторонам, беспристрастное разрешение спора; предоставлять любые материалы сторонам, возможность представить доказательства и изложить свою правовую позицию; вынести и изготовить решение; действовать разумно и без неоправданных задержек; применять торговые обычаи. Могут эти обязанности носить и вполне конкретный характер, когда четко установлена форма процессуального действия или же срок его выполнения. Это относится к срокам совершения отдельных процессуальных действий, обязанности следовать установленной процессуальной форме.

Обязанности арбитра носят персонифицированный характер даже в том случае, если относятся к арбитражному трибуналу в целом. Дело в том, что каждый арбитр самостоятелен в своих действиях, и именно этими действиями он может нарушать свои обязанности, в то время как остальные арбитры будут их исполнять добросовестно. Так, если один из арбитров не подпишет в срок решение или совершит действия, направленные на ущемление какого-либо права стороны, то это может считаться нарушением со стороны арбитражного трибунала.

Определяя правовой статус арбитражного трибунала, стоит отметить, что требования к нему все равно будут отличаться от требований к единоличному арбитру. Это обусловлено тем, что трибунал - это всегда совокупность нескольких арбитров, а значит, их взаимодействие может приводить к изменению свойств состава арбитров. Если назначение арбитра не должно быть ограничено национальностью (гражданством), то формирование состава арбитров из всех арбитров одного гражданства существенно деформирует принципы формирования состава арбитров. Это же в равной мере относится и к другим требованиям, которые обеспечивают возможность всестороннего рассмотрения спора. Например, формирование арбитражного трибунала из специалистов одной профессии не будет допустимым, хотя они вполне могут соответствовать требованиям к арбитру.

Последствия нарушения арбитражным трибуналом своих обязанностей или же превышения им своих полномочий могут быть различны. Если нарушения обязанностей происходят во время арбитражного разбирательства, то часть из них может быть устранена (задержка рассмотрения спора, непредоставление права дать объяснения) до его завершения, а последствия исчерпываются лишь репутационным вредом. После вынесения решения возможность исправить нарушения по большей части уже утрачена. В этом случае все зависит от характера такого нарушения, но основным негативным последствием может стать отказ в приведении в исполнение решения или же его отмена.

9.2. Правовой статус арбитра

Арбитр - ключевая фигура в арбитражном процессе. Им становится физическое лицо, избранное сторонами или же назначенное в соответствии с национальным законом об арбитраже и правилами арбитража. Арбитры - самостоятельные процессуальные фигуры, посредством взаимодействия которых выполняется основная функция арбитража - справедливое рассмотрение спора и вынесение итогового решения.

Правовой статус арбитра базируется на нескольких правовых источниках различного уровня. К ним относятся: акты международного уровня, национальные законы о международном коммерческом арбитраже, правила арбитража, а также рекомендательные акты различных организаций, связанных с

международным коммерческим арбитражем <1>.

<1> См.: Скворцов О.Ю. Правовое положение арбитров в международном коммерческом арбитраже // Вестник Санкт-Петербургского университета. 2011. Вып. 1. С. 99 - 103.

Арбитр - это не должность или конкретная работа; приобрести статус арбитра возможно, выполнив требования, предъявляемые к арбитру, и пройдя определенную процедуру по приобретению указанного статуса. В широком понимании под арбитром конкретного арбитражного института можно понимать лицо, включенное в рекомендованный список арбитров. Однако закон использует понятие "арбитр" лишь применительно к лицам, которые приобрели полномочия арбитра по разрешению конкретного спора. Таким образом, употребление этого понятия связано с вполне определенными временными рамками и ограничивается процедурой рассмотрения конкретного спора. По общему правилу, арбитр приобретает свой статус с момента его назначения соответствующим органом арбитражного института или с момента избрания его сторонами в рамках арбитражной процедуры. Впрочем, и в случае избрания арбитра стороной приобретение им статуса может быть обусловлено процедурой его утверждения уполномоченным органом. Прекращение полномочий арбитра связано с вынесением им решения по спору, если только эти полномочия не будут прекращены досрочно в связи с чрезвычайными обстоятельствами.

Статус арбитра и его полномочия определяются его основной функцией и подчинены главной задаче - обеспечить сторонам арбитражного разбирательства возможность вынесения арбитражного решения в рамках состязательного процесса. Эти полномочия по большей части имеют процессуальный характер, направленный на координацию арбитража, контроль за действиями сторон, предусмотренными правилами арбитража. Основную обязанность арбитра составляет исполнение им функции разрешения спора на основе состязательности и равного отношения к сторонам.

Арбитр не является представителем стороны или ее защитником, даже если ею избран; он также не может состоять со стороной в трудовых отношениях. Соответственно, внепроцессуальные контакты со стороной для арбитра строго запрещены, тем более он не может принимать от нее инструкции по своему поведению.

Статус арбитра не дает ему тех правовых гарантий, которые установлены для государственных судей. Тем не менее можно говорить о том, что возможность выполнения арбитром своей функции обеспечивается его организационными связями с арбитражным институтом, от которого он может требовать предоставления надлежащих условий для проведения заседаний, выполнения функций секретариатом или аппаратом суда по обмену документами со сторонами и т.п.

Полномочия арбитра по отношению к сторонам могут быть этими сторонами как ограничены, так и расширены по сравнению с нормами правил арбитража. Как правило, влияние арбитра на стороны состоит в возможности возложения на них отрицательных последствий за неисполнение ими своих процессуальных обязанностей. Основной обязанностью арбитра, как уже указывалось, является разрешение спора и сохранение конфиденциальности. Для обеспечения указанной гарантии российское право предусматривает для арбитров свидетельский иммунитет, т.е. арбитр в силу ч. 5.2 ст. 56 АПК РФ, п. 4 ч. 3 ст. 69 ГПК РФ, п. 7 ч. 3 ст. 56 УПК РФ не может быть допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в ходе арбитража. Также арбитр не несет гражданско-правовой ответственности перед сторонами арбитража и перед ПДАУ в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением функций арбитра и в связи с арбитражем, за исключением ответственности в рамках гражданского иска по уголовному делу <2>.

<2> Подробнее об этом см.: Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (постатейный, научно-практический) / Под ред. О.Ю. Скворцова, М.Ю. Савранского. М., 2016 (автор комментария к ст. 51 - Р.Р. Мифтахов); Шварц М.З. К вопросу о правовом режиме ответственности арбитра (первые размышления) // Третейский суд. 2017. N 2. С. 144 - 151.

9.3. Общие требования к арбитрам

Решение вопроса о том, может ли физическое лицо, отвечающее определенным требованиям, выполнять функции арбитра при рассмотрении конкретного спора, зависит от закона места арбитража, соглашения сторон, применимых правил арбитража. Основными требованиями к арбитру, которые зафиксированы во всех нормативных актах, являются его независимость и беспристрастность. Некоторая часть требований к арбитрам закрепляется в арбитражных регламентах конкретного арбитражного института. Соглашением сторон могут быть введены дополнительные требования к арбитрам. Впрочем, последнее встречается на практике не столь часто, поскольку стороны предпочитают использовать уже существующее регулирование, представленное регламентами арбитражных институтов, лишь внося туда свои коррективы.

В соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о МКА не урегулированные Законом о МКА вопросы, связанные среди прочего с требованиями к арбитрам (третейским судьям) и ответственностью арбитров и ПДАУ в рамках международного коммерческого арбитража, если место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Законом об арбитраже.

Часть 6 ст. 11 Закона об арбитраже устанавливает диспозитивное правило о том, что арбитр, разрешающий спор единолично (в случае коллегиального разрешения спора при соблюдении положений ч. 7 ст. 11 - председатель третейского суда), должен иметь высшее юридическое образование, подтвержденное выданным на территории РФ дипломом установленного образца либо подтвержденное документами иностранных государств, признаваемыми на территории РФ. В случае коллегиального разрешения спора стороны арбитража могут договориться о том, что председатель третейского суда может не соответствовать требованиям, установленным ч. 6 ст. 11 Закона об арбитраже, при условии, что в состав третейского суда будет входить арбитр, соответствующий указанным требованиям.

При этом в п. п. 8 - 11 ст. 11 Закона об арбитраже установлены императивные требования к арбитрам, в силу которых арбитром не может быть лицо, не достигшее возраста 25 лет; недееспособное лицо или лицо, дееспособность которого ограничена; лицо, имеющее неснятую или непогашенную судимость; лицо, полномочия которого в качестве судьи, адвоката, нотариуса, следователя, прокурора или другого сотрудника правоохранительных органов были прекращены в Российской Федерации в установленном федеральным законом порядке за совершение проступков, несовместимых с его профессиональной деятельностью; лицо, которое в соответствии с его статусом, определенным федеральным законом, не может быть избрано (назначено) арбитром <3>.

<3> Подробнее см.: Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (постатейный, научно-практический)... (автор комментария к ст. 11 - В.Н. Ануров; автор комментария к ст. 12 - М.Э. Морозов).

В силу ст. 11 Закона о МКА ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином. Стороны вправе договориться о дополнительных требованиях, предъявляемых к арбитрам, включая требования к их квалификации, или о разрешении спора конкретным арбитром или конкретными арбитрами.

Одно из важных требований к личности арбитра связано с его гражданством. Вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ все арбитражные регламенты и национальные законы признают норму о недопустимости лишения лица права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства (национальности). Это правило означает, что принимать участие в рассмотрении спора в качестве арбитра могут не только граждане страны места арбитража, также быть арбитром может гражданин государства страны происхождения одной из сторон. Изъятия из этого правила крайне редко встречаются в национальных законах об арбитраже. Введение данного правила связано с характером споров, где стороны спора принадлежат к разным юрисдикциям или же имеют связь с различными государствами. В то же время это положение не императивно и может быть изменено соглашением сторон. Таким образом, нормативные источники устанавливают лишь желательность минимизации связи арбитра и стороны через гражданство. Стороны могут заключить соглашение, в котором установить, гражданами каких государств могут быть (или не могут быть) арбитры. Однако, ориентируясь на безусловное следование принципам

независимости и беспристрастности арбитров, арбитражные регламенты стараются устранить даже возможные предпосылки к возникновению такого рода сомнений в связи арбитра со стороной разбирательства. В условиях глобализации это правило уже не играет той роли, которая была при его введении в международную практику. Более того, в настоящее время скорее место проживания или работы, общая религия оказывают большее влияние на арбитра, нежели его гражданство.

Правила арбитража МКС МКАС устанавливают желательность назначения единоличным арбитром лица, не являющегося гражданином тех государств, к которым принадлежат стороны. Более категоричен в этом вопросе LCIA, который применительно к председателю состава и единоличному арбитру использует словосочетание "не должны" быть из того же государства, что и стороны. Это же устанавливают ICC и SCC (последний предъявляет это требование только к председателю состава арбитров или единоличному арбитру).

Требования к арбитру можно условно разделить на требования к личности арбитра и требования к его квалификации. Требования к личности арбитра международного коммерческого арбитража выражены не столь жестко, как требования к личности арбитра арбитража внутренних споров. Для последнего случая характерно установление императивных ограничений, например об отсутствии судимости. Применительно к международному арбитражу такое регулирование отсутствует. В обоих видах арбитража регулирование преследует одну и ту же цель - избрание в качестве арбитра профессионала в данной области, которому бы доверяли стороны и который обеспечит соблюдение минимального стандарта судебной процедуры. Применительно к международному коммерческому арбитражу это обеспечивается с помощью установления не формальных требований, а требований к репутации и профессионализму указанных лиц <4>. Проверка наличия или отсутствия указанных качеств обеспечивается посредством установленных в арбитражном институте процедур отбора/утверждения выдвинутой кандидатуры арбитра, но в любом случае арбитром может быть только **полностью дееспособное** физическое лицо.

<4> См.: Васильев Е.А. Формирование состава арбитража. Квалификация арбитров // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию МКАС при ТПП РФ: Сб. ст. / Отв. ред. А.С. Комаров. М., 2002. С. 64.

Требования к квалификации арбитра могут быть выражены с помощью самых разных средств. Наиболее простой и распространенный вариант - установление требований юридического или иного образования (если спор касается сферы, где важны узкоспециализированные знания), ученой степени, стажа работы по определенной специальности на уровне правил арбитража или национального закона (Китай, Вьетнам). Могут существовать и ограничения на осуществление полномочий арбитра: например, закрепленный в российском законодательстве об арбитраже запрет на осуществление этих функций судьями, прокурорами и иными государственными служащими. Представляется, что указанный запрет в полной мере распространяется и на международный коммерческий арбитраж.

Одними из самых важных требований к арбитру являются его независимость от участников спора и его беспристрастность. О содержании этих свойств и способах их обеспечения речь пойдет в следующем параграфе.

Выступать в качестве арбитра может только лицо, которое дало согласие на принятие полномочий арбитра. При принятии полномочий будущий арбитр не только заявляет о своей готовности принять полномочия, но и раскрывает перед сторонами информацию о себе, в том числе для обеспечения требований независимости и беспристрастности.

9.4. Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров

Российский закон выделяет два ключевых качества арбитра: это **независимость** и **беспристрастность**. Несмотря на то что они идут в паре, стоит учитывать их различное содержание. Существует, однако, устойчивая позиция, что эти качества арбитра неразрывно связаны и представляют собой единое качество беспристрастности арбитра <5>. Эта позиция подкрепляется тем, что некоторые национальные законы требуют от арбитра только независимости (Швеция, Швейцария), другие - только беспристрастности (Англия).

<5> Подробнее об этом см.: Ванюкова Е.М. Независимость и беспристрастность арбитров в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2. С. 52 - 84; Зыонг Тхи Тху Хыонг. Гарантии независимости и беспристрастности арбитров в международном коммерческом арбитраже (на примере Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2016.

Рассмотрим, как могут нарушаться принципы независимости и беспристрастности. Зависимость выражается в объективных связях стороны с арбитром, когда он имеет служебную связь со стороной, связан с ней корпоративными отношениями, его материальное положение зависит от стороны, его интересы связаны с ней. Пристрастность - это субъективное отношение арбитра к стороне или ее представителю, которое не связано с наличием зависимости. Пристрастность выражается в личном, заранее сложившемся отношении арбитра в виде предрасположенности, предубежденности, уже сформированном отношении к стороне. Такое отношение может быть как позитивным, так и негативным. С учетом различного наполнения этих двух качеств арбитр может быть независимым, но пристрастным, или же наоборот. Выявление зависимости арбитра - более простая задача, поскольку зависимость проявляется в объективных связях, которые всегда оставляют свои свидетельства. Пристрастность как выражение личного отношения может не оставлять столь явные следы в виде четко устанавливаемого отношения. Она может иметь проявления в виде публичных выступлений, связей, формирующихся в социальных сетях. Хотя и в этих случаях не всегда просто провести границу между пристрастностью и уважительным/неуважительным отношением, а также отделить отношение к личности и к позиции, ею занимаемой. Так, арбитр может иметь негативное отношение к определенной точке зрения представителя стороны, но быть совершенно нейтральным к нему как к личности.

Российская судебная практика при оценке нарушения принципа беспристрастности исходит из того, что связь арбитра со стороной должна иметь объективные подтверждения, сторона должна о ней открыто и своевременно заявить, а нарушение данного принципа должно привести к нарушению конкретного права стороны, т.е. найти отражение при рассмотрении спора <6>. В практике других государств суды указывали на обязательность следования этому принципу и обязанность арбитра раскрывать соответствующие обстоятельства. Для отвода арбитра должны существовать объективные причины, которые приводят к возникновению оправданных сомнений в беспристрастности или независимости арбитра <7>. Можно констатировать, что категории независимости и беспристрастности в значительной степени носят оценочный характер и трудно поддаются объективизации.

<6> Определение ВС РФ от 24.02.2015 по делу N 304-ЭС14-495 (N A67-1587/2014) // СПС "КонсультантПлюс".

<7> См.: UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. New York, 2012. P. 65 - 67 (<http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>; дата посещения - 06.03.2018).

Обеспечение независимости и беспристрастности арбитра реализуется посредством предоставления возможности заявить отвод арбитру. Значимым фактором при заявлении отвода закон называет **обоснованность сомнений** в беспристрастности арбитра, т.е. заявляющая отвод сторона должна указать, в чем конкретно состоят ее сомнения в беспристрастности арбитра. Таким образом, исключается возможность заявления немотивированных отводов. Проверка обоснованности этих сомнений и будет предметом проверки во время процедуры рассмотрения отвода. Важнейшим вопросом является вопрос о наличии презумпций: можно ли считать арбитра небеспристрастным, если существуют сомнения в его беспристрастности? В значительном числе случаев наличие нецелесообразных связей или зависимостей арбитра трудно установить с высокой степенью точности. Применительно к арбитражу внутренних споров ВАС РФ, рассматривая этот вопрос, указал, что арбитр может считаться независимым и беспристрастным, только если отсутствуют сомнения в обратном <8>. Была сформулирована правовая позиция о том, что принцип беспристрастности арбитра имеет приоритет перед иными положениям законодательства о третейском разбирательстве в части формирования состава суда, а беспристрастным считается арбитр, в отношении которого исключены сомнения в его пристрастности. Международная

практика не столь категорична при разрешении этого вопроса, поскольку должно учитываться не только наличие связи, но и другие факты, в том числе то, на какой стадии арбитража был заявлен отвод, в какие временные рамки и каково было поведение стороны, заявляющей отвод по этому вопросу: не является ли оно противодействием арбитражу или тактикой затягивания арбитража. Запоздалые возражения против участия в деле определенных арбитров вызывают не только потерю времени, но и удорожание разбирательства, что недопустимо, если само основание для отвода не является определенно однозначным.

<8> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 24.05.2011 N 17020/10 // СПС "КонсультантПлюс". Хотя уже в тот период такой подход вызывал критику, поскольку фактически вводил презумпцию зависимости арбитра.

Содержание категории беспристрастности арбитра раскрывается в национальной судебной практике, на уровне правил арбитража, национального законодательства, а также в документах различных организаций. Общеизвестными и универсальными стали позиции о беспристрастности и независимости арбитров, закрепленные в Типовом законе и Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ; отсюда эти положения перешли в национальные законы об арбитраже большинства стран мира. Однако это закрепление произошло лишь на уровне общего принципа арбитража, без раскрытия содержания каждого принципа. Таким образом, существует необходимость формализации и более детального формулирования допустимого характера связи арбитра со стороной.

В современном мире несложно выявить какую-либо связь одного лица с другим. В международном коммерческом арбитраже, где круг специалистов не так уж и широк, вероятность наличия связи арбитра со стороной существует уже в силу того, что специалисты в этой области знают друг друга и могут иметь общие научные или профессиональные контакты. Значительное число арбитров имеют практику в юридических фирмах или являются учеными, что предполагает большое число контактов именно в этой сфере. В силу этого возникает необходимость оценки в каждом конкретном случае, были ли нарушены принципы беспристрастности и независимости и являются ли выявленные связи допустимыми или нет.

Существенное влияние на формирование практики по вопросам беспристрастности арбитров оказало Руководство МАЮ по конфликту интересов (еще в прежней редакции) <9>. Именно на его основе многие арбитражные институты формулировали свою позицию по содержанию принципов независимости и беспристрастности при разрешении отводов арбитрам. Данное Руководство включает две части: Общие стандарты и Практическое применение Общих стандартов. Последний документ содержит типичные примеры конфликта интересов, которые могут привести к нарушению принципа беспристрастности. Для удобства использования эти типичные случаи разделены на три перечня: Красный, Оранжевый и Зеленый. В основу такого деления положен уровень связи арбитра со стороной или с иным арбитром данного состава третейского суда, соответственно, в зависимости от этого требования беспристрастности и/или независимости считаются нарушенными, находящимися под вопросом или же соблюденными. В настоящее время эти критерии распространяют свое действие не только на арбитров, но и на докладчиков, секретарей арбитража <10>.

<9> См.: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения - 06.03.2018).

<10> См.: Савранский М.Ю. Независимость и беспристрастность арбитров: новые международные стандарты // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. N 2. С. 109 - 119.

Красный перечень принципов состоит из двух частей: "Красный перечень, отказ от применения которого не допускается" (далее - первый Красный перечень) и "Красный перечень, отказ от применения которого допускается" (далее - второй Красный перечень). Эти перечни представляют собой неисчерпывающий список конкретных ситуаций, которые, в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела, вызывают обоснованные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра, т.е. в данных обстоятельствах имеет место объективный конфликт интересов с точки зрения разумного третьего лица, знающего о соответствующих фактах. Первый Красный перечень включает в себя

ситуации, вытекающие из основополагающего принципа, согласно которому никто не может быть судьей в своем деле. Поэтому раскрытие информации о ситуации не может устранить конфликт.

Первый Красный перечень содержит следующие случаи: арбитр является менеджером, директором или членом наблюдательного совета или обладает схожими полномочиями, позволяющими влиять на действия одной из сторон; арбитр имеет существенный финансовый интерес в отношении одной из сторон или итогов разбирательства; арбитр регулярно консультирует назначившую его сторону или аффилированное лицо назначившей его стороны; арбитр или его фирма извлекают существенный финансовый доход.

Второй Красный перечень охватывает ситуации, которые являются серьезными, но не в такой степени, как в первом случае. Ввиду их серьезности, в отличие от обстоятельств, указанных в Оранжевом перечне, следует считать, что в этих ситуациях имеет место отказ от права на заявление о конфликте интересов, только если и только тогда, когда стороны, которым известно о наличии ситуации конфликта интересов, тем не менее явным образом подтверждают свою готовность позволить такому лицу выступить в качестве арбитра, как указано в Общем стандарте (п. 4 (с)).

Второй Красный перечень включает следующие случаи: арбитр представляет интересы или консультирует одну из сторон или аффилированное с ней лицо; арбитр является юристом той же юридической фирмы, что и представитель одной из сторон; юридическая фирма арбитра ранее участвовала в деле, однако прекратила свое участие, при этом сам арбитр в этом деле не участвовал; юридическая фирма арбитра имеет в настоящее время существенные коммерческие связи с одной из сторон или аффилированным лицом одной из сторон; член семьи арбитра имеет существенный финансовый интерес в отношении одной из сторон или аффилированного лица одной из сторон.

Оранжевый перечень - это неисчерпывающий список конкретных ситуаций, которые (в зависимости от обстоятельств конкретного дела), по мнению сторон, могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра. Таким образом, Оранжевый перечень отражает ситуации, подпадающие под действие п. 3 (а) Общего стандарта, который предусматривает обязанность арбитра раскрыть информацию о таких ситуациях. Во всех этих ситуациях считается, что стороны согласились с кандидатурой арбитра, если после раскрытия информации не заявлены своевременные возражения (п. 4 (а) Общего стандарта). Такое раскрытие информации не должно автоматически приводить к отводу арбитра; раскрытие информации не порождает презумпцию обоснованности отвода. Цель раскрытия информации состоит в том, чтобы сообщить сторонам о ситуации, которую они, возможно, пожелают изучить более детально для того, чтобы определить, имеются ли объективно, т.е. с точки зрения разумного третьего лица, знающего о соответствующих фактах, обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра. Если в итоге оказывается, что обоснованные сомнения отсутствуют, арбитр может выполнять свои функции. Он может также выполнять свои функции, если от сторон не поступили своевременные возражения, или в ситуациях, указанных во втором Красном перечне, когда имеется особое одобрение сторон в соответствии с п. 4 (с) Общего стандарта. При этом если сторона оспаривает назначение арбитра, он тем не менее может выполнять свои функции, если орган, который должен вынести решение по заявленному отводу, сочтет, что заявленное возражение не отвечает объективной критерии для отвода.

Вместе с тем отвод арбитра, заявленный позднее на том основании, что арбитр не раскрыл такие факты или обстоятельства, не должен автоматически приводить к отказу в назначении, отводу арбитра на более поздних стадиях или успешному оспариванию какого-либо арбитражного решения. Нераскрытие информации не может привести к пристрастности или отсутствию независимости арбитра; к такому результату могут привести лишь факты или обстоятельства, которые он не раскрыл.

Изменения в Руководстве МАЮ по конфликту интересов, принятые в 2014 г., установили, что даже в случае, если ситуация не предусмотрена Оранжевым перечнем или выходит за пределы установленного им временного промежутка, арбитр все равно обязан раскрыть информацию, если это потребуется.

Оранжевый перечень содержит следующие случаи: арбитр в течение последних трех лет назначался одной из сторон и/или аффилированным лицом одной из сторон арбитром два или более раз; юридическая фирма арбитра в течение последних трех лет представляла интересы одной из сторон или аффилированного лица одной из сторон в деле, не связанном с данным спором, и без участия арбитра; арбитр является в настоящее время или являлся в течение последних трех лет арбитром в

другом арбитраже по связанному с данным спором делу с участием одной из сторон или аффилированного лица одной из сторон; арбитр или его фирма представляют интересы стороны или аффилированного лица стороны в арбитраже на регулярной основе, но не участвуют в данном споре; арбитр и другой арбитр являются юристами одной и той же юридической фирмы или членами одного адвокатского образования; член семьи арбитра является партнером или работником юридической фирмы, представляющей одну из сторон, но не участвует в работе по данному спору; существуют тесные дружеские отношения между арбитром и представителем одной из сторон, о чем свидетельствует тот факт, что арбитр и представитель регулярно проводят вместе значительное время, причем это не связано с их профессиональными рабочими обязанностями или деятельностью профессиональных или общественных организаций или объединений; арбитр в течение последних трех лет более трех раз назначался одним и тем же представителем или одной и той же юридической фирмой; арбитр и представитель одной из сторон, участвующие в одном арбитражном разбирательстве, являлись или в настоящее время являются представителями различных спорящих сторон в каком-либо ином арбитражном разбирательстве; арбитры решающего состава или арбитр и представитель одной из сторон выступали в качестве сопредставителей в течение предшествующих раскрытию трех лет; арбитр, если он ранее был судьей, в течение последних трех лет рассматривал значительное дело с участием одной из сторон; арбитр публично выступил в поддержку определенной позиции по делу, рассматриваемому в арбитраже, в печати, в речи или иным образом; арбитр занимает должность в арбитражном институте, обладающем полномочиями назначения арбитра по данному спору.

Зеленый перечень содержит неисчерпывающий список конкретных ситуаций, где с объективной точки зрения ни видимости, ни реального конфликта интересов не существует. Следовательно, арбитр не обязан раскрывать информацию о ситуациях, указанных в данном перечне. По мнению разработчиков Руководства МАЮ по конфликту интересов, должно существовать разумное ограничение раскрытия информации; в некоторых ситуациях объективный критерий должен преобладать над исключительно субъективным критерием "мнения сторон".

Зеленый перечень говорит о том, что конфликт интересов минимален, а связь арбитра со стороной считается несущественной и не свидетельствующей о нарушении принципа беспристрастности.

К обстоятельствам Зеленого перечня относятся случаи, когда арбитр выражал абстрактное мнение (например, в научной статье) по вопросам, которые могут возникнуть в ходе арбитража; юридическая фирма ранее оказывала услуги стороне по другим делам без участия арбитра; арбитр и сторона, члены одного профессионального объединения, ранее совместно выступали в качестве арбитров или экспертов; арбитр владеет незначительным числом акций стороны; арбитр и представитель стороны связаны через социальную сеть и т.д.

Указанные признаки раскрыты в перечнях гораздо более детально. Таким образом, в Руководстве МАЮ по конфликту интересов даны общие ориентиры оценки кандидатуры арбитра и заявления возражений. Общий подход Руководства состоит в том, что при наличии сомнений арбитр должен обязательно раскрыть известные ему обстоятельства, а в соответствующих случаях сам отказаться от предлагаемого назначения. Если обстоятельства входят в Оранжевый или Зеленый перечень, то решение о наличии конфликта интересов должно приниматься с учетом раскрытия арбитром информации об этих обстоятельствах. Руководство МАЮ по конфликту интересов предлагает арбитру самостоятельно определиться с наличием конфликта интересов, и если таковой будет выявлен, то либо отказаться от принятия полномочий, либо детально раскрыть информацию о наличии обстоятельств, которые могут привести к конфликту интересов. При этом раскрытие информации необходимо даже в том случае, если арбитр считает себя независимым и беспристрастным и при наличии этих обстоятельств. Если же арбитр знает о нарушении принципа независимости и беспристрастности, то и при отсутствии фиксации обстоятельств он должен отказаться от принятия полномочий. Ненадлежащие связи у арбитра могут быть не только со стороной или ее представителем, но и со свидетелями, экспертами, специалистами, привлекаемыми стороной.

В России для формализации критериев независимости и беспристрастности ТПП РФ были приняты Правила независимости и беспристрастности третейских судей <11>. Используемые там критерии беспристрастности, разработанная система оценки связей арбитра и стороны испытали несомненное влияние Руководства МАЮ по конфликту интересов и применяются в национальной практике в качестве ориентира для оценки влияния соответствующих связей на арбитра <12>.

<11> См.: Приказ ТПП РФ от 27.08.2010 N 39 "О Правилах о беспристрастности и независимости третейских судей" // СПС "КонсультантПлюс".

<12> Подробнее см.: Асосков А.В. Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. N 1. С. 142 - 171.

Одним из способов обеспечения независимого и беспристрастного арбитража стало введение в законодательство норм о содействии государственного суда в формировании состава арбитров или замене арбитра. Отказ в отводе арбитра, заявление о назначении арбитра могут быть предметом обращения в компетентный суд, если была соблюдена процедура, предусмотренная правилами арбитража.

9.5. Число членов арбитражного трибунала

Из самого понятия "состав третейского суда" можно сделать вывод о численном составе лиц, рассматривающих дело. Принимая во внимание право сторон на выбор арбитра и то, что сторон арбитража по меньшей мере две, можно сделать вывод, что состав арбитров предполагает участие в нем нескольких лиц. Необходимость регулирования численного состава третейского суда оправдана необходимостью голосования при принятии решения. Принятие решения при наличии двух мнений по разрешаемому спору будет не затруднено в случае нечетного количества состава третейского суда. В ином случае принятие решения может быть затруднительным из-за равного числа голосов, поданных за и против решения. Все источники регулирования, в том числе и Закон о МКА, указывают, что число арбитров определяется сторонами по своему усмотрению. Правило о нечетном числе арбитров скорее является обычаем оборота или рекомендацией избежать патологической ситуации, нежели четким процессуальным правилом, предписываемым сторонам. Вместе с тем есть и исключения. Так, согласно п. 2 § 15 Регламента МАК при ТПП РФ коллегия арбитров традиционно формируется в составе двух арбитров. При этом в силу п. 7 § 15 Регламента МАК при ТПП РФ если при разбирательстве спора два арбитра не придут к единому мнению относительно того, как должен быть решен спор, назначается третий арбитр в качестве председателя коллегии арбитров.

Приведенный пример подтверждает, что реализация варианта с четным числом арбитров может быть сопряжена с возможным понижением эффективности арбитража, если мнения арбитров будут расходиться при принятии решений. Если сторонами не определено число арбитров, то в соответствии с Законом о МКА, Типовым законом ЮНСИТРАЛ число арбитров для рассмотрения спора - три. Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ предусмотрено это же число арбитров, но следует отметить, что стороны имеют возможность согласовать число арбитров лишь в двух вариантах: один или три арбитра.

Правило о рассмотрении спора составом из трех арбитров четко прослеживается в большинстве регламентов арбитражных институтов. Эта конструкция является классической и применяется к большинству рассматриваемых споров. Совершенствование арбитражных процедур в последние десятилетия позволяет говорить о нарастающей тенденции перехода к разрешению спора единоличным арбитром. Отход от рассмотрения спора коллегиально и назначение единоличного арбитра по некоторым категориям дел - вполне оправданный шаг, не только ускоряющий, но и удешевляющий арбитражную процедуру.

Возможность единоличного рассмотрения спора арбитром, как правило, определяется самим арбитражным институтом, исходя из сложности дела или цены иска. SCC в п. 1 ст. 16 своего Регламента устанавливает это правило. В Правилах арбитража МКАС МКАС закреплено положение о том, что, если цена иска не превышает эквивалент всех требований 50 000 дол. США, Комитет по назначениям МКАС при ТПП РФ с учетом рассматриваемого спора и других обстоятельств может назначить рассмотрение спора единоличным арбитром (п. 2 § 16). LCIA и ICC закрепили правило о единоличном рассмотрении всех споров, если только стороны не договорились об ином или если суд не признает, что с учетом всех обстоятельств дела арбитраж в составе трех арбитров является целесообразным.

9.6. Способы формирования арбитражного трибунала

Процедура рассмотрения спора и вынесение решения зависят не только от правил, по которым они будут осуществляться, но и от персонального состава арбитров. Личностные и профессиональные качества арбитра, рассматривающего спор, его приверженность к определенной системе права могут играть первостепенную роль в вынесении арбитражем качественного решения. Именно это обстоятельство делает формирование третейского суда одной из важнейших его стадий. Далеко не всегда стороны адекватно оценивают влияние личности арбитра на решение арбитража, а потому недооценивают значение этой стадии. Правила арбитража или соглашение сторон могут предусматривать различные способы формирования третейского суда, но базовым способом остается его формирование посредством **выбора** арбитров сторонами арбитража. Назначение арбитров выступает факультативным способом, хотя его применение предусмотрено многими регламентами арбитражных институтов.

Влиять на формирование арбитражного трибунала стороны могут двумя путями: напрямую выбрать арбитра или своим соглашением определить процедуру формирования состава арбитров, а также установить требования к кандидатуре арбитра. Этот путь позволяет сторонам в полной мере контролировать персональный состав арбитров, но далеко не всегда такой порядок формирования состава предусмотрен арбитражным соглашением. Возможность формирования состава арбитров сторонами является ярким отличием арбитража как процедуры рассмотрения спора от государственного судопроизводства. Сформировать состав третейского суда исключительно путем прямого установления кандидатур арбитров не всегда бывает возможно и целесообразно, поэтому чаще всего в формировании состава арбитров участвует арбитражный институт, организующий процесс рассмотрения спора, а также иные компетентные органы, на которые возложена эта функция.

Источником процедуры формирования состава третейского суда являются национальные законы, регулирующие международный арбитраж, арбитражное соглашение сторон и регламент соответствующего арбитражного института. Унификация процедур формирования третейского суда напрямую связана с унификацией источников, их регулирующих. Национальные законы, испытавшие влияние Типового закона ЮНСИТРАЛ, как правило, ему соответствуют и не отличаются разнообразием конструкций формирования третейского суда. Регламенты арбитражных институтов имеют большую вариативность подходов. Соглашение сторон по этому вопросу зависит лишь от уровня квалификации лиц, его составляющих, и их правовых воззрений, а потому может предусматривать весьма экзотичные способы формирования третейского суда. Учесть все возможные способы не представляется возможным, поэтому стоит сконцентрировать внимание на модельном регулировании этого вопроса (Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ) и регулировании, предусмотренном регламентами ведущих арбитражных центров. Существенное влияние на способы и порядок формирования третейского суда оказали два международных акта: Европейская конвенция 1961 г. и Нью-Йоркская конвенция 1958 г.

В международном коммерческом арбитраже применяются различные способы формирования состава арбитров:

- на основании соглашения сторон об арбитраже;
- путем выбора каждой из сторон по одному арбитру при коллегиальном рассмотрении дела;
- выбор избранными сторонами арбитрами третьего арбитра - председателя состава арбитров (суперарбитра);
- назначение арбитра арбитражным институтом. Таким образом обычно назначается единоличный арбитр или председатель коллегиального состава. Этот способ применяется к единоличному арбитру, когда стороны не смогли прийти к соглашению о его кандидатуре. При назначении председателя состава многие арбитражные регламенты прямо закрепляют право арбитражного института на его назначение;
- назначение арбитров нейтральной организацией или государственным судом в случаях, прямо предусмотренных международными договорами, национальными законами или арбитражными регламентами, по просьбе одной из сторон, при наличии затруднений в формировании состава арбитров.

В соответствии со ст. 11 Закона о МКА стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру избрания (назначения) арбитра или арбитров при условии соблюдения положений п. п. 4 и 5 этой статьи.

Статья 11 постулирует, что в отсутствие соглашения:

"1) при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра; в случае если сторона не назначит арбитра в течение 30 дней по получении просьбы об этом от другой стороны или если два арбитра в течение 30 дней с момента их назначения не договорятся о назначении третьего арбитра, по заявлению любой стороны назначение производится компетентным судом;

2) при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не придут к соглашению об избрании арбитра, по просьбе любой стороны назначение производится компетентным судом.

4. Любая сторона может просить компетентный суд принять необходимые меры с учетом согласованной сторонами процедуры избрания (назначения) арбитров при условии, что соглашение о такой процедуре избрания (назначения) не предусматривает иных способов обеспечения назначения, если при процедуре избрания (назначения) арбитров, согласованной сторонами:

одна из сторон не соблюдает такую процедуру, или

стороны или два арбитра не могут достичь соглашения в соответствии с такой процедурой, или

третье лицо, включая постоянно действующее арбитражное учреждение, не выполняет какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой.

5. Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, своим прямым соглашением могут исключить возможность разрешения данного вопроса судом (если стороны своим прямым соглашением исключили данную возможность в случаях, указанных в абзацах втором - четвертом пункта 4 настоящей статьи, арбитраж прекращается и спор может быть передан на разрешение компетентного суда).

6. При назначении арбитра компетентный суд учитывает любые требования, предъявляемые к арбитру соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра".

Одним из способов согласования единоличного арбитра является обмен между сторонами списками допустимых к назначению арбитров. Если одна из кандидатур указана в обоих списках, то такой арбитр считается согласованным. Указывать на конкретного арбитра в тексте контракта не всегда разумно, поскольку указанный арбитр может отказаться от функций арбитра, например, из-за конфликта интересов или не иметь возможности эффективно осуществить функции арбитра в момент возникновения спора <13>.

<13> Huleatt-James M., Gould N. International Commercial Arbitration: a Handbook. Essex, 1999. P. 63.

Порядок формирования третейского суда принципиально можно разделить на две большие группы: порядок формирования, установленный сторонами, и порядок, установленный регламентом арбитражного центра. Анализировать способы формирования третейского суда, устанавливаемые сторонами, достаточно сложно ввиду их разнообразия. При этом последствия нарушения согласованного порядка, установленные законом и регламентами, вполне поддаются анализу. Поскольку без формирования третейского суда разрешение спора невозможно, вполне логично установление таких процедур, чтобы права пострадавшей стороны не остались без защиты ввиду несоблюдения одной из сторон взятых на себя обязательств по формированию третейского суда.

Усложнение арбитражных разбирательств выявило существенную проблему формирования состава третейского суда в условиях множественности сторон. Очевидно, что в такой ситуации выбор по одному арбитру каждой из сторон не позволит сформировать состав арбитров на тех же условиях, что и при одном истце и ответчике <14>.

<14> См.: Рубина Е.А. Многосторонний арбитраж: проблема формирования состава арбитража //

Международный коммерческий арбитраж. 2007. N 2. С. 41 - 52.

В этом случае механизм "один арбитр от одной стороны" не может быть использован, поскольку это приведет к нарушению численного состава арбитражного трибунала. Если требования адресованы к нескольким сторонам и могут быть разделены на несколько исков к каждому конкретному ответчику, то вопрос формирования состава будет решаться в обычном порядке. Если требования разделить невозможно, как правило, используется механизм, при котором несколько сторон должны совместно назначить одного арбитра. Указанный подход не будет работать, если у ответчиков разные процессуальные интересы. Это в полной мере проявилось в деле **Dutco (Siemens AG and BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co.)**. В решении французского кассационного суда от 07.01.1992 была сделана ссылка на нарушение принципа равенства сторон в ситуации множественности сторон <15>, поскольку одна из сторон имела право выбирать арбитра, а другие были обязаны согласовывать его кандидатуру между собой и в итоге были лишены права выбора.

<15> Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co. // Revue de l'arbitrage. 1992. N 3. P. 470 - 472.

Однако предоставление права каждой стороне назначить своего арбитра не решает проблемы, прежде всего в силу запрета многих правил арбитража на состав суда, содержащий более трех лиц, а кроме того, это может ущемить интересы участника, на стороне которого нет множественности сторон. В этом случае истец назначит одного арбитра, а ответчики - сразу несколько. Вышеуказанное дело, хотя и не сразу, но внесло коррективу в назначение арбитров при множественности сторон. Если стороны не могут совместно назначить арбитра, то арбитражный институт назначает всех арбитров самостоятельно, в том числе и за ту сторону, которая выбрала арбитра. Такой подход ставит все стороны в равное положение. В настоящее время именно данный подход получил закрепление в большинстве правил арбитража.

Пункт 8 § 16 Правил арбитража МКАС МКАС устанавливает, что в случае множественности сторон не происходит увеличение числа арбитров, но сторона, имеющая множественность, совместно избирает арбитра от истцов или ответчиков. Если соглашение между ними достигнуто не будет, то Комитет по назначениям МКАС при ТПП РФ осуществляет назначение за них, также он вправе осуществить назначение и за другую сторону. Полномочия избранного арбитра в этом случае прекращаются.

В силу ч. 3 ст. 18 Регламента Арбитражного центра РСРП в случае, если участвующие в арбитраже несколько ответчиков совместно не выберут основного и/или запасного арбитра, по письменному заявлению одного из них председатель Арбитражного центра вправе назначить основного и/или запасного арбитра со стороны истца (истцов). В таком случае полномочия избранного истцом (истцами) арбитра прекращаются.

Подобную конструкцию предусматривают регламенты других институциональных арбитражей. В Регламенте ICC этому вопросу посвящен п. 8 ст. 12, в SCC - п. 5 ст. 17, в LCIA - ст. 8. Стоит отметить, что регулирование данного вопроса достаточно однотипно, особенно с учетом его правоприменительной практики.

Огромное значение для формирования состава третейского суда имеет способ выбора или назначения арбитра. У многих арбитражных институтов есть свои списки арбитров (рекомендованные списки арбитров), из которых стороны выбирают или арбитражный институт назначает арбитров. Эти списки могут быть как открытыми, так и закрытыми. Открытые списки играют главным образом рекомендательную роль и позволяют сторонам воспользоваться уже проделанной арбитражным институтом работой и выбрать арбитра из числа специалистов, рекомендованных арбитражным институтом. Если сторона желает выбрать кандидатуру арбитра не из открытого рекомендованного списка, это возможно, но в ряде случаев и при соблюдении ряда формальных правил. В случае с закрытым списком арбитров право сторон на выбор арбитра ограничено исключительно лицами, поименованными в указанном списке.

Новеллы, внесенные в российское законодательство об арбитраже, разрешают обуславливать

избрание арбитра исключительно из списка только прямым соглашением сторон (см. п. 7.5.2 настоящего учебника).

В ряде арбитражных институтов (см. гл. 22 настоящего учебника) вообще отсутствуют рекомендованные списки арбитров, а арбитражное учреждение при назначении арбитров использует собственные закрытые базы специалистов.

Открытые и закрытые списки имеют свои положительные и отрицательные стороны. Безусловным плюсом открытых списков является возможность для сторон в наиболее полной мере реализовать свое право на подбор кандидатуры арбитра, которая их устраивает. Фактор доверия к конкретному арбитру может играть решающую, даже превалирующую роль над его профессиональными познаниями в конкретной области международного коммерческого арбитража. Как бы ни был велик опыт администрирования международных споров у арбитражного института, он не в состоянии включить в свой список всех специалистов в области международного коммерческого арбитража. Более того, для многих сторон кандидатуры из списка арбитров могут быть вообще не знакомы, а потому и степень доверия к ним может быть ниже, чем к специалисту, о котором они знают. Однако именно это свойство и является оборотной стороной медали, которая может свести на нет все преимущества такого способа формирования состава. Выбор арбитров из числа кандидатур, не внесенных в открытый список, может позволить ввести в состав третейского суда лицо, профессиональные и личностные качества которого неизвестны арбитражному институту. Даже с учетом заполнения необходимых документов остается открытым вопрос и о его независимости от сторон, и о беспристрастности. В то же время именно при содействии арбитражного института проводится арбитражная процедура, которая может оказаться под угрозой из-за некомпетентных действий такого арбитра. Для нивелирования назначения некомпетентного или явно непригодного по иным причинам арбитра в ряде арбитражных институтов, которые уделяют повышенное внимание своей репутации, применяется процедура утверждения арбитра компетентным органом или лицом арбитражного учреждения. Если арбитр не подходит по определенным критериям, его кандидатура может быть отклонена.

Такой подход к выдвижению кандидатур арбитров, не включенных в открытый список, для международного коммерческого арбитража не является чем-то необычным и установлен во многих арбитражных центрах. Суд ICC утверждает предложенные сторонами кандидатуры (ст. 13 Регламента) или выдвинутые национальными комитетами, при этом рекомендованный список арбитров в этом суде отсутствует. Кандидат, заполняя заявление, в числе прочих данных должен сообщить о наличии у него времени для принятия участия в рассмотрении спора. В Регламентах SCC и LCIA предусмотрены аналогичные нормы относительно возможности назначения арбитром любого лица, соответствующего предъявляемым к арбитру требованиям. При этом в LCIA четко указано (в п. 5.7 Регламента), что назначение арбитров производит только суд, стороны не могут самостоятельно сформировать состав третейского суда, но их выбор учитывается при формировании состава.

Право отклонить выдвинутую стороной кандидатуру арбитра предусмотрено в п. 2 ст. 13 Регламента ICC. SCC прямо не устанавливает возможность отказа в назначении арбитра, но это право вытекает из п. 7 ст. 17 его Регламента (при назначении арбитра учитываются различные обстоятельства). Это же право прямо закреплено в ст. 7.1 Регламента LCIA (если кандидатура арбитра не является подходящей, независимой или беспристрастной или иным образом не соответствует требованиям Регламента). В Правилах МКАС при ТПП РФ не предусмотрена возможность отказа лицу выступать в качестве арбитра, если его кандидатура выдвинута одной из сторон спора, поэтому отказать стороне в его утверждении можно, только основываясь на устанавливаемых правилами и законом общих требованиях к арбитру.

В МКАС при ТПП РФ в целях оказания помощи сторонам в выборе лиц, обладающих необходимыми качествами для избрания их арбитрами, Торгово-промышленной палатой РФ сроком на 6 лет утверждается список арбитров, в котором указываются имя и фамилия арбитра, его образование и место работы, ученая степень и звание, специальность. При принятии на себя функций арбитра лицо заполняет и подписывает заявление установленной формы, где излагает свои краткие биографические данные, сведения об образовании, трудовой деятельности. При назначении в качестве арбитра для рассмотрения конкретного спора лицо должно сообщить о всех известных ему обстоятельствах, которые могут помешать рассматривать данный спор справедливо и беспристрастно, не отдавая предпочтение какой-либо стороне арбитражного разбирательства и обеспечивая равные возможности для сторон. Эти данные об арбитрах могут быть предоставлены любой из сторон по ее запросу. При исполнении

потенциальным арбитром вышеуказанных требований арбитражного института он может быть назначен арбитром для рассмотрения конкретного дела. Нарушение указанных требований может служить основанием для отвода арбитра или отказа в приведении в исполнение вынесенного решения. Однако заявление об обстоятельствах, препятствующих арбитру участвовать в рассмотрении спора, должно быть подано в установленные регламентом сроки. Так, ВАС РФ указал, что сторона, не заявив вовремя об отводе арбитра, утратила право ссылаться на нарушение процедуры формирования состава арбитров <16>.

<16> Определение ВАС РФ от 18.05.2009 по делу N ВАС-3436/09 // СПС "КонсультантПлюс".

Вступая в арбитражную процедуру, стороны далеко не всегда готовы исполнять свои процедурные обязательства, в частности и по формированию состава третейского суда. Регламенты предусматривают различные сроки, связанные с формированием состава третейского суда. К таким срокам относятся: срок на выбор стороной арбитра, срок выбора (назначения) третьего арбитра двумя избранными арбитрами или арбитражным учреждением. В МКАС при ТПП РФ срок, предоставляемый сторонам на выбор арбитра, составляет 15 дней после получения уведомления. При этом стоит отметить, что МКАС предлагает выбрать арбитров сторонам не одновременно. Сначала арбитра выбирает истец, а после того как он сделает это или за него арбитр будет назначен судом, предлагается сделать выбор ответчику. В предложении для ответчика по поводу выбора арбитра должно содержаться указание на кандидатуру арбитра, выбранного со стороны истца. Указанный срок на выбор арбитра и такая процедура выбора характерны для многих арбитражных институтов. ICC предусматривает ту же процедуру и сроки, но если стороны решили, что спор должен рассматриваться единоличным арбитром, то срок согласования его кандидатуры устанавливается в 30 дней. В SCC срок выбора арбитра определяется правлением, а если спор должен рассматриваться единоличным арбитром, то срок согласования кандидатуры равен 10 дням. LCIA формирует состав третейского суда по истечении 35 дней после передачи ответчику обращения истца об арбитраже. Таким образом, документы, в которых суд предлагает сторонам избрать арбитра, могут быть различными, но процедура формирования состава третейского суда ведущих арбитражных центров в значительной степени унифицирована.

Регламенты арбитражных институтов не регулируют вопрос о последствиях выбора арбитра стороной или формирования состава избранными арбитрами с нарушением срока, установленного регламентом или законом. Решение этого процедурного вопроса и юридические последствия совершения этих действий за пределами срока во многом зависят от того, какие действия были совершены после истечения данного срока. Очевидно, что целью установления этих сроков является содействие стороне в реализации ее права на участие в формировании состава арбитров для рассмотрения спора. Если одна сторона не реализует свое право, то это не должно приводить к нарушению права другой стороны на защиту своих прав сформированным составом третейского суда.

Институт восстановления процессуальных сроков, известный процессуальному праву, отсутствует в международном коммерческом арбитраже применительно к формированию состава арбитров. Поэтому если сторона избрала арбитра или два арбитра выберут третьего за пределами установленного срока, то его избрание будет легитимно, если к этому моменту ни одна из сторон не обратилась к компетентному органу за содействием в формировании состава арбитров. Если эти действия не были совершены, то, исходя из практических соображений, арбитражные институты склонны удовлетворять просьбу о назначении арбитра просрочившей стороной. Если уже запущен процесс формирования состава или назначения арбитра за просрочившую сторону, то удовлетворение заявления этой стороны может привести к нарушению положений регламента о порядке формирования состава третейского суда. Последнее обстоятельство имеет огромное значение ввиду того, что рассмотрение спора составом арбитров в нарушение правил его формирования, установленных регламентом или соглашением сторон, является основанием для отказа в приведении в исполнение решения арбитража, что прямо установлено в п. 1 (b) ст. V и в п. 2 (b) Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Национальные законы, регулирующие деятельность международных коммерческих арбитражей, и регламенты арбитражных институтов предусматривают способы формирования состава арбитров путем назначения арбитра за лицо, которое уклоняется от выбора арбитра. Назначающий орган по своему усмотрению производит за уклоняющуюся сторону назначение арбитра, но при этом он обязан

руководствоваться соглашением сторон относительно требований к арбитру. Определение назначающего органа необходимо как гарантия формирования состава третейского суда. Характер арбитражного соглашения влияет на то, кто будет выступать в роли назначающего органа. Как и во многих диспозитивных нормах, прежде всего эти вопросы должны быть разрешены сторонами. Другим аспектом, влияющим на определение назначающего органа, служит избранный сторонами порядок арбитража - **ad hoc** или определенный арбитражный институт. Регулирование вопроса о назначении арбитра в арбитражном институте за уклоняющуюся сторону определено в его регламенте, в арбитраже **ad hoc** такое регулирование по естественным причинам отсутствует.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ в ст. 6 указывает, что назначающий орган определяется каждым государством самостоятельно, но тем не менее на первом месте там указан суд данного государства, допускаются, однако, и иные органы. После реформы законодательства об арбитраже в РФ, как и во многих странах мира, в силу ст. 6 российского Закона о МКА таким органом выступает компетентный суд. Отмечается, что существует тенденция к расширению этой формы содействия государственного суда международному коммерческому арбитражу <17>.

<17> См.: Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М., 2008. С. 25.

Формирование состава арбитров международного коммерческого арбитража посредством содействия компетентного суда в России не является устоявшейся практикой, поэтому сложно сказать, как будет учитываться гражданство кандидата в арбитры и каким образом компетентный суд будет взаимодействовать с иностранными гражданами, выясняя их квалификацию и получая согласие на принятие полномочий арбитра.

Процедура назначения арбитра за уклоняющуюся от этого сторону урегулирована в различных источниках. В случае невыполнения сторонами обязанностей по формированию арбитражного трибунала он назначается за нее уполномоченным лицом или органом арбитражного института. В МКАС при ТПП РФ эту функцию исполняет Комитет по назначениям МКАС (до 2017 г. - Президиум МКАС), в ICC - генеральный секретарь, в LCIA - президент или вице-президент, в SCC - правление, по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ этот компетентный орган определяет генеральный секретарь ППТС в Гааге.

Выполнение функции назначения арбитра за уклонившуюся от этого сторону в вышеуказанном порядке характерно для институционального арбитража, поскольку в данном случае действует его регламент и им и регулируется порядок назначения арбитра. Совершенно иная ситуация в случае с арбитражем **ad hoc**, поскольку регулирование отношений сторон производится лишь их соглашением и национальным законом. Применение регламента арбитражного института может быть осуществлено лишь в случае прямой ссылки на него. В отношении арбитража **ad hoc** действует ст. 6 Закона о МКА, которая развивает положения ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Кроме того, действует Европейская конвенция 1961 г., которая в ст. 4 возлагает эту функцию на "председателя компетентной торговой палаты страны, в которой на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж проживает или имеет свое место нахождения сторона, не назначившая арбитра". Национальные законы государств, ориентируясь на ст. 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ, установили компетентный орган, который должен выполнять эту функцию в отношении арбитража **ad hoc**. Однако в Китайской Народной Республике (Закон КНР "Об арбитраже" 1995 г.) отсутствуют положения, предусматривающие возможность создания арбитража **ad hoc** (подробнее об этом см. п. 22.7.1 настоящего учебника).

Арбитражные соглашения могут содержать различные конструкции, например отсылку к арбитражному институту и иным правилам, что может вызвать различные толкования смысла заключенного соглашения, даже относительно того, был согласован арбитражный институт или же арбитраж **ad hoc**. Выразительной иллюстрацией этого может служить следующее дело. Стороны согласовали следующее арбитражное соглашение: "Все споры и/или разногласия, которые могут возникнуть из настоящего контракта, если стороны не придут к соглашению, будут разрешаться в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Москва) на основании контракта и юридических норм материального права страны заказчика". Указанный спор был рассмотрен по существу арбитражем

ad hoc. В нем арбитраж установил наличие и действительность арбитражной оговорки и дал ее толкование, признав, что стороны контракта договорились о рассмотрении споров, возникающих из этого контракта, арбитражем согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. В качестве компетентного органа, согласованного сторонами, выступает МКАС при ТПП РФ <18>. При этом состав арбитров исходил из того, что урегулированная названным Регламентом процедура является процедурой арбитража **ad hoc**, а указание на МКАС при ТПП РФ свидетельствует о выборе его сторонами в качестве назначающего органа. Оценивая позицию арбитража, ВАС РФ указал, что, поскольку ответчик не высказывал своих возражений относительно существования и действительности арбитражной оговорки, компетенции третейского суда и отдельных арбитров, он утрачивает право на возражение <19>.

<18> Любопытно, что при анализе похожей по содержанию арбитражной оговорки МКАС при ТПП РФ в Постановлении от 27.05.1998 по делу N 101/1996 признал отсутствие компетенции, указав, что в арбитражной оговорке МКАС предусмотрен только в качестве места проведения арбитражного разбирательства, а по вопросам формирования и функционирования арбитража в ней сделана отсылка к правилам ICC. Постановление МКАС при ТПП РФ от 27.05.1998 по делу N 101/1996 // СПС "КонсультантПлюс".

<19> Постановление Президиума ВАС РФ от 11.05.2005 N 207/04 // СПС "КонсультантПлюс".

В другом деле при арбитражной оговорке о "рассмотрении споров в третейском суде г. Москвы в соответствии с правилами UNCITRAL, с условием назначения арбитров президентом Международной торговой палаты г. Париж" ВАС РФ указал, что данное арбитражное соглашение является неисполнимым, поскольку сторонами не были согласованы надлежащим образом правила, по которым третейское разбирательство должно проводиться, не установлено уполномоченное лицо по назначению арбитров третейского суда <20>. Оценивая арбитражное соглашение, суд не стал пытаться применить Европейскую конвенцию, применение которой могло бы в корне изменить решение.

<20> Определение ВАС РФ от 17.02.2010 N ВАС-17333/09 // СПС "КонсультантПлюс".

Довольно необычный способ формирования состава арбитров предусмотрен в факультативной арбитражной оговорке для использования в контрактах в сфере российско-американской торговли и инвестирования от 1992 г. Согласно данной оговорке арбитражные институты участвуют в системе взаимного назначения арбитров. Данная оговорка предусматривает правила назначения каждой стороной своего арбитра при обязательном рассмотрении спора между российской и американской сторонами тремя арбитрами. В случае неназначения арбитра ответчиком в течение 15 дней после получения уведомления истца арбитра назначает ТПП РФ (если ответчик - российская сторона) или Американской арбитражной ассоциацией (если ответчик - американская сторона). В случае неназначения или несообщения в течение 15 дней после получения запроса от истца о назначении арбитра данными организациями арбитра назначает Стокгольмской торговой палатой. Такое же правило действует и в случае недостижения согласия между двумя арбитрами о назначении председателя состава.

Имеет определенные особенности назначение единоличного арбитра, если в соответствии с регламентом спор рассматривается таким арбитром. В LCIA, ICC и SCC при единоличном рассмотрении спора стороны могут договориться о его кандидатуре и представить ее на утверждение в арбитраж; если же они об этом не договорятся, то такой арбитраж будет назначен за них судом. В ICC и LCIA предусмотрено, что арбитраж не должен быть из страны, к которой принадлежат стороны. В МКАС при ТПП РФ единоличный арбитраж назначается арбитражем из рекомендованного списка арбитров. Наиболее необычная процедура назначения единоличного арбитра установлена Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Сначала эту кандидатуру согласовывают стороны; если они не достигнут соглашения, то арбитраж направляет им список арбитров. Стороны исключают из него арбитров, против которых возражают, и нумеруют оставшихся в порядке предпочтения. Назначается арбитраж из числа лиц, одобренных сторонами, в соответствии с порядком их предпочтения. Если по этой процедуре не удается назначить арбитра, то суд назначает его по своему усмотрению.

Коллегиальное рассмотрение спора, предполагающее в большинстве случаев трех арбитров, означает необходимость сформировать этот состав арбитров, используя соответствующие правила регламента. Регламенты многих арбитражных институтов следуют логике, закрепленной в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, когда каждая из сторон выбирает арбитра, а два избранных таким образом арбитра избирают третьего. Указанное правило закреплено в Законе о МКА, Типовом законе ЮНСИТРАЛ, в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ. В МКАС при ТПП РФ арбитров выбирают стороны, при этом третьего арбитра выбирают не двое избранных (назначенных) арбитров (как это было до 2006 г.), а его назначает Комитет по назначениям МКАС только из рекомендованного списка арбитров по международным коммерческим спорам. В SCC арбитров выбирают стороны, а председательствующего назначает правление. В LCIA и ICC, как уже упоминалось, формирование коллегии арбитров производит суд самостоятельно, на основании кандидатур, предложенных сторонами.

При коллегиальном рассмотрении спора в составе арбитров выделяется фигура председателя. Он руководит проведением заседаний состава, координирует действия состава арбитров и самого арбитражного института.

Имеет свои особенности формирование состава третейского суда в соответствии с Европейской конвенцией 1961 г. Стороны могут предусмотреть в арбитражном соглашении рассмотрение споров арбитражем **ad hoc** и при этом не определить процедуру выбора или назначения арбитров. В таком случае, согласно положениям ст. IV Европейской конвенции 1961 г., если в течение 30 дней после уведомления ответчика о передаче дела в арбитраж какая-либо из сторон не выбрала арбитра, то арбитр за эту сторону будет назначаться по просьбе другой стороны председателем торговой палаты страны, в которой на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж проживает или имеет свое место нахождения не назначившая арбитра сторона. Избранные (назначенные) таким образом арбитры договариваются о назначении третьего арбитра, а если они не придут к соглашению по этому вопросу, истец должен будет обратиться с просьбой о принятии этих мер (если стороны договорились о месте арбитража) по своему выбору либо к председателю компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо к председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет свое место нахождения. Если стороны о месте арбитража не договорились, то истец может обратиться по своему выбору либо к председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет свое место нахождения, либо к Специальному комитету. Если истец не воспользовался правами, предоставленными ему настоящей статьей, этими правами могут воспользоваться ответчик или арбитры. Если в течение 60 дней с момента получения им просьбы председатель торговой палаты, к которой была направлена просьба в силу положений ст. IV Европейской конвенции 1961 г., не примет соответствующих мер, лицо, обратившееся с просьбой, может обратиться к Специальному комитету с просьбой о том, чтобы он взял на себя выполнение функций, которые не были выполнены.

Как мы видим, в отличие от Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ Европейская конвенция 1961 г. предусматривает большую вариативность в вопросе о компетентном органе, который будет производить назначение арбитра за просрочившую сторону. Возможность выбора компетентного органа зависит, прежде всего, от наличия соглашения сторон о месте арбитража. Следует обратить внимание и на предусмотренный Европейской конвенцией 1961 г. особый орган - Специальный комитет, состав и характер деятельности, полномочия которого определены в Приложении к Европейской конвенции 1961 г.

Отличия в порядке формирования состава арбитров для рассмотрения конкретного спора в наиболее известных арбитражных институтах, таких как МКАС при ТПП РФ, ICC, SCC, LCIA, а также по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ наглядно продемонстрированы в таблице.

Характеристика	Арбитражный институт/регламент				
	МКАС при ТПП РФ	SCC	LCIA	ICC	ЮНСИТРАЛ

Наличие открытого списка арбитров	Да	Да	Да	Да	Нет, если стороны не согласовали иное
Количество арбитров	Три	По решению правления	Один	Один	Три
Возможность отклонения кандидатуры арбитра	Нет	Правило четко не определено	Да	Да	Нет
Компетентный орган назначения арбитра за сторону	Комитет по назначениям	Правление	Президент	Генеральный секретарь на основе предложения Национального комитета той страны, сторона которой не сделала выбор	Орган согласуется сторонами; если не согласован, то генеральным секретарем ППТС в Гааге
Порядок формирования коллегии арбитров	Избирает истец, потом ответчик с учетом выбора истца, третьего назначает Комитет	Стороны избирают по арбитру, третьего назначает суд	Назначается судом с учетом выбора сторон	Назначается судом с учетом выбора сторон	Стороны выбирают по арбитру, назначенные арбитры выбирают третьего
Срок выбора арбитра	15 дней	10 дней	35 дней	30 дней	30 дней
Порядок назначения единоличного арбитра	Назначается судом из рекомендованного списка	Если стороны не согласуют кандидатуру, то назначается судом	Назначается судом с учетом выбора сторон	Назначается судом по предложению Национального комитета	Сторонам направляется список, из которого они исключают арбитров и указывают оставшихся в порядке предпочтения
Срок назначения единоличного арбитра	15 дней	10 дней	35 дней	30 дней	30 дней на согласование сторон, потом 15 дней на выбор из предложенного списка

Изложенные правила формирования третейского суда позволяют сделать вывод о том, что в

арбитражных регламентах указанная процедура прописана весьма четко и даже при противодействии одной из сторон арбитражное разбирательство не будет парализовано. Однако платой за такую стабильность служит значительный срок, уходящий на формирование состава арбитров.

Помимо обычного порядка формирования арбитражного трибунала многие арбитражные институты предусматривают правила ускоренного арбитража, что обычно обусловлено соглашением сторон об этом или же небольшой суммой иска. Основное их отличие от общих правил арбитража состоит в более сжатых сроках рассмотрения дела, которые достигаются не в последнюю очередь за счет рассмотрения спора единоличным арбитром, назначаемым арбитражным институтом.

9.7. Отвод и самоотвод арбитров

Право отвода арбитра тесно связано с основным принципом арбитража - правом на рассмотрение спора независимым и беспристрастным арбитром. Регулирование института отвода и прекращения полномочий арбитров закреплено в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и Законе о МКА. Изложенные там подходы имеют давнюю традицию применения в международном коммерческом арбитраже. Соблюдение принципов независимости и беспристрастности реализуется именно через процедуру отвода или самоотвода арбитра. Стороны самым тщательным образом подходят к формированию персонального состава арбитражного трибунала и обращают самое пристальное внимание на арбитров, которые избраны другой стороной. Для этих целей выявляются любые данные, которые могут поставить под сомнение независимость и беспристрастность арбитра, в том числе его ненадлежащие связи с одной из сторон.

Следует обратить внимание на установление обязанности арбитра раскрыть информацию о своих связях со сторонами. В международных коммерческих арбитражах процедура принятия полномочий арбитра обычно сопровождается заполнением определенного бланка, разработанного арбитражным институтом и предлагаемого арбитрам для заполнения. Часто такой формой является акт о беспристрастности арбитра.

Содержание обстоятельств, которые подлежат раскрытию, закон не определяет, указывая, что это могут быть любые сведения, если они вызывают **обоснованные сомнения** в беспристрастности арбитра. Оценивать обоснованность сомнений предлагается сначала самому арбитру при заполнении документа. В то же время использование в данной норме права слова "любые" предполагает обязанность арбитра указать сторонам на наличие всех обстоятельств, которые связывали или связывают его со сторонами и могут вызвать такие сомнения. Получив информацию, сами стороны будут оценивать возможную степень влияния этих обстоятельств на арбитра. Поскольку в результате нарушения права на беспристрастный и независимый суд могут пострадать права стороны, именно она и должна решать, доверяет ли она данному арбитру и есть ли в этом случае основания для заявления отвода.

Если основания для отвода возникают в ходе арбитража, то арбитр **обязан** сообщить о них сторонам. Это в полной мере относится и к обстоятельствам, о которых арбитр по каким-либо причинам не сообщил сторонам ранее.

Основанием для отвода могут выступать не только обстоятельства, связанные с нарушением независимости и беспристрастности арбитра, но и **нарушение требований к арбитру**, установленных законом или соглашением сторон. Понятие "соглашение" стоит понимать в широком смысле, т.е. дополнительные требования к арбитру могут содержаться в правилах арбитражного института. Они призваны обеспечить его надлежащее образование и квалификацию, способность обеспечить беспристрастное разрешение спора, отсутствие прямой или косвенной заинтересованности в исходе дела.

При заявлении отвода имеет значение, в какой момент сторона, заявляющая отвод, стала обладать информацией о наличии оснований для заявления отвода и как она этой информацией воспользовалась. Если она обладала этой информацией и сама избрала арбитра, то она лишается права на соответствующее заявление. Следует отметить, что при формировании состава арбитров могут войти в противоречие право на выбор арбитра и право на отвод. Сторона, избравшая арбитра, имеет право на его отвод, только если не знала об обстоятельствах, служащих основанием для его отвода. Однако если она знала о них в момент выбора, то она лишается права на отвод. Такое поведение стороны может быть расценено как злоупотребление правом, хотя арбитр при наличии таких обстоятельств не освобождается

от обязанности заявить самоотвод. В этом случае арбитражный трибунал или компетентный суд должен будет оценить, привело ли это нарушение к принятию незаконного решения в отношении стороны, которая не выбирала этого арбитра. Если же сторона не избирала отводимого арбитра, то следует учитывать правило об отказе от права на возражение. Если сторона знала об обстоятельствах для отвода, но не воспользовалась ими в разумный срок, то она утрачивает право на соответствующее возражение.

В случае пропуска этого срока состав арбитров должен будет руководствоваться принципами арбитража, т.е. при разрешении отвода, заявленного с пропуском установленного срока, следует исследовать причины этого пропуска и то, насколько указанное нарушение срока ущемит права сторон арбитража. Если основанием для отвода служат обстоятельства, свидетельствующие о несоответствии кандидатуры арбитра требованиям к арбитру, то он подлежит отводу, даже если отвод заявлен с пропуском срока. Рассмотрение дела с его участием делает состав арбитров незаконным, в силу чего может быть отказано в признании или приведении в исполнение вынесенного решения. Тот факт, что отвод не был заявлен или что в удовлетворении отвода (самоотвода) было отказано, при этом не существен, поскольку арбитр обязан был заявить самоотвод, а лица, его рассматривающие, обязаны были его удовлетворить. Соответственно, обе стороны и арбитражный институт должны заботиться о том, чтобы состав арбитров полностью соответствовал требованиям закона и соглашению сторон (включая правила арбитража). В любом случае следует тщательно оценивать, каковы основания для отвода и не является ли заявление, поданное с пропуском срока, злоупотреблением правом.

Реализация права на отвод арбитра возможна лишь с соблюдением определенной процедуры. Процедура отвода может регулироваться несколькими источниками. Основным регулятором считается соглашение сторон. Такое соглашение может быть достигнуто сторонами в ходе арбитража, или процедура отвода может быть закреплена в арбитражном соглашении. Нельзя не отметить, что такие соглашения встречаются нечасто, поэтому основным источником регулирования для арбитражных институтов служат правила арбитража, а также соответствующий национальный закон. В России Закон о МКА регулирует большую часть основных вопросов, связанных с отводом, оставляя место и для урегулирования в рамках правил арбитража.

Обязанность выявления оснований для отвода закон возлагает как на самих арбитров, так и на стороны арбитража. Сторона, заявляющая отвод, обязана его мотивировать, немотивированный отвод арбитру исключается.

Закон о МКА устанавливает срок для подачи заявления об отводе в 15 дней. Начало течения этого срока Закон связывает с двумя различными обстоятельствами: когда стало известно о формировании состава суда или об обстоятельствах, являющихся основанием для отвода. Такое регулирование не является четко определенным, поскольку эти обстоятельства наступают в разные моменты времени. О формировании состава арбитров сторона узнает из уведомления, направляемого арбитражным институтом. Из этого документа стороне становится известен персональный состав арбитров, узнав о котором она и может выяснять наличие оснований для заявления отвода, поэтому начало исчисления срока зависит от того, сразу ли стороне становятся известны основания для отвода или ей нужно прилагать усилия для выяснения информации о наличии этих оснований. Например, эти данные могут содержаться в информации, сообщенной самим арбитром, она может содержаться в рекомендованном списке арбитров. Если наличие оснований для отвода не очевидно, а сторона должна потратить определенное время на их выяснение, то период времени, необходимый для этого, стоит определять с учетом разумности, и это может быть основанием для восстановления пропущенного срока.

Закон устанавливает письменную форму заявления об отводе, т.е. заявление об отводе, сделанное устно в судебном процессе, не является допустимым. Само по себе наличие оснований для отвода или самоотвода не означает автоматическую невозможность участия арбитра в разрешении спора. Отвод подлежит удовлетворению (или неудовлетворению) по результатам рассмотрения заявления об отводе. Такая процедура проводится в установленном правилами и национальным законом порядке.

При заявлении отвода необходимо выяснить отношение к отводу отводимого арбитра и другой стороны арбитража. Арбитр может взять **самоотвод** без объяснения причин, что не означает признание им основания для заявления отвода. Другая сторона арбитража может согласиться с заявленным отводом арбитру. В обоих случаях арбитр будет считаться отведенным и подлежащим замене. Никакого

дополнительного рассмотрения заявления об отводе в этих случаях не требуется.

Если же процедура отвода не определена правилами арбитража (что является крайне редким явлением), то рассмотрение вопроса об отводе входит в компетенцию состава арбитров, рассматривающих спор. Отводимое лицо в голосовании участия обычно не принимает, и вопрос об отводе решается остальными арбитрами.

Заявление об отводе может быть удовлетворено или в нем может быть отказано. В случае удовлетворения заявления арбитр считается отведенным, а его полномочия прекращены. Если в удовлетворении отказано, об этом выносится постановление. При отказе в отводе сторона, его заявившая, может в течение месяца подать в **компетентный суд** заявление о содействии, т.е. оспорить отказ в отводе арбитра в судебном порядке. У сторон есть право своим соглашением исключить возможность такого оспаривания. Право на судебное оспаривание отказа в отводе в российском правовом порядке получило свое закрепление в ст. 240.4 АПК РФ и ст. 427.1 ГПК РФ.

Передача требования об отводе в компетентный суд не препятствует продолжению арбитража, вплоть до вынесения решения по существу спора. Если к моменту рассмотрения заявления об отводе в компетентном суде арбитражем будет вынесено решение по существу спора, заявление об отводе остается без рассмотрения. В этом случае соответствующие аргументы могут быть заявлены в процедуре отмены решения или приведения его в исполнение.

9.8. Прекращение полномочий арбитра

Под прекращением полномочий арбитра следует понимать не лишение его возможности быть избранным в качестве арбитра или исключение из рекомендованного списка арбитров, а лишь прекращение полномочий по конкретному спору с участием конкретных сторон. Полномочия арбитра прекращаются разрешением спора по существу и могут быть возобновлены лишь при вынесении дополнительного решения или при исправлении дефектов вынесенного решения. Могут они быть прекращены и досрочно в связи с неспособностью арбитра разрешать спор. Прекращение полномочий может происходить по самостоятельным основаниям или же быть завершением процедуры отвода.

Порядок прекращения полномочий зависит от оснований их прекращения. Прекращение полномочий арбитра по таким основаниям, как самоотвод или соглашение сторон, происходит в момент возникновения соответствующего основания и не требует дальнейшего утверждения или согласования. Возникновение полномочий арбитра происходит в два этапа: наделение сторонами арбитра полномочиями на разрешение спора (может происходить как непосредственно, так и путем процедуры, предусмотренной регламентом) и принятие им таких полномочий.

Если с отводом и самоотводом арбитра все понятно, то прекращение полномочий по соглашению сторон может породить определенные проблемы. Такая возможность прекращения полномочий арбитра необходима и естественна для "разовых" арбитражей, полномочия которых полностью вытекают из соглашения сторон, ведь даже без специального закрепления этого права стороны были вправе менять арбитражное соглашение любым образом, вплоть до исключения арбитражной оговорки. Несколько иная ситуация, если состав арбитров формируется в арбитражном институте в соответствии с его правилами, а стороны заключают соглашение о прекращении полномочий арбитров. Поскольку и в этом случае стороны наделяют арбитров полномочиями, то нельзя отнять у них право на прекращение таких полномочий, даже если это не предусмотрено правилами арбитража.

Когда отсутствуют основания для автоматического прекращения полномочий арбитра, для их прекращения необходимо реализовать установленную законом или правилами арбитражного института процедуру. В России основной процедурой, предусмотренной законом для прекращения полномочий арбитра, является содействие компетентного суда. Данная процедура предусмотрена ст. 14 Закона о МКА и предполагает рассмотрение этого вопроса в течение одного месяца. Такая процедура содействия компетентного суда может быть исключена сторонами путем заключения прямого соглашения. Если процедура содействия будет исключена, то прекратить полномочия арбитра станет невозможно, что парализует защиту прав.

Применительно к спорам, которые администрируются арбитражными институтами, порядок

прекращения полномочий арбитра может устанавливаться правилами арбитража. Так, в § 18 Правил арбитража МКС МКАС указано, что вопрос о прекращении полномочий арбитра разрешается Комитетом по назначениям. С учетом того, что правила арбитража являются частью арбитражного соглашения, можно считать, что такой порядок прекращения полномочий согласован сторонами. Представляется, что существующий и закрепленный в большинстве правил арбитража порядок прекращения полномочий арбитра путем принятия решения самим арбитражным институтом гораздо более эффективен, чем обращение к государственному суду. Государственный суд имеет функцию содействия арбитражу, т.е. восполнения пробелов в регулировании определенного вопроса, который не может быть разрешен иным порядком. В данном случае рассмотренный порядок на протяжении десятилетий доказал свою эффективность.

Основанием для прекращения полномочий арбитра может быть его **юридическая или фактическая неспособность** участвовать в рассмотрении спора. Под юридической неспособностью следует понимать обстоятельства, наступившие после формирования состава арбитрав, препятствующие выполнению им обязанностей арбитра и приводящие к тому, что данное лицо не соответствует требованиям, предъявляемым к арбитру. Например, к ним могут относиться утрата дееспособности арбитра; утрата качеств, которые у него должны быть; занятие должности, не совместимой со статусом арбитра. Под фактической неспособностью участвовать в рассмотрении спора следует понимать невозможность для арбитра принять участие в заседании суда, вызванную любыми причинами, такими как длительная болезнь, невозможность переездов, большая загруженность и т.д.

Отдельным основанием для прекращения полномочий арбитра является его **неучастие** в рассмотрении спора. Основанием для прекращения полномочий могут стать только экстраординарные случаи, подпадающие под критерий "неоправданно длительный срок". При прекращении полномочий по этому основанию стоит принимать во внимание сложившиеся в арбитражном институте сроки выполнения отдельных действий арбитрами. Действия, которые арбитр обязан выполнять, должны вытекать из закона или правил арбитража, а сроки их совершения должны быть не просто превышены, а превышены существенным образом, при этом причины такой задержки не должны быть уважительными. Сама же задержка арбитра в совершении им необходимого действия должна существенно нарушать права сторон и препятствовать реализации ими своих прав.

Прекращение полномочий арбитра влечет необходимость его замены. Процедура замены выбывшего арбитра может быть двух видов: повторение процедуры назначения (выбора) арбитра или назначение в упрощенном порядке. Существенное значение имеют порядок назначения арбитра и кем именно был назначен выбывший арбитр, т.е. избран ли он стороной или же назначен арбитражным институтом. Логично, что право выбирать выбывшего арбитра должна иметь сторона, которой он был избран ранее. Соответственно, если этот арбитр был назначен судом, то он имеет право на его замену. В МКАС при ТПП РФ вопросу изменений в составе арбитрав посвящен § 19 Правил арбитража МКС МКАС. Там применено положение, в котором указано, что при выбытии арбитра он назначается в общем порядке, предусмотренном Правилами, а если арбитр назначался МКАС, то МКАС и производит замену. Характерно, что МКАС, изначально предусматривая возможность выбытия арбитра, вводит понятие запасного арбитра, который может быть выбран стороной при выборе основного арбитра. Функция запасного арбитра состоит в том, что при выбытии основного арбитра он заменяет его автоматически, а процедура его повторного выбора стороной не требуется. Только в случае отсутствия запасного арбитра начнется процедура замены выбывшего арбитра путем его повторного выбора стороной.

Другие арбитражные институты в своих регламентах урегулировали эту ситуацию иначе. В ст. 15 Регламента допускает такую замену, но устанавливает, что Суд по своему усмотрению решает, следует или нет повторять первоначальную процедуру назначения арбитра. То же правило закреплено в ст. 11 Регламента LCIA. По ст. 21 Регламента SCC при выбытии арбитра арбитражный институт сам назначает другого арбитра, а если арбитр был назначен стороной, то при выборе институт учитывает ее мнение. Любопытно установленное там же правило, что если состав арбитрав включает трех и более арбитрав, то Суд может принять решение о продолжении рассмотрения спора оставшимся составом арбитрав. При этом учитывается мнение сторон и третейского суда о реализации этого полномочия. Аналогичный подход закреплен и в Регламенте ICC и Правилах арбитража МКС МКАС (правда, только в случае, если арбитры уже приступили к вынесению решения).

9.9. Возобновление полномочий арбитра

Возобновление полномочий арбитра тесно связано с понятием прекращения полномочий. Основания прекращения полномочий арбитра могут быть различны, но главным основанием служит вынесение им арбитражного решения. Когда цель арбитражного разбирательства достигнута, естественным образом прекращаются и полномочия арбитров, которые ответственны за вынесение арбитражного решения. В России это положение закреплено в п. 3 ст. 32 Закона о МКА. Полномочия арбитра могут быть возобновлены лишь в случаях, когда арбитражное разбирательство не достигло своей цели, т.е. вынесенное решение имеет дефекты, которые нуждаются в исправлении. Поскольку, согласно классическому подходу, вмешательство в существо решения со стороны любых иных лиц, кроме самих арбитров, противоречит природе арбитража, исправлять указанные дефекты имеют право только арбитры, вынесшие решение. Чтобы не делать арбитраж многоступенчатой процедурой и обеспечить свойство окончательности арбитражного решения, существует четко установленный список случаев, когда такие действия возможны. К числу таких случаев относятся: толкование и исправление арбитражного решения, принятие дополнительного решения, а также случаи устранения дефектов решения, если во время процедуры оспаривания решения компетентный суд приостановит рассмотрение для устранения арбитражем оснований для отмены решения, что в РФ предусмотрено ч. 5 ст. 232 АПК РФ, ч. 5 ст. 420 ГПК РФ.

При наступлении условий, при которых дефекты арбитражного решения должны быть устранены, могут возобновиться и полномочия арбитра. Вопрос о наличии оснований для исправления дефектов решения должен разрешаться самим составом арбитров. Поскольку полномочия состава арбитров прекращаются в результате принятия арбитражного решения, то и их возобновление происходит в двух случаях: по результатам рассмотрения заявления стороны об устранении дефектов решения или в результате вынесения судебного акта составом арбитров самостоятельно. В первом случае можно говорить о том, что возобновление полномочий арбитра происходит в момент подачи соответствующего заявления стороной арбитража. Поскольку рассмотрение заявления об исправлении дефектов решения входит в компетенцию арбитров, для того чтобы его рассмотреть, полномочия арбитров должны быть возобновлены. Если же устранение дефектов производится по инициативе состава арбитров, то факт возобновления полномочий получает свое закрепление в результате судебного акта об исправлении дефектов решения (подробнее об этом см. п. 18.5.6 настоящего учебника).

В РФ практика выработала и иные случаи возобновления полномочий арбитра, в частности для утверждения мирового соглашения вместо ранее вынесенного решения (об этом см. п. 18.5.7 настоящего учебника).

9.10. Секретарь (докладчик) арбитражного трибунала

Арбитражными регламентами, регулируемыми как арбитраж **ad hoc**, так и разбирательство в ПДАУ, нередко предусматривается участие в арбитражном разбирательстве секретаря состава третейского суда, который в зависимости от вида арбитража, традиций юрисдикции и конкретного арбитражного учреждения оказывает третейскому суду административное и организационное содействие в том или ином объеме при рассмотрении им дела. Необходимо отметить, что не существует единого стандарта полномочий секретаря: разные арбитражные правила устанавливают различные перечни обязанностей секретарей трибуналов либо не устанавливают их вовсе, что тем не менее не исключает участия этих специалистов в арбитраже тех или иных споров.

В ряде публикаций отмечается, что роль секретаря трибунала в международном арбитраже - "чрезвычайно серая область", вопрос о надлежащей роли этого специалиста - популярная тема обсуждения в международном арбитражном сообществе в последние годы <21>.

<21> См., в частности: Polkinghorne M., Rosenberg C.B. The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FF94ED13-F7F6-4B09-9F7E-19251723A559> (дата посещения - 06.03.2018).

Привлечение административных секретарей более распространено в арбитраже **ad hoc**, где у арбитров отсутствуют возможности пользоваться услугами административного персонала арбитражного

центра. В таких арбитражных разбирательствах круг организационно-технических и административных обязанностей секретаря более широк, поскольку ему необходимо выполнять многие функции административного аппарата арбитражного учреждения.

Выполнение функций секретаря подлежит оплате. Размер и порядок выплаты секретарю гонорара в ПДАУ устанавливается его правилами.

Следует отличать фигуру секретаря состава третейского суда от фигуры ответственного секретаря или иного сотрудника секретариата ПДАУ, однако в ПДАУ сотрудник секретариата может при определенных условиях (прежде всего, при отсутствии конфликта задач) наряду с исполнением своих основных должностных обязанностей также периодически выполнять функции секретаря состава третейского суда по отдельным делам.

В п. п. 35 - 38 Комментариев ЮНСИТРАЛ, в частности, отмечается, что секретари выполняют широкий круг функций и задач. Они могут обеспечивать чисто организационную поддержку, например резервирование помещений для слушаний и заседаний; предоставление или координацию административных услуг. Иногда секретари выполняют более существенные функции, такие как проведение правового анализа и оказание другой профессиональной помощи (например, подготовка резюме фактов или отчета о ходе арбитражного разбирательства, сбор или подготовка резюме материалов о судебных прецедентах или опубликованных комментариев по правовым вопросам, определенным третейским судом, а также подготовка проектов решений по процессуальным вопросам).

Вместе с тем секретари не участвуют в принятии решений третейским судом, за исключением определенных редких, специализированных видов арбитража (например, когда конкретный арбитражный регламент предусматривает, что секретари, как ожидается, предоставляют юридические рекомендации, касающиеся решений третейского суда, и когда в состав третейского суда входят не юристы, а специалисты по конкретным вопросам).

Секретари проявляют беспристрастность и независимость на протяжении всего арбитражного разбирательства. Ответственность за соблюдение этих требований к секретарям несет третейский суд. По этой причине некоторые арбитражные центры устанавливают правило, согласно которому секретари подписывают заявление о независимости и беспристрастности. Дополнительная информация может содержаться в имеющихся у соответствующих учреждений инструкциях, касающихся работы секретарей <22>.

<22> См.: Урегулирование коммерческих споров: пересмотр Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства. Записка Секретариата (Нью-Йорк, 27 июня - 15 июля 2016 г.). Документ ЮНСИТРАЛ A/СК9/879: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V16/018/31/PDF/V1601831.pdf?OpenElement> (дата посещения - 16.03.2018).

В ведущих российских ПДАУ выполняющие соответствующие функции специалистов традиционно именуют докладчиками.

Так, § 11 Положения об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ <23> установлено, что ответственный секретарь МКАС или его заместитель назначает докладчика по делу, который ведет протокол слушания, присутствует на закрытых совещаниях третейского суда и выполняет его поручения, относящиеся к арбитражному разбирательству. Кандидатура докладчика предлагается председателем третейского суда или единоличным арбитром.

<23> <http://mkas.tpprf.ru/download.php?GET=9QwUmRC5wyntk2jkbwrT1GjgiX04R3hQw55pbjly0KphYWFhYWFhYWFhYWFhYWFhDMJST%2B5O> (дата посещения - 06.03.2018).

Списки докладчиков по соответствующим видам споров утверждаются Президиумом МКАС и периодически обновляются. В эти списки включаются лица, имеющие высшее юридическое образование,

а в список по международному коммерческому арбитражу, как правило, - владеющие иностранным языком.

Третейский суд или единоличный арбитр по согласованию с председателем МКАС вправе назначить в качестве докладчика по делу лицо, не включенное в список докладчиков, при условии его соответствия указанным требованиям. Третейский суд или единоличный арбитр по согласованию с председателем МКАС может не назначать докладчика по делу.

В МКАС при ТПП РФ функции докладчика на различных стадиях разбирательства прописаны в соответствующих правилах арбитража и детализированы во внутреннем документе, именуемом Положением о докладчиках. В ходе арбитражного разбирательства докладчик по поручению председателя третейского суда должен подготовить справку по делу с изложением его обстоятельств, исследовать практику МКАС при ТПП РФ по сходным или аналогичным делам, а также при необходимости практику высших судебных органов РФ по прецедентным вопросам третейского разбирательства. Помимо ведения протокола на докладчика зачастую возлагаются функции по подготовке проектов процедурных постановлений, а также проекта "описательной" части окончательного арбитражного решения. Если после назначения лица докладчиком по делу возникает конфликт интересов, то он обязан заявить самоотвод или сообщать о тех обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его беспристрастности и независимости как докладчика по конкретному делу. Допускается отвод докладчика по тем же основаниям, по которым могут быть отведены и арбитры (см. п. п. 1, 6 § 17 Правил арбитража МКС МКАС).

В ст. 14 Положения об Арбитражном центре при РСПП установлено, что докладчиком является лицо, которое оказывает третейскому суду помощь в проведении арбитража по конкретному делу. Докладчик присутствует на заседаниях и закрытых совещаниях третейского суда, ведет протокол устного слушания, осуществляет поиск информации, необходимой третейскому суду, составляет по поручению третейского суда проекты документов, выполняет иные поручения третейского суда, относящиеся к арбитражу, но не связанные непосредственно с разрешением спора. Конкретные функции докладчика на различных этапах арбитража установлены в Регламенте Арбитражного центра при РСПП.

В ст. 40 Арбитражного регламента Арбитражного центра при Институте современного арбитража предусмотрено назначение ответственным администратором из числа сотрудников административного аппарата ассистентов состава третейского суда. Ассистенты оказывают составу арбитров помощь при подготовке дела к слушаниям, ведут протокол заседания, участвуют в формировании материалов дела, осуществляют в соответствии с Арбитражным регламентом иные функции, не связанные с разрешением спора и принятием решения по существу.

В SCC перед назначением секретаря трибунала проводятся консультации со сторонами. Обычно в функции секретаря входят подготовка проектов таких документов, как графики, процессуальные постановления и вводная часть арбитражных решений; администрирование письменных заявлений сторон и доказательств, а также организация помещений и подготовка оборудования для проведения слушаний. Роль секретаря подконтрольна составу арбитров, и его функции должны носить административный, а не юридический характер. Соответственно, секретарю запрещается становиться "четвертым арбитром" <24>.

<24> Арбитраж в Швеции / Ф. Андерссон, Т. Исаксон, У Нильссон, М. Юханссон; под ред. Д. Херре. М., 2014. С. 96.

В Руководстве для арбитров SCC (в ред. 2017 г.) отмечается, что задания административного секретаря не должны выходить за рамки организационных, канцелярских, административных функций, за исключением случаев, когда стороны договорились об ином. Состав третейского суда не вправе делегировать административному секретарю полномочия по принятию каких-либо решений <25>.

<25> http://sccinstitute.com/media/185189/rus-guidelines-january-2017_-ru.pdf (дата посещения - 15.03.2018).

Комментаторы Арбитражного регламента ICC (2017) отмечают, что арбитры не могут делегировать свои основные обязанности другим лицам. Однако возможно, а иногда желательно поручить вспомогательные действия лицу, известному как административный секретарь. Передача определенных задач секретарю может способствовать арбитражу, помочь процессу продвигаться более динамично, экономить время и деньги в интересах сторон <26>.

<26> Przygoda K., Kozłowska M. Administrative secretaries under the ICC Rules of Arbitration: <http://www.codozasady.pl/en/administrative-secretaries-under-the-icc-rules-of-arbitration/> (дата посещения - 06.03.2018).

Весьма обширный обзор о роли секретарей в арбитраже был сделан Форумом молодых арбитров Международного совета по коммерческому арбитражу (ICCA) и отражен в соответствующем Руководстве <27>.

<27> Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries. The ICCA Reports N 1 / ICCA: http://www.arbitration-icca.org/media/3/14235574857310/aa_arbitral_sec_guide_composite_10_feb_2015.pdf (дата посещения - 06.03.2018).

Глава 10. СУБЪЕКТЫ ОТНОШЕНИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

10.1. Стороны

10.1.1. Понятие сторон и их правовой статус

Традиционно сторонами в контексте арбитража именуется истец и ответчик.

Закон об арбитраже в ст. 2 определяет стороны арбитража как 1) организации - юридические лица либо как 2) граждан, являющихся индивидуальными предпринимателями, или 3) физических лиц, которые предъявили исковое заявление в порядке арбитража в защиту своих прав и интересов (истцы) либо к которым предъявлен иск в порядке арбитража (ответчики). При рассмотрении корпоративных споров к сторонам присоединяются лица в качестве участников в предусмотренных законом случаях (истцы и ответчики корпоративных споров).

Основополагающее значение арбитражного соглашения обуславливает его центральную роль в арбитраже как средстве разрешения споров для его сторон. Распространение действия арбитражного соглашения только на его стороны, но не на иных лиц, непосредственно предусмотрено российским Законом о МКА, иностранными и ведущими международными актами в сфере международного арбитража. Это означает, что по общему правилу стороны арбитражного соглашения всегда могут быть сторонами арбитража, при этом не стороны арбитражного соглашения обычно не являются сторонами арбитража.

Этот классический принцип был сформулирован международным арбитражем по делу **Banque Arabe**: "В отличие от судебного разбирательства перед государственными судами, где любая заинтересованная сторона может быть привлечена к делу... в арбитраже только те, кто являются сторонами арбитражного соглашения... могут участвовать в арбитражных разбирательствах либо как истцы, либо как ответчики" <1>.

<1> Ad Hoc - UNCITRAL: **Banque Arabe et Internationale D'Investissement et al. v. Inter-Arab Investment Guarantee Corporation**. Award of 17 November 1994 // Yearbook Commercial Arbitration. 1994. Vol. XXI. P. 13, 18.

Данный принцип в настоящее время не так строг. Допускаются ситуации, когда не только стороны,

непосредственно подписавшие арбитражное соглашение, являются сторонами арбитража, но и лица, формально не имеющие отношения к арбитражному соглашению, могут быть признаны сторонами такого соглашения в силу применимого законодательства на основании таких правовых концепций, как правопреемство, прямые и подразумеваемые полномочия или согласие, представительство, доктрины группы компаний, альтер эго, "снятия корпоративной вуали" и т.д.

В любом случае, чтобы считаться надлежащей стороной арбитража, обычно необходимо наличие "идеальной совокупности", когда именно сторона арбитражного соглашения предъявляет или получает соответствующий иск, охватываемый арбитражным соглашением с другой стороной.

В арбитраже производство может быть прекращено в силу того, что иск предъявлен либо ненадлежащим истцом, либо к ненадлежащему ответчику, либо оба этих элемента имеют место. Поэтому важно понимать различие между правом на предъявление иска в порядке арбитража в защиту своих прав или получением такого иска ответчиком в порядке арбитража, что дает лишь первоначальное основание квалифицировать такие стороны как надлежащие стороны арбитража до момента рассмотрения вопроса о компетенции третейского суда разрешить спор.

Именно в рамках оценки третейским судом собственной компетенции по делу, в частности так называемой субъективной стороны арбитражного соглашения или личной компетенции (**rationae personae**) <2>, в ходе признания себя третейским судом, компетентным разрешать спор, имеет место, по сути, обязательное подтверждение (признание) судом статуса истца и ответчика как надлежащих сторон арбитража, реализующих свое право соответственно предъявить иск или отвечать по иску в рамках арбитражной процедуры.

<2> Born G. Internatiyonal Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2014. Vol. I. P. 1407.

Консенсуальная природа арбитража задает по сравнению с обычным судебным разбирательством определенные ограничения для признания сторонами одного арбитража одних и тех же сторон, но действующих по разным арбитражным соглашениям, даже если эти соглашения связаны между собой, либо третьих лиц, не являющихся вообще сторонами арбитражного соглашения.

В соответствии с ГК РФ (п. 2 ст. 2, ст. 11) в России действует национальный режим в отношении права на судебную защиту гражданских прав, включая право на судебную защиту в третейском суде (арбитраже), в том числе с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц. Правила, установленные российским законодательством об арбитраже, применяются к иностранным лицам и апатридам в общем порядке, как и к российским субъектам права, если иное не предусмотрено федеральным законом.

С учетом этого процессуальная правосубъектность, т.е. способность иметь и осуществлять процессуальные права, нести и исполнять процессуальные обязанности, признается в равной мере за всеми лицами, обладающими правом на защиту в арбитраже своих прав и законных интересов.

Необходимым условием осуществления процессуальных прав в арбитраже является подтверждение стороной своего правового статуса и его проверка со стороны органа, администрирующего арбитраж, или третейского суда. Такая проверка основана на изучении правового статуса стороны согласно применимому личному закону юридического лица (ст. 1202 ГК РФ) или личному закону физического лица (ст. 1195 ГК РФ).

Кроме того, это изучение должно также подтвердить наличие субъектного критерия относимости спора к сфере международного коммерческого арбитража, а третейский суд должен признать себя компетентным рассмотреть такой спор (в случае подтверждения необходимых предметных критериев, указанных в законе). Речь идет об оценке статуса сторон, указанного в ст. 1 Закона об МКА: нахождение коммерческого предприятия хотя бы одной из сторон спора за границей либо наличие статуса иностранного инвестора в случаях, предусмотренных международными договорами России и федеральным законом.

Следует отметить, что Закон о МКА в редакции от 29 декабря 2015 г. по сравнению с его предыдущей версией исключил из сферы международного коммерческого арбитража споры российских

компаний с иностранными инвестициями между собой, что вряд ли является оправданным с точки зрения поддержания международного арбитража в России и создания гарантий иностранным инвесторам <3>.

<3> Сейчас такие споры могут быть рассмотрены арбитражем по внутренним, а не международным спорам. См.: прил. 3 к Приказу ТПП РФ от 11.01.2017 N 6 "Правила арбитража внутренних споров" // СПС "КонсультантПлюс".

На практике проверка правового статуса стороны сводится к предоставлению стороной арбитража (юридическим лицом) выписки из соответствующего торгового реестра, нередко также иных (уставных, учредительных) документов, подтверждающих факт надлежащего учреждения организации и ее действительного функционирования, а также полномочий представителей на представление ее интересов. Как правило, презюмируется нахождение коммерческого предприятия стороны по месту регистрации организации; иное требует специального подтверждения.

В отношении физического лица могут быть представлены надлежащие копии паспорта или иного документа, удостоверяющего личность и подтверждающего гражданство и место пребывания лица, а также документ, подтверждающий статус индивидуального предпринимателя, если в соответствующей юрисдикции требуется обязательная регистрация данного статуса.

Проверка осуществляется органом, администрирующим арбитраж, на самой ранней стадии - при подаче стороной процессуальных документов в арбитраж и принятии дела к производству для определения вопроса о том, является ли она стороной соответствующего арбитражного соглашения, и при первоначальной оценке (**prima facie review**) того, является ли арбитраж компетентным рассмотреть спор, а указанные в процессуальных документах истцы и ответчики - надлежащими сторонами по делу <4>. В основном же вопрос о надлежащих сторонах арбитража рассматривается уже на более поздней стадии - непосредственно третейским судом в рамках разрешения вопроса о собственной компетенции по делу.

<4> Так, согласно § 5 Правил арбитража МКС МКАС, если исковое заявление подано без соблюдения требований, предусмотренных Правилами, оно может быть прекращено.

Данная процедура важна для определения того, действительно ли лицо является стороной арбитражного соглашения, не было ли выбытия такой стороны из соответствующего обязательства, правильно ли обозначена и индивидуализирована сторона в процессуальных документах. Последнее значимо для избежания проблем с будущим исполнением арбитражного решения в иностранных юрисдикциях из-за ненадлежащей идентификации стороны. Например, зачастую недостаточно просто указать наименование и даже адрес стороны, могут потребоваться дополнительные средства идентификации, аналогичные российским ИНН или ОГРН. Недобросовестные лица могут зарегистрировать аналогичные подставные компании в иностранных юрисдикциях лишь для того, чтобы затруднить исполнение арбитражного решения, если в нем нет данных по четкой идентификации сторон, которые арбитры в основном черпают из процессуальных заявлений по делу самих же сторон.

Правовым консультантам надлежит тщательно отслеживать правовой статус другой стороны в ходе дела, чтобы избежать неприятных сюрпризов, например ликвидации ответчика в ходе разбирательств для вывода активов и злоупотребления правами.

В одном деле российская нефтяная компания вела арбитраж в МКАС при ТПП РФ против гибралтарской торговой компании, которая (как потом выяснилось) была исключена из реестра (**strike off**) перед началом арбитража, после получения претензии <5>. Однако при этом ее юристы продолжали вести дело в арбитраже, что нельзя было делать по гибралтарскому законодательству. Впоследствии факт исключения из реестра юристы гибралтарской стороны безуспешно пытались сначала использовать против попыток российской компании исполнить решение МКАС при ТПП РФ, а после срочного восстановления компании в корпоративном реестре Гибралтара - для противодействия процедуре признания и приведения в исполнение решения МКАС на Гибралтаре, равно как и в российских судах в

рамках процедуры отмены решения МКАС.

<5> См.: общее описание дела (решение МКАС при ТПП РФ от 21.02.1997 N 373/1995): <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=375&step=Abstract> (дата посещения - 06.03.2018). По законодательству Гибралтара (как и в большинстве правовых систем стран общего права) различаются исключение компании из реестра и ликвидация. В случае исключения компании из реестра компания окончательно ликвидируется по истечении определенного срока автоматически. На время исключения из реестра компания не освобождается от обязательств перед кредиторами, однако не вправе вести правовые разбирательства. При этом такая компания в любое время в течение исключения из реестра (до ликвидации) может быть восстановлена. В данном деле своевременный мониторинг статуса компании позволил бы более быстро и полно реализовать процессуальные права истца с учетом явно недобросовестных действий ответчика, которые, однако, не имели успеха.

Российское законодательство о международном коммерческом арбитраже, в отличие от наметившейся в последнее время тенденции российских арбитражных судов по введению ограничений на рассмотрение дел по субъектному признаку, не предусматривает ограничение отнесения спора к сфере международного коммерческого арбитража в случае отсутствия у стороны - физического лица статуса индивидуального предпринимателя.

Так, в п. 2 § 1 Правил арбитража МКАС МКАС указана возможность рассматривать гражданско-правовые споры с участием физических лиц при соблюдении соответствующих предметных критериев компетенции. В опубликованной практике МКАС при ТПП РФ имеются дела, когда состав арбитража отказывался рассматривать спор именно из-за отсутствия предметной компетенции по Закону об МКА, но не из-за субъектного статуса физического лица, не имеющего регистрации в качестве индивидуального предпринимателя <6>.

<6> При рассмотрении иска, предъявленного российским гражданином к финансовой компании, МКАС при ТПП РФ заключил, что в его предметную компетенцию не входит разрешение данного спора, так как сделка, названная сторонами инвестиционным контрактом с передачей в доверительное управление ответчика соответствующего денежного вклада истца и его возвращением ответчиком истцу через определенный период времени с начислением процентов, не относится к сфере международного коммерческого оборота, а носит сугубо бытовой (потребительский) характер, при этом истец не являлся ни де-юре, ни де-факто лицом, осуществляющим коммерческую (предпринимательскую) деятельность, и рассматривал заключенный с ответчиком контракт как потребительскую сделку. См.: Определение МКАС при ТПП РФ от 23.03.1995 N 362/1994 // Практика Международного коммерческого арбитражного суда: Научно-практический комментарий / Сост. и авт. коммент. М.Г. Розенберг. М., 1997.

Согласно ст. 4 Положения об Арбитражном центре РСПП в арбитраж, администрируемый Арбитражным центром, могут передаваться любые споры при условии, что такие споры могут быть предметом арбитража в соответствии с применимым к арбитражу законодательством и международными договорами.

Сторонами арбитража могут быть физические лица, индивидуальные предприниматели, юридические лица, публично-правовые образования, а также любые другие субъекты, в том числе не являющиеся юридическими лицами, но которые в силу их статуса по закону учреждения вправе быть истцом и ответчиком.

Данный подход полностью отвечает общей линии в праве международного арбитража на снятие субъектных ограничений в сфере отнесения споров к международному коммерческому арбитражу, что подтверждается отсутствием субъектных ограничений в современных ведущих арбитражных регламентах (МТП, ЛМТС, SCC, SIAK, Гонконгского международного арбитражного центра (ГМАЦ) и др.), например, связанных с требованиями о рассмотрении споров только с участием физических лиц, имеющих статус предпринимателей.

В действующем российском законодательстве о международном арбитраже сформулирован принцип равного отношения к сторонам и предоставления им всех возможностей для изложения своей позиции <7>. Данный принцип является общепризнанным в международном коммерческом арбитраже <8>, а его положения настолько серьезными, что его нарушение может повлечь отмену или отказ в признании или исполнении арбитражного решения.

<7> См.: ст. 18 Закона о МКА, ст. 18 Закона об арбитраже. Характерно, что в ст. 18 Закона об арбитраже законодатель прямо отказался от ранее использовавшейся формулировки данного принципа как "процессуального равенства" сторон в Законе о третейских судах и определил применение более гибкого и нюансированного выражения - "равное отношение к сторонам", также применимого и к арбитражу внутренних споров.

<8> Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: Постатейный научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под. ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 77 - 82 (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2).

Право на равное отношение также традиционно означает недопустимость любых видов незаконной дискриминации сторон, в том числе по признаку гражданства, национальности, места жительства, пола, расы, языка, религиозных, политических и иных убеждений, социального происхождения и т.д. <9>.

<9> Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / Пер. с англ. Е.А. Виноградовой, М.А. Филатовой. М., 2011. С. 12 - 13.

По общему правилу, стороны имеют равные права, включая, в частности, такие специфические "арбитражные" права, как избрание (назначение) арбитра и заявление отводов арбитра, заявление в суд отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, заявление возражений против признания арбитражного решения и т.д.

Равенство, естественно, также распространяется и на общие права сторон по изложению своих позиций, представлению своих объяснений по делу в рамках отстаивания и защиты своих прав: представление письменной позиции по делу и доказательств в ее поддержку, участие в их исследовании, заявление ходатайств, выступление в устном слушании, представление третейскому суду своих доводов и объяснений, соединение нескольких требований в одном иске, заявление требований об объединении арбитражных разбирательств по нескольким делам, право назначить и действовать через представителя, привлечение в дело третьих лиц, заявление о принятии обеспечительных мер, заключение мирового соглашения, требование обеспечения конфиденциальности арбитража и т.д.

Характерно, что в российском законодательстве о международном арбитраже принцип равенства сформулирован как принцип "равного отношения к сторонам" в отличие от его обозначения как процессуального равноправия сторон в российском гражданском и арбитражном процессуальном законодательстве (ст. 7 АПК РФ, ст. 6 ГПК РФ). Это прямо связано с автономией сторон в арбитраже и диспозитивным характером арбитража, существенно отличающим его от судебной процедуры и допускающим по взаимному согласию сторон ограничения полного процессуального "равновесия" в их деятельности.

Так, стороны при определенных обстоятельствах могут ограничить в арбитражном соглашении право на инициирование арбитража лишь для одной из сторон арбитражного соглашения посредством включения так называемых односторонних (опционных, асимметричных) арбитражных оговорок, дающих право лишь одной из сторон по своему выбору начинать арбитраж или судебное разбирательство (гибридные оговорки). Данные оговорки широко распространены и в целом признаются в международном арбитражном праве и практике <10>.

<10> См.: Барбе Ж., Рошер П. Опционные оговорки о способах разрешения споров: анализ с точки зрения французского и английского права // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. N 1. С. 110 - 126; Зенькович Д.И. Асимметричные арбитражные соглашения в английском и американском праве // Адвокат. 2014. N 12. С. 61 - 68.

В российском праве, однако, такая возможность, как это было установлено судами по известному делу **ЗАО "Сони Эриксон Мобайл Коммюникейшнз Рус" v. ООО "Русская Телефонная Компания"**, была исключена. По данному делу Президиум ВАС РФ со ссылкой на принцип равных процессуальных возможностей сторон указал, что "исходя из общих принципов осуществления защиты гражданских прав соглашение о разрешении споров не может наделять лишь одну сторону (продавца) контракта правом на обращение в компетентный государственный суд и лишать вторую сторону (покупателя) подобного права. В случае заключения такого соглашения оно является недействительным как нарушающее баланс прав сторон" <11>. Данный судебный акт как необоснованно ограничивающий автономию сторон в сфере международного арбитража вызвал многочисленную критику <12>.

<11> Постановление Президиума ВАС РФ от 19.06.2012 N 1831/12: http://www.arbitr.ru/bras.net/f.aspx?id_casedoc=1_1_98128cf5-b3ac-4955-b3ea-05de9221a392 (дата посещения - 06.03.2018).

<12> См., в частности: Асосков А.В. Асимметричные оговорки о порядке разрешения споров: проблемы, порожденные Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 июня 2012 года N 1831/12 // Третейский суд. 2012. N 5. С. 153 - 167; Ходыкин Р.М. Гибридные оговорки о рассмотрении спора. Комментарий к Постановлению Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. N 1831/12 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. N 11. С. 60 - 70; Труханов К.И. Альтернативные арбитражные оговорки: история одного дела // Закон. 2012. N 12. С. 125 - 132.

Еще одним примером процессуальной асимметрии в международном арбитраже может являться известное ограничение участия новой (дополнительной) стороны, вступившей в арбитражное дело на более поздней стадии, чем другие стороны. Такое участие может быть обусловлено, например, обязательством принятия процессуального "статус-кво", сложившегося на момент вступления стороны в дело, и отказом от оспаривания процессуальных действий по проведению арбитражного разбирательства, имевших место до вступления такой стороны в дело. В частности, это может выражаться в ограничении выдвигения возражений по процедуре формирования третейского суда, как это предусмотрено, например, п. 7 § 13 Правил арбитража МКС МКАС или п. 5 § 9 Правил арбитража корпоративных споров МКАС.

10.1.2. Множественность сторон в арбитраже

Общие процессуальные последствия. В международном арбитраже нередким является участие в споре нескольких сторон в качестве истцов или ответчиков, особенно это характерно для споров, имеющих комплексный характер. В настоящее время количество арбитражных споров с участием более чем двух сторон в различных арбитражных центрах варьируется от приблизительно одной трети до 50% всех споров <13>. Арбитраж с участием 1) нескольких сторон в отношении одного договора (например, в инвестиционных или акционерных соглашениях) или 2) нескольких сторон в отношении нескольких договоров (например, договоры генерального подряда и субподряда) обычно характеризуется как "многосторонний арбитраж".

<13> Platte M. When Should an Arbitrator Join Cases? // Arbitration International. 2002. Vol. 18. P. 67.

По общему правилу привлечение новой стороны в арбитраж, основанный на арбитражном соглашении и диспозитивности, требует согласия всех сторон арбитражного разбирательства. Арбитраж как способ разрешения споров нередко критикуется, в отличие от судебной процедуры, со ссылкой на риск для процессуальной эффективности при принятии противоречащих друг другу решений в рамках ведения

различных арбитражных разбирательств по взаимосвязанным договорам. Такие дела может быть затруднительно объединить вне достижения прямого согласия всех вовлеченных сторон, получение которого может привести к неоправданным затратам средств и времени. Соединения и разъединения дел, которые в судебных разбирательствах осуществляются обычно без значительных затруднений, являются одной из самых сложных проблем в международном арбитраже из-за его консенсуальной природы.

Однако классическая модель ведения арбитража, основанная на разрешении споров между двумя сторонами и блокирующая возможность расширения круга сторон помимо согласия первоначальных сторон спора, уступает место более гибкой модели. Эта модель предусматривает возможность привлечения третейским судом новых сторон в существующее дело или объединение различных арбитражных разбирательств не только с теми же, но и с другими сторонами, связанными общими материально-правовыми отношениями, даже если они опосредованы разными договорами.

На практике были разработаны и опробованы процессуальные средства для разрешения ситуаций с многосторонним арбитражем. Данные вопросы достаточно редко прямо регулируются международным или национальным законодательством или затрагиваются сторонами непосредственно в арбитражных соглашениях, поэтому в основном они получили отражение в регламентах ведущих арбитражных центров, где прописаны процессуальные механизмы привлечения новых (дополнительных) сторон или третьих лиц (**joinder**) и объединения разбирательств (**consolidation**).

Инкорпорирование сторонами регламентов соответствующих арбитражных центров, содержащих регулирование ситуаций по привлечению новых сторон в арбитраж, в арбитражные соглашения своих договоров позволяет обеспечить решение данных вопросов и рассматривается в качестве подразумеваемого согласия сторон с участием новых сторон и третьих лиц в арбитражном разбирательстве в порядке, установленном такими регламентами <14>.

<14> См., например: п. 1 § 15 Правил арбитража МКС МКАС: "Выражая согласие на передачу споров в МКАС, лицо соглашается с возможностью соединения нескольких требований в одном иске, объединением арбитражных разбирательств по нескольким делам, привлечением дополнительных сторон в соответствии с положениями Правил".

Современные регламенты ведущих арбитражных центров по сравнению с регламентами 1990-х и 2000-х гг. претерпели значительную модернизацию и сейчас, кроме прочего, регулируют вопросы многостороннего арбитража, включают детальные положения о порядке рассмотрения дела при множественности сторон и договоров, привлечении дополнительных сторон, объединении арбитражных разбирательств и т.п.

Правила арбитража МКС МКАС (см. гл. IV "Множественность требований и участников арбитражного разбирательства"), один из новейших сводов правил ведущего российского арбитражного центра, выбрали в себя основные подходы и наработки в сфере многостороннего арбитража, ранее этот вопрос практически не регулировался в Арбитражном регламенте МКАС при ТПП РФ <15>.

<15> См.: Садиков О.Н. Процессуальное соучастие в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 391 - 406.

Так, по заявлению любой стороны возможно объединение арбитражных разбирательств по нескольким делам, если имеется согласие всех сторон на такое объединение. Если такого согласия нет, президиум МКАС может объединить арбитражные разбирательства по следующим критериям: 1) все требования охватываются одним и тем же арбитражным соглашением и отсутствуют другие препятствия к объединению арбитражных разбирательств; 2) требования охватываются различными арбитражными соглашениями, предусматривающими: а) передачу споров в МКАС при ТПП РФ, совместимых друг с другом по своему содержанию; б) связанность их между собой в материально-правовом отношении.

При оценке возможности объединения принимаются во внимание среди прочего стадия

арбитражного разбирательства по различным делам, возможный риск вынесения третейскими судами противоречащих друг другу решений, а также желательность наиболее эффективного ведения процесса.

Если все стороны не согласовали иное, арбитражные разбирательства по нескольким делам объединяются в рамках того арбитражного разбирательства, которое было начато первым. При этом полномочия арбитров в рамках других разбирательств прекращаются.

Объединение арбитражных разбирательств возможно лишь в том случае, если на момент объединения по иным арбитражным делам еще не было завершено формирование третейского суда с несовпадающим составом. Если состав арбитров по делам, которые заявлены к объединению, уже сформирован и он не совпадает хотя бы по кандидатуре одного арбитра, объединение недопустимо. В этом случае стороны, в отсутствие согласия об ином, будут считаться выразившими свою волю за счет формирования различных составов арбитров на проведение отдельных разбирательств.

Проблемы, возникающие в связи с назначением арбитров при множественности сторон спора применительно к вопросам соблюдения равного отношения к сторонам, были продемонстрированы в вестимом по данному вопросу деле **Dutco** <16>.

<16> France: Cour de Cassation, Decision of 7 January 1992 (**Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co.**) // Yearbook Commercial Arbitration. 1993. Vol. XVIII. P. 140 - 142.

В этом деле французский Кассационный суд отменил арбитражное решение из-за нарушения публичного порядка. Сторонам необходимо было назначить коллегия арбитров из трех арбитров; два ответчика с противоположными интересами по делу требовали назначить различных арбитров; у единственного истца право назначения арбитра от своего лица было, естественно, реализовано без препятствий такого рода. Суд счел, что когда ответчики были вынуждены все-таки назначить единого арбитра, но заявили против этого возражения, имело место нарушение процессуального равноправия сторон, и указал, что отказ сторон от соблюдения требуемой процедуры назначения арбитров возможен только после того, как возник спор по делу.

После этого дела для разрешения многосторонних споров при отсутствии согласия сторон в ведущие арбитражные регламенты практически повсеместно ввели правило, предоставляющее возможность органу, администрирующему арбитраж, назначать всех арбитров от имени как истцов, так и ответчиков <17>.

<17> См., например: ст. 12 (8) Регламента МТП (2017); п. 8 § 16 Правил арбитража МКС МКАС; ст. 8 Арбитражного регламента ЛМТС; ст. 13 (8) Регламента SCC (2017); ст. 12 Регламента SIAC (2016); ст. 8.2 Арбитражного регламента администрируемых арбитражных разбирательств ГМАЦ (2013).

Дополнительная сторона в МКАС при ТПП РФ. Правилами арбитража МКС МКАС (§ 13) сформулированы требования к особой стороне спора, так называемой дополнительной стороне. Ее появление в отечественном правовом порядке (пока на уровне процессуально-правовых средств) обусловлено необходимостью прямо регламентировать многосторонние арбитражи и связанными с этим проблемами в отсутствие сложившегося опыта их разрешения в России.

В иностранных арбитражных регламентах также прямо урегулированы вопросы привлечения дополнительных сторон и специфика ведения арбитража с их участием <18>.

<18> См., например: ст. 7 Регламента МТП; ст. 7 Регламента SIAC (2016); ст. 13 (8) Регламента SCC (2017); ст. 27 Регламента ГМАЦ (2013).

Дополнительная сторона, не являющаяся первоначальным истцом или ответчиком, может выступать в качестве истца или ответчика в арбитраже, но участвует в нем не с самого начала, а вступает в уже

ведущее арбитражное разбирательство иных сторон после его начала.

Возможность участия лица в качестве дополнительной стороны в арбитражном разбирательстве основана на предъявлении такой стороной иска к первоначальному истцу и (или) ответчику или предъявлении к ней иска первоначальным истцом и (или) ответчиком при наличии одного из двух условий: 1) требования дополнительной стороны охватываются тем же арбитражным соглашением, на котором основан первоначальный иск, или 2) требования дополнительной стороны охватываются другим арбитражным соглашением, предусматривающим передачу споров в МКАС при ТПП РФ и совместимым с первым арбитражным соглашением по своему содержанию, но предполагают связанность с первоначальным иском в материально-правовом отношении.

Дополнительная сторона имеет все права стороны арбитражного разбирательства, но с определенными процессуальными особенностями. Если она занимает полностью самостоятельную позицию по делу и не может считаться ни ответчиком, ни соистцом, это означает, по сути, появление в деле более чем двух сторон с различными интересами.

Данная ситуация может потребовать изменения порядка формирования третейского суда, если назначение арбитров еще не состоялось. Тогда, по аналогии с делом **Dutco**, единственным способом обеспечения равного отношения к сторонам в отсутствие возможности для каждой из них назначить своего арбитра является их назначение за все стороны уполномоченным органом - Комитетом по назначениям (п. 6 § 13 Правил арбитража МКС МКАС).

Если же назначение арбитров уже состоялось, а дополнительная сторона только вступает в дело, то ее участие допускается при ее согласии с определенным ограничением в правах: дополнительная сторона примет арбитраж в том состоянии, в котором он находится на данный момент, и откажется от оспаривания процессуальных действий по проведению арбитражного разбирательства, имевших место до этого момента, включая выдвижение возражений по процедуре формирования третейского суда.

Несмотря на небесспорность данного положения с точки зрения некоего "поражения" в правах дополнительной стороны (особенно с учетом практики отечественных судов после дела **ООО "Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус"**), включая отказ от права оспаривания и отказ от права на возражение, в целом данные ограничения могут быть допустимы как с точки зрения обеспечения устойчивости арбитражного разбирательства с участием дополнительных сторон, так и с точки зрения соблюдения базовых правовых принципов арбитража - автономии воли и диспозитивности (требуется согласие лица, имеющего намерение быть дополнительной стороной в арбитраже). Такого рода условия есть также в регламентах других международных арбитражных институтов.

Широкие права третейского суда в отношении контроля за привлечением дополнительной стороны в разбирательство, включая возможность не допустить ее в процесс в этом качестве, также служат соблюдению баланса. Практика покажет, как будут работать соответствующие положения Правил арбитража МКС МКАС. Однако значительная специфика положения дополнительной стороны и ее некая процессуальная асимметрия по сравнению с обычной стороной позволяют предполагать, что привлечение дополнительных сторон в дело будет иметь не частный характер.

Заинтересованные лица в корпоративном арбитраже. В целом положения о "заинтересованных лицах", которые могут иметь процессуальный статус сторон, предусмотренные в Правилах арбитража корпоративных споров МКАС, сходны с положениями о дополнительных сторонах <19>, однако они могут иметь свою специфику, так как число сторон в арбитражном разбирательстве корпоративного спора может быть значительным, например потому, что большое количество участников юридического лица может захотеть принять участие в таком споре.

<19> Под корпоративным спором понимается договорный или недоговорный спор, связанный с созданием юридического лица, управлением им или участием в нем, который может быть передан на рассмотрение МКАС при ТПП РФ в соответствии с его правилами. См.: прил. 4 к Приказу ТПП РФ от 11.01.2017 N 6 "Правила арбитража корпоративных споров". § 1 // СПС "КонсультантПлюс". В литературе высказывались обоснованные сомнения относительно того, получит ли вообще распространение форма арбитражных соглашений, включенная в устав юридических лиц. См.: Карабельников Б.Р. Арбитражная

реформа в России и порожденные ею вопросы // Закон. 2016. N 9. С. 29.

Заинтересованное лицо имеет право присоединиться к разбирательству на любом его этапе, подав письменное заявление. Однако оно не вправе в ходе разбирательства предъявлять требования к иным заинтересованным лицам, которые присоединились или имеют право присоединиться к нему. Такие требования могут быть заявлены в самостоятельном разбирательстве.

С учетом этого § 12 Правил арбитража корпоративных споров предусматривает в отсутствие соглашения об ином назначении всех трех арбитров Комитетом по назначениям, а также присоединение заинтересованных лиц к разбирательству только в качестве соистцов или соответчиков. Если соглашение сторон предполагает участие сторон в процедуре формирования третейского суда, лица на стороне истца и лица на стороне ответчика избирают по соглашению между собой по одному арбитру.

По сравнению со статусом дополнительной стороны по Правилам арбитража МКС МКАС права заинтересованного лица по принятию арбитража в том состоянии, в котором он находится на дату присоединения, более конкретизированы и представляются более ограниченными <20>.

<20> Так, заинтересованное лицо не имеет права выдвигать возражения и оспаривать процессуальные действия, имевшие место до момента его присоединения к разбирательству, в том числе: требовать повторения совершенных ранее процессуальных действий; выдвигать какие-либо возражения относительно процедуры формирования третейского суда, если эта процедура была завершена до присоединения заинтересованного лица к разбирательству; заявлять отвод арбитру по основаниям, в связи с которыми ему заявлялся отвод до присоединения заинтересованного лица к разбирательству; заявлять отвод арбитру по основаниям, о которых заинтересованное лицо знало или должно было знать на момент избрания или назначения арбитра, если оно не присоединилось к разбирательству в соответствующий срок; выдвигать возражения относительно места проведения слушаний или языка арбитража, если данные вопросы уже были разрешены ранее; требовать реализации иных процессуальных прав, если срок для их осуществления истек ранее.

10.2. Представительство

10.2.1. Особенности представительства в международном коммерческом арбитраже

Право стороны арбитражного разбирательства вести дело через юридического представителя является одной из фундаментальных гарантий возможности стороны защитить свои права при рассмотрении спора и наилучшим образом представить позицию по делу. Использование помощи квалифицированного специалиста при рассмотрении дела международным коммерческим арбитражем - обычная практика, а право стороны арбитражного разбирательства вести дело через представителя сомнений не вызывает.

Представительство в международном коммерческом арбитраже обладает значительной спецификой по сравнению с представительством при рассмотрении дела в государственном суде <21>. Особенности представительства в международном арбитраже связаны прежде всего с трансграничным характером арбитражного разбирательства. Вследствие этого критерием выбора представителя зачастую является не столько знание права страны проведения разбирательства и практики его применения (что характерно для рассмотрения споров в государственном суде), сколько наличие у специалиста компетенции по представлению интересов доверителя в конкретном споре в связи с конкретным правовым вопросом <22>. Это дает сторонам возможность привлечь к участию в деле представителей из различных юрисдикций, включая команды юристов из различных юрисдикций и с разными специализациями (как материально-правовыми, так и процессуальными). Таким образом, в отличие от представительства в государственном суде представительство в международном коммерческом арбитраже связано с намного более широким участием в деле юристов из разных правовых порядков в качестве представителей.

<21> См.: Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure... С. 14 - 15.

"4. Право нанять юридического представителя

4.1. Сторона имеет право нанять в качестве представителя выбранного ею юриста. Это право включает как представление ее интересов юристом, допущенным к юридической практике в государстве суда, так и помощь юриста, допущенного к юридической практике в другом месте.

4.2. Юридическому представителю гарантируется профессиональная независимость. Юридическому представителю предоставляется возможность выполнять обязанности, соблюдать верность интересам клиента и обеспечивать конфиденциальность полученной от клиента информации".

<22> К примеру, в случае возникновения спора из правовой деятельности, регулирование которой содержит значительные особенности вследствие содержания правил применимого материального права, стороны, скорее всего, обратятся за помощью к юристам, обладающим знаниями соответствующего материального права (которое при рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже довольно часто не совпадает с правом страны места разрешения спора) и опытом участия в аналогичных делах.

Например, в российскую команду правовых представителей по арбитражному спору между российской и китайской компаниями по договору строительного подряда по английскому праву на английском языке с местом арбитража в Сингапуре, скорее всего, будут в обязательном порядке входить как российские, так и английские юристы. Может потребоваться привлечение в арбитражную команду по специальным вопросам юристов по праву Сингапура (например, для определения обязательных процессуальных правил страны места арбитража, в том числе в случаях оказания государственным судом содействия арбитражу, получения обеспечительных мер в государственных судах, отмены решения). Если строительство велось не в России, а, например, в третьей стране - Казахстане, целесообразно привлечь казахских юристов для консультирования по вопросам императивных норм казахского права, которые могут быть применены к спору, несмотря на применимое по договору право, а если у другой стороны есть имущество в соответствующих юрисдикциях, - юристов таких юрисдикций (например, Китай и др.) для обеспечения возможности будущего исполнения арбитражного решения в таких юрисдикциях или, к примеру, получения доказательств в поддержку арбитража. При этом маловероятно, что юрист - специалист по сингапурскому праву, даже несмотря на то, что оно является правом места проведения арбитража, будет привлечен вести устные слушания от имени клиента перед составом арбитража, который, скорее всего, будет сформирован из английских юристов.

Все это может не только усложнить взаимодействие доверителя (или доверителей), представителя, сторон и состава арбитров, но и стать причиной возникновения правовых вопросов, обычно не возникающих при разрешении спора в государственном суде. Например, речь может пойти о праве, применимом к отношениям по выполнению юристом своих профессиональных обязанностей по отношению к клиенту (в том числе этического характера), если представители не являются членами профессионального объединения юристов страны по месту рассмотрения спора, а состоят в таком профессиональном объединении в другой юрисдикции или являются членами таких объединений в нескольких юрисдикциях (в нашем примере - являются, например, российскими или английскими юристами).

10.2.2. Регулирование вопросов представительства в международном коммерческом арбитраже

Большинство действующих конвенций по вопросам международного коммерческого арбитража (включая Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г.) не содержат норм, непосредственно предусматривающих право стороны арбитражного разбирательства прибегнуть к помощи представителя. Такие полномочия обычно выводятся из предоставления каждой стороне всех возможностей для изложения своей позиции, равно как и из существа международного арбитража, связанного с состязательным характером представления сторонами своих позиций по делу <23>.

<23> Born G. Op. cit. Vol. II. P. 2833 - 2834.

Представляется, что отсутствуют основания, по которым данный подход не мог бы быть истолкован аналогичным образом применительно к Закону о МКА, который, как и Типовой закон ЮНСИТРАЛ, не содержит положений, прямо предусматривающих возможность стороны вести дело через представителя, но согласно ст. 18 этого Закона каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции.

В ряде национальных правовых порядков право стороны арбитража вести дело через представителя нашло более четкое выражение. Так, английский Закон "Об арбитраже" 1996 г. в § 36 предусматривает, что сторона арбитражного разбирательства может быть представлена юристом или иным лицом по ее выбору, если стороны не пришли к соглашению об ином. Аналогичные положения, гарантирующие право стороны арбитражного разбирательства воспользоваться помощью представителя, предусмотрены в законодательстве об арбитраже других стран <24>.

<24> Например, в законодательстве США, Швейцарии, Австрии, Бельгии, Нидерландов, Бразилии, Австралии и т.д. См.: Ibid. P. 2835.

Право стороны вести дело через представителя в арбитражных регламентах ведущих арбитражных институтов прописано более детально. Так, ст. 18.1 Регламента ЛМТС предусматривает, что любая сторона может быть представлена в арбитражном разбирательстве одним или более представителями. Статья 23.1 Регламента SIAC устанавливает, что любая из сторон может быть представлена юристами или иными уполномоченными представителями. Аналогичные положения содержатся в регламентах других ведущих арбитражных центров (например, п. 4 ст. 26 Регламента МТП, ст. 5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

В настоящее время в большинстве государств к потенциальным представителям не предъявляется специальных требований, ограничивающих их круг в международном коммерческом арбитраже <25>. В качестве представителей могут выступать лица не только без статуса адвоката, но и вообще без юридического образования; иностранные граждане и лица без гражданства.

<25> Moses M.L. The Principle and Practice of International Commercial Arbitration. 2nd ed. New York, 2012. P. 169.

Однако в некоторых государствах существуют ограничения для юристов из зарубежных стран в отношении возможностей выполнения функций представителя в арбитраже. Такие ограничения варьируются от требования быть членом профессиональной организации по месту разрешения спора или обязанности для стороны привлечь наряду со своим иностранным юристом также и местного юриста до полного запрета участвовать в деле в качестве представителей юристам из иностранных государств (например, законодательство Таиланда, ряда штатов США) <26>.

<26> Born G. Op. cit. P. 2840 - 2847.

Также в ряде отраслевых иностранных арбитражей (например, арбитраж Международной ассоциации торговли зерном и кормами (The Grain and Feed Trade Association - GAFTA)) <27>, арбитражи Федерации по торговле какао, Лондонской биржи по торговле металлами <28>) участие юристов в качестве представителей не разрешается или является ограниченным. Такие меры призваны нацелить арбитраж на сохранение своего неформального характера, для того чтобы избежать его чрезмерной "юридизации" и связанных с этим значительных затрат времени и средств, за которые чаще всего критикуют арбитраж.

<27> "16.1. Стороны вправе прямо согласовать в письменном виде, что они могут привлечь правовых представителей (например, солиситора или барристера или иного квалифицированного в праве адвоката или советника...) представлять их в арбитраже и/или в любых апелляционных разбирательствах и участвовать от их имени в любых устных разбирательствах...

16.2. В отсутствие такого соглашения между сторонами они тем не менее вправе привлекать правовых представителей представлять их в письменных разбирательствах, но не представлять их от их имени в устных слушаниях. Расходы на привлечение правовых представителей при таких обстоятельствах не подлежат возмещению, даже если они заявлены к возмещению". См.: Регламент GAFTA N 125: http://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2014/125_2014.pdf (дата посещения - 09.03.2018).

<28> Born G. Op. cit. P. 2837.

Определение конкретных правил, регулирующих поведение представителей, является непростым вопросом в связи с тем, что стандарты регламентирования и контроля за поведением юристов и соблюдением ими норм профессиональной этики, разработанные с учетом условий и традиций конкретной страны, нелегко распространить на международный коммерческий арбитраж в силу его трансграничного характера. Это делает крайне затруднительным решение коллизионной проблемы, связанной с определением права, применимого к поведению представителей сторон.

В целом же именно юристы являются представителями в международном коммерческом арбитраже, выступая от различных юрисдикций, в которых действующие правила профессиональной этики в одних и тех же ситуациях могут предъявлять неодинаковые требования к поведению представителей сторон. Особенно это затрагивает вопросы профессионального поведения юристов-представителей в контексте таких серьезнейших аспектов арбитражного разбирательства, как взаимодействие и "подготовка" со стороны представителей свидетелей и экспертов к даче показаний; предоставление заключений, конфликт интересов, адвокатская тайна, допустимость гонораров успеха и финансирования со стороны третьих лиц и т.д.

Практическая необходимость требует определения правил, регулирующих поведение юристов в арбитраже, и обеспечения единого правового поля, на котором будут выступать представители и истца, и ответчика, во избежание создания недопустимого перекося в статусе правовых представителей из различных юрисдикций, которые могут вести арбитраж в третьей стране. Поэтому возникает вопрос о выборе права, применимого к отношениям по выполнению представителем (юристом) своих обязанностей и соблюдению им норм профессиональной этики. В связи с этим к регулированию деятельности правовых представителей возможно применение следующих правил: 1) государства, где юрист-представитель допущен к практике и/или состоит в профессиональном объединении юристов; 2) государства места проведения арбитража; 3) специального международного регулирования.

Первый подход к разрешению данного вопроса заключается в том, что к поведению юристов в международном коммерческом арбитраже применяются правовые положения, которые действуют в государстве, где соответствующий специалист допущен к правовой практике и/или состоит в профессиональном объединении юристов. С одной стороны, соответствующие правила зачастую не содержат ограничений в отношении их применения в международном коммерческом арбитраже, что упрощает определение норм, регулирующих поведение представителей в арбитражном разбирательстве. С другой стороны, не все правила, регламентирующие рассматриваемые отношения, содержат положения об экстерриториальном характере их действия. Это затрудняет определение правил, регулирующих поведение представителей в арбитражном разбирательстве в правоприменительной деятельности.

Так, Кодекс профессиональной этики адвокатов (барристеров) Англии и Уэльса (Bar Standards Board Handbook) содержит положения, прямо предусматривающие распространение его действия при представлении адвокатом интересов клиента за пределами Англии и Уэльса. К примеру, согласно правилу rC13 адвокат обязан соблюдать правила профессиональной этики, предусмотренные законами и кодексами профессиональной этики по месту оказания юридических услуг, если такие услуги оказываются за пределами Англии и Уэльса и если это не противоречит основным обязанностям, предусмотренным Кодексом профессиональной этики адвокатов Англии и Уэльса <29>.

<29> См.: <http://handbook.barstandardsboard.org.uk/handbook/781/?action=createpdf>;
<http://handbook.barstandardsboard.org.uk/handbook/> (дата посещения - 09.03.2018).

Кодексы профессиональной этики стран романо-германской правовой семьи, как правило, не содержат аналогичных положений, что не исключает возможность их применения в международном коммерческом арбитраже, однако дает основания для ограничения сферы действия этих правил при консервативном (не способствующем развитию третейского разбирательства) подходе к толкованию соответствующих положений.

Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый Федеральной палатой адвокатов Российской Федерации (в редакции от 20.04.2017), также прямо не предусматривает его применение за границей <30>. Однако он при этом устанавливает в качестве ведущего субъективный критерий своего применения, распространяя свое действие на российских адвокатов (ст. 3), что может означать применение Кодекса в отношении адвокатов, осуществляющих адвокатскую деятельность не только в России, но и за ее пределами.

<30> См.: http://fparf.ru/documents/normative_acts/1059/ (дата посещения - 09.03.2018).

Второй подход к регулированию деятельности представителей в арбитраже предлагает применять к отношениям по выполнению представителями своих обязанностей в арбитражном разбирательстве право страны по месту проведения арбитража. Однако жесткое применение данного подхода может быть несовместимо с характером международного арбитража, что связано с тенденцией либерализации регулирования доступа лиц к возможности быть представителем стороны в международном арбитраже.

Третий подход связан с попыткой разрешить рассматриваемый вопрос путем применения к поведению представителей в арбитражном разбирательстве наднациональных правил и международных стандартов, специально разработанных для этого. Представляется, что данный подход обоснованно считается наилучшим; он связан с наименьшей неопределенностью в установлении норм, регулирующих поведение юристов.

Некоторые примеры подобных сводов уже созданы. Так, Международной ассоциацией юристов были разработаны рекомендательные документы, среди которых в контексте рассматриваемых вопросов следует отметить Руководство МАЮ по представительству и Руководство МАЮ по конфликту интересов <31>.

<31> Тексты Руководств МАЮ доступны для скачивания на русском языке по ссылке: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения - 23.03.2017).

Содержащиеся в них правила не являются обязательными и применяются в арбитражном разбирательстве, если об этом договорились стороны. Состав арбитров может также применять указанные рекомендации по своему усмотрению в соответствии с действующими императивными нормами. На практике такого рода нормы, представляя собой стандарты "мягкого" права, не имеют общеобязательного характера, что значительно ограничивает их применение <32>.

<32> Об этих правилах и о более широкой дискуссии по проблеме в целом см.: Park W.W. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration // Arbitration International. 2014. Vol. 30. P. 409 (<http://www.williamwpark.com/documents/WWPPProfessionalGuidelines.pdf>; дата посещения - 23.03.2018); Жукова Г. Руководящие принципы МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже // Третейский суд. 2014. N 5. С. 112 - 124.

Таким образом, пока ни один из рассмотренных подходов, взятый в отдельности, не является достаточным для преодоления коллизийной проблемы партикуляризма правового регулирования статуса представителей в международном арбитраже. На практике имеет место, по сути, конфигурирование сторонами и арбитрами правового регулирования и гибкое использование существующих норм и стандартов, однако достигается это за счет известного снижения правовой определенности статуса представителей в международном арбитраже.

10.2.3. Статус представителя в международном коммерческом арбитраже

Основная обязанность представителя состоит в том, чтобы честно и добросовестно представлять сторону в деле, не допуская своего участия или вовлечения себя в деятельность, направленную на задержку разбирательства или увеличение судебных расходов, а также в деятельность, связанную с воспрепятствованием производству по делу.

Огромное значение в деле обеспечения честного и доверительного представительства имеет соблюдение положений о конфликте интересов и конфиденциальности с учетом в целом конфиденциального характера арбитража как способа разрешения спора и особо доверительных отношений юридического представителя и клиента.

У представителя есть также иные обязанности, связанные с взаимодействием с арбитражем, включая особые случаи и порядок одностороннего взаимодействия с составом арбитров (что, по общему правилу, без уведомления другой стороны исключается); запрет делать заведомо ложные заявления в отношении арбитров; добросовестное исполнение приказов и распоряжений арбитража, в том числе обеспечение добросовестного раскрытия документов; своевременное, вежливое и корректное представление письменных доказательств и позиции по делу и взаимодействие с арбитрами, другой стороной и иными участниками арбитража.

Так, согласно п. 16 Руководства МАЮ по представительству представителю стороны не следует утаивать (или скрывать), а равно советовать стороне утаить (или скрыть) документы, которые были истребованы другой стороной, или которые сторона обязалась предоставить, или которые были истребованы у стороны, которую он или она представляет.

Представитель стороны по делу несет уголовную, гражданскую, дисциплинарную и иную ответственность за правонарушения, совершенные им в ходе представления интересов стороны в арбитраже, в соответствии с применимым правом. Если это предусмотрено законом, представитель может быть привлечен к уголовной ответственности за такие преступления, как представление подложных доказательств, соучастие в даче заведомо ложных показаний (к примеру, в случае намеренного искажения свидетелем своих показаний в результате влияния представителя) <33>.

<33> По российскому праву привлечение представителя к уголовной ответственности за фальсификацию доказательств в арбитраже по ст. 304 УК РФ пока невозможно, так как она не применяется к третейским разбирательствам.

К гражданской ответственности представитель может быть привлечен в случае, например, ненадлежащего исполнения им своих договорных обязательств по представлению интересов клиента, в том числе в случае так называемой "профессиональной небрежности".

Дисциплинарная ответственность обычно предусмотрена кодексами профессиональной этики, регулирующими поведение юристов, являющихся членами определенного профессионального объединения (например, адвокатской палаты или иного аналогичного объединения) или занимающихся практикой на определенной территории (как правило, в определенной юрисдикции или ее административно-территориальном образовании).

Нередко арбитры сталкиваются с процессуальными злоупотреблениями недобросовестных представителей сторон, включая так называемую "партизанскую тактику" <34> ведения ими арбитража. Данная тактика очень часто носит заведомо этически неприемлемый и нарушающий закон характер

(многочисленные немотивированные отводы арбитров, ходатайства и заявления; срыв процессуальных сроков, заседаний; оскорбления и угрозы в отношении сторон, свидетелей и экспертов, а также арбитров, иных участвующих в арбитраже лиц в заседаниях и вне их; ведение детективного наблюдения; допущение утечек в прессу о материалах арбитражного дела и т.д.).

<34> См.: Guerilla Tactics in International Arbitration / Ed. by G.J. Horvath, S. Wilske. Kluwer Law International, 2013.

Ненадлежащее исполнение представителем своих обязанностей может привести к воздействию на него со стороны состава арбитров, выраженному:

- 1) в вынесении предупреждения, предостережения или выговора;
- 2) перераспределении бремени доказывания или отнесении выводов в пользу другой стороны в случае недобросовестного или ненадлежащего поведения стороны, такого как, например, уклонение от дачи объяснений по делу, от представления свидетеля или какого-нибудь документа или иного доказательства, которое она могла бы представить, - суд, по сути, расценивает поведение такой стороны как косвенное доказательство, свидетельствующее против нее;
- 3) распределении расходов по делу с учетом недобросовестного поведения стороны по делу;
- 4) временном удалении или дисквалификации представителя и отстранении его от участия в арбитраже;
- 5) инициировании дисциплинарного производства в надзирающем органе;
- 6) принятии иных мер.

Арбитры из указанного перечня для борьбы с недобросовестным поведением представителей сторон наиболее часто используют меры 1 - 3, остальные процессуальные средства используются достаточно редко. При этом, как обоснованно отмечалось в литературе, наиболее важным средством обеспечения ведения эффективного арбитража является "опытный, уверенный и способный состав арбитража" <35>, который в состоянии контролировать ситуацию и обеспечить надлежащее ведение разбирательства, не останавливаясь перед применением, где необходимо, всего арсенала своих полномочий, предусмотренных законом.

<35> Horvath G.J., Neil A. Guerrilla Tactics in International Arbitration // Asian Dispute Review. 2017. Vol. 19. P. 133.

10.2.4. Подтверждение полномочий представителя в международном коммерческом арбитраже

Участие представителя в разбирательстве начинается, как правило, с уведомления другой стороны по делу, коллегии арбитров, а также арбитражного института о назначении одной из сторон своего представителя.

При этом полномочия представителя в международном коммерческом арбитраже обычно подтверждаются доверенностью. Правила ведущих арбитражных центров не предусматривают обязанности представлять доказательства полномочий представителей в начале совершения ими действий от имени доверителя, однако такое представление не будет лишним для устранения возможных сомнений в наличии у лица права действовать от имени доверителя.

Такое подтверждение является тем более необходимым в свете попыток недобросовестных представителей сторон, действующих в процессе и уклоняющихся от подтверждения своих полномочий, впоследствии заявить, что они не были надлежащим образом уполномочены на ведение дела. В судебной

практике российских судов довольно часто возникает вопрос о соотношении требования надлежащего уведомления стороны арбитражного разбирательства о рассмотрении дела, несоблюдение которого является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (п. 2 ч. 1 ст. 244 АПК РФ) или для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда (п. 2 ч. 3 ст. 239 АПК РФ), и права стороны представить позицию по делу.

В случае отсутствия доказательств надлежащего уведомления и правильного оформления полномочий представителя российские суды нередко приходят к выводу о том, что ответчик не был надлежащим образом уведомлен о разбирательстве. Поэтому если представитель принял участие в разбирательстве и впоследствии был заявлен довод о неизвещении стороны по делу, то при ненадлежащем оформлении его полномочий суд, скорее всего, придет к выводу, что сторона не была извещена о рассмотрении дела, и есть риск отмены решения или отказа в его признании и исполнении. Представителю стороны по делу всегда необходимо удостовериться, что полномочия представителей противоположной стороны в арбитраже подтверждены необходимыми доказательствами.

Российская судебная практика по признанию и исполнению иностранных судебных решений может быть релевантна и для международных арбитражных решений. Так, российский суд пришел к выводу, что участие в деле представителя, полномочия которого доверителем не признаются, не может заменить требуемое по закону подтверждение об уведомлении стороны о судебном заседании, доказательства которого необходимо представить при подаче заявления о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения <36>. По другому делу суд заключил, что отсутствие в решении иностранного суда, о признании которого просит заявитель, указания на допуск представителя лица, участвующего в деле, к участию в судебном разбирательстве и ссылок на документы, подтверждающие его полномочия, свидетельствует об отсутствии надлежащего уведомления <37>. Также судами указывалось, что отсутствие доказательств, на основании которых можно прийти к выводу о том, что хотя бы один представитель стороны по делу получил повестку, свидетельствует об отсутствии доказательств надлежащего уведомления стороны о судебном разбирательстве <38>.

<36> Постановление АС Северо-Западного округа от 27.07.2016 N Ф07-6278/2016 по делу N А56-13477/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

<37> Постановление АС Северо-Западного округа от 11.08.2016 N Ф07-6276/2016 по делу N А56-13051/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

<38> Определение ВС Кабардино-Балкарской Республики от 11.05.2017 по делу N 33-575/2017: <http://sudact.ru/regular/doc/Ycj0506PTIWh/> (дата посещения - 09.03.2018).

Арбитражные регламенты ведущих арбитражных центров, как правило, содержат положения о том, что арбитражный институт и/или состав арбитров может затребовать от стороны при необходимости доказательства полномочий ее представителей, их имена и контактную информацию (ст. 18.1 Регламента ЛМТС, ст. 17 Регламента МТП, ст. 5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, ст. 23.1 Регламента SIAC).

Российское законодательство не предусматривает обязательного нотариального удостоверения доверенности для ведения дела в арбитраже; простая письменная форма доверенности, заверенная печатью соответствующей организации и соответствующая критериям ст. ст. 61, 62 АПК РФ, является достаточной.

В то же время сторонами международного коммерческого арбитража, как правило, выступают иностранные лица, поэтому довольно часто доверенность на представление в арбитражном разбирательстве выдается за пределами России. Это порождает вопрос о надлежащем подтверждении полномочий представителя, в том числе с точки зрения возможной необходимости обратиться в российский государственный суд с заявлением о признании и приведении в исполнение решения, вынесенного составом арбитров с участием стороны, чьи полномочия удостоверены такой доверенностью.

В соответствии с абз. 1 и 2 ст. 1209 ГК РФ форма доверенности регулируется правом страны,

применяемым к самой доверенности. Если доверенность выдана для ведения дела в третейском суде, то применяется право страны, где проводится третейское разбирательство (п. 4 ст. 1217.1 ГК РФ). Таким образом, если доверенность выдана для представления интересов в третейском разбирательстве, проходящем на территории России, то ее форма, содержание, срок и т.д. регулируются российским правом. При этом доверенность не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения требований к ее форме в случае, если она соответствует требованиям, предъявляемым к форме доверенности правом страны по месту ее выдачи (абз. 1 п. 1 ст. 1209 ГК РФ) <39>.

<39> Доверенность, выданная для представления иностранного лица в арбитражном суде Российской Федерации, не может быть признана недействительной, если соблюдены требования к ее форме, предусмотренные правом по месту выдачи доверенности, и требования ст. 61 АПК РФ (Постановление Пленума ВС РФ от 27.06.2017 N 23 "О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом". Абзац 3 п. 20 // СПС "КонсультантПлюс").

Также необходимо принимать во внимание, что иностранные официальные документы согласно Гаагской конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов <40>, должны быть апостилированы. Доверенность, выданная на территории иностранного государства, как правило, не требует обязательного удостоверения в виде проставления апостиля, поскольку не является официальным документом. В отношении доверенностей, представляемых иностранными лицами в российском государственном арбитражном суде, Пленум ВС РФ разъясняет, что в случае сомнений российского суда в подлинности подписи и статуса лица, подписавшего доверенность, она должна быть нотариально удостоверена, а требования легализации должны быть соблюдены <41>.

<40> Заключена в Гааге 05.10.1961.

<41> Постановление Пленума ВС РФ от 27.06.2017 N 23... Пункт 41.

С практической точки зрения (исходя из соображений минимизации рисков отказа в выдаче исполнительного листа на решение международного коммерческого арбитража с местом проведения в России) полномочия представителя целесообразно подтверждать нотариально удостоверенной и апостилированной доверенностью.

10.3. Свидетели

10.3.1. Свидетель: понятие

Для обоснования своей правовой позиции стороны в международном арбитраже широко используют свидетельские показания. Их особое значение как для сторон в части подтверждения фактов, входящих в предмет доказывания по делу, так и для состава арбитров в отношении оценки фактов для принятия законного и обоснованного решения сложно переоценить. Использование свидетельских показаний сторонами в международном арбитраже носит более частый характер, а значение это вида доказательств представляется в целом более весомым, чем это принято в российской правовой системе в государственных судах. Все это требует серьезной адаптации правовой работы российского юриста, выступающего в качестве представителя стороны или арбитра, к специфике международного арбитража.

Свидетели, т.е. физические лица, располагающие сведениями о фактических обстоятельствах, имеющих значение для разрешения третейским судом рассматриваемого дела, являются, помимо сторон и их представителей, субъектами правовой деятельности в сфере международного арбитража.

Свидетель может быть носителем информации, ставшей известной ему в силу его непосредственного участия в соответствующей деятельности либо опосредованно из какого-либо иного источника, например от другого конкретного лица в виде так называемых "показаний с чужих слов" (**hearsay evidence**), которые в ряде юрисдикций имеют определенные стандарты оформления.

Статус свидетеля в международном коммерческом арбитраже имеет определенную специфику по сравнению с его процессуальным положением в гражданском или арбитражном судопроизводстве. Именно стороны арбитража как равноправного и состязательного процесса определяют и обеспечивают участие свидетелей в деле и несут риск непредставления ими показаний. Как правило, состав арбитров лишь в исключительных случаях может самостоятельно предложить, чтобы тот или иной свидетель был представлен сторонами для дачи показаний, или вызвать свидетелей для дачи показаний.

С учетом этого было высказано мнение, что свидетели становятся субъектами третейского разбирательства лишь при наличии их согласия на вызов в суд и дачу показаний <42>. Такая точка зрения не является в целом необоснованной, если учитывать то, как этот вопрос регулируется в ряде юрисдикций. Например, в России по ст. 74.1 АПК РФ третейский суд с местом арбитража на территории России (за исключением третейского суда в рамках арбитража для разрешения конкретного спора) в случае возникновения необходимости получения доказательств, требующихся для разрешения спора, вправе обратиться в арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого находятся истребуемые доказательства, с запросом о содействии в получении этих доказательств по ст. 66 АПК РФ. Однако такой запрос затрагивает в основном письменные доказательства, а не вызов свидетелей, что действительно требует их согласия на реальное участие в арбитраже.

<42> Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М., 2007 (<https://www.lawmix.ru/commlaw/1062>, дата посещения - 09.03.2018).

Данный подход тем не менее не учитывает то, что неявка свидетеля, даже если к нему по закону не применяются за это санкции, не освобождает его от статуса свидетеля, который был возложен на него составом арбитров. Кроме того, указанный подход не является общераспространенной международной практикой. Необходимо учитывать значительные полномочия третейских судов или даже сторон арбитража в определенных юрисдикциях (например, в США и Великобритании) по обращению к государственным судам за содействием в получении доказательств, включая обеспечение явки свидетелей для предоставления устных показаний <43>. Вполне возможно, что со временем, с развитием поддержки арбитража по всему миру, такой проарбитражный подход может быть более широко поддержан на уровне национальных правовых порядков.

<43> Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London, 2004. P. 339 - 340.

На практике использование свидетелей в международном арбитраже вызывает ряд специфических проблем при установлении статуса того или иного лица как свидетеля. К примеру, возникает вопрос, могут ли в качестве свидетелей выступать представители одной из сторон или должностные лица, занимающие должность в компании, которая является стороной в арбитраже, ведь они так или иначе заинтересованы в определенном исходе дела.

В правовых системах общего и континентального права подходы к сторонам-свидетелям и "заинтересованным" свидетелям различаются. В правовых порядках стран общего права считается, что стороны, равно как и иные прямо или косвенно заинтересованные в исходе дела лица (например, члены семьи и родственники сторон или их представителей, а также собственники, акционеры, работники, бенефициары), могут выступать как свидетели, а их показания будут допустимым доказательством, но вес и существенность таких показаний состав арбитров будет оценивать по-разному <44>.

<44> Born G. Op. cit. Vol. II. P. 2275.

Континентальная правовая семья придерживается другого подхода, в целом разрешая арбитражу не принимать свидетельские показания или исключать участие стороны или потенциально заинтересованных лиц в процессе в качестве свидетелей. Примером такого подхода в континентальном

праве является правовая система Германии <45>. Во Франции отражен компромиссный подход, который допускает участие сторон-свидетелей в процессе, но подчиняет их особым правилам дачи показаний <46>. Российский правопорядок не содержит каких-либо ограничений относительно предоставления возможности сторонам или возможно заинтересованным свидетелям давать показания в арбитраже; на практике необходимо определиться, в каком именно качестве предоставляются соответствующие устные заявления, для установления соответствующих правовых последствий.

<45> Kreindler R., Kopp T., Schmidt J. GAR. Litigation 2017. Germany: Overview: <http://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000215/germany> (дата посещения - 09.03.2018).

<46> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 699.

В международном коммерческом арбитраже считается, что в принципе любое лицо может давать показания как свидетель без каких бы то ни было ограничений, помимо допустимости и относимости показаний. Это связано с автономией воли в международном арбитраже и наличием у сторон разумной возможности представить свое дело, что в ином случае ставит под угрозу возможность признания и исполнения арбитражного решения. С учетом этого имеет место четкая тенденция либо на прямое подтверждение возможности привлечения "заинтересованных" лиц в качестве свидетелей в основных арбитражных регламентах <47>, либо по крайней мере отсутствие ограничений в этом вопросе. Это отражается и в иных международно-правовых инструментах, пользующихся признанием в сфере международного арбитража. Так, Правила МАЮ о доказательствах (п. 2 ст. 4) устанавливают, что в качестве свидетеля может рассматриваться сторона, ее должностное лицо, сотрудник или иной представитель.

<47> См., например: ст. 25 (3) Регламента МТП (2017); ст. 20.6 Регламента ЛМТС предусматривает возможность любого лица, намеревающегося дать устные показания в присутствии состава арбитров, быть свидетелем независимо от того, является ли это лицо одной из сторон в арбитражном разбирательстве, и независимо от того, являлось ли оно, является или стало должностным лицом, работником, собственником или держателем акций любой из сторон или иным образом связано с любой из сторон.

Комментарии ЮНСИТРАЛ (п. 89) также разъясняют, что в международном арбитраже какая-либо сторона или третьи лица, связанные с одной из сторон, могут быть заслушаны в качестве свидетелей, несмотря на то, что в некоторых правовых системах такие лица не могут получить разрешение давать показания в качестве свидетелей, что, конечно, не препятствует заслушиванию их показаний в ином качестве (например, в качестве одной из сторон или лица, располагающего соответствующей информацией).

Участие возможно заинтересованных в определенном исходе дела лиц в качестве свидетелей "балансируется" правом состава арбитров определять значимость показаний данных свидетелей по своему внутреннему убеждению с учетом оценки заинтересованности таких лиц и иных факторов дела.

Нередко в арбитражной практике стороны непосредственно по договоренности между собой и с согласия арбитража определяют, кто именно из свидетелей будет являться в то же время и представителем стороны (во избежание злоупотреблений этим правом число таких свидетелей ограничивается). Это дает возможность таким лицам для целей инструктирования представителей стороны во время слушания давать самому свидетельские показания и одновременно избегать так называемого "секвестрирования" свидетелей (правило, требующее отсутствия свидетеля, который еще не дал показания, во время дачи показаний другим свидетелем) <48>. Решение данного вопроса отличается в зависимости от различных обстоятельств: от масштаба рассматриваемого дела и числа свидетелей до личных отношений между ними. Традиционно арбитры исходят из того, что, если стороны не установили своим соглашением иное, арбитражное разбирательство является закрытым. В связи с этим свидетели приглашаются в зал заседания только для дачи своих показаний, после чего они в зале не остаются. Тем не менее состав арбитров может установить и иной порядок, что зачастую происходит, когда свидетелям

после предоставления показаний разрешается остаться в зале до конца заседания.

<48> Born G. Op. cit. P. 2288 - 2289.

В международном арбитраже также принятым является разделение свидетелей на свидетелей по вопросам фактов (**witness of facts**) и свидетелей, обладающих специальными знаниями (**expert witness**). Данный подход пришел в международный арбитраж из правопорядков стран общего права, поскольку в рамках его состязательной модели ведения процесса, в отличие от судебно-следственной (или так называемой "инквизиционной") модели процесса континентального права, стороны самостоятельно привлекают экспертов для получения их заключений касательно каких-либо технических и любых иных профессиональных вопросов. По результатам проведения экспертизы такие эксперты, еще известные как "эксперты, назначенные сторонами", или "эксперты-свидетели" <49>, выступают со своими заключениями в ходе разбирательства в качестве своего рода свидетелей, обладающих специальными знаниями. При этом свидетелями в привычном для российского юриста смысле являются свидетели по вопросам фактов, т.е. лица, обладающие какими-либо сведениями, имеющими значение для рассмотрения спора.

<49> См.: Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства. Нью-Йорк, 2016. Пункты 92, 94. С. 34 - 35 (<http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-ebook-r.pdf>; дата посещения - 23.03.2018).

В континентальном праве, напротив, экспертиза, как правило, назначается судом или составом арбитров по просьбе сторон, если необходимо получить мнение специалиста в определенной области знаний для наиболее правильного разрешения дела. По результатам проведения экспертизы эксперты представляют суду заключение, а также в последующем при необходимости выступают в суде в качестве самостоятельной категории лиц, участвующих в процессе <50>.

<50> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 700 - 701.

Свидетели и эксперты, участвующие в деле, все же имеют различный правовой статус. Несмотря на некие сходные черты (например, наличие релевантной информации для разрешения спора, обязанность давать правдивые показания составу арбитров), данные лица имеют ряд специфических черт, диктующих необходимость их отдельного рассмотрения в силу различного правового регулирования их статуса.

10.3.2. Правовой статус свидетеля

Правовой статус свидетеля как субъекта правовой деятельности в международном коммерческом арбитраже определяется его 1) процессуальными правами, 2) обязанностями и 3) ответственностью за исполнение им функций свидетеля.

Права свидетеля. Нам неизвестен какой-либо исчерпывающий нормативный перечень прав и обязанностей свидетеля в международном коммерческом арбитраже. Обычно права и обязанности определяются применительно к конкретному делу на основе применимого права страны места проведения арбитража, иных обязательных нормативных процессуальных положений (например, определенные профессии, такие как юристы или аудиторы, предполагают регламентацию поведения своих представителей, даже если они дают показания вне территории юрисдикции их практики), соответствующих арбитражных регламентов, иных международно-процессуальных инструментов, а также договоров на осуществление функций свидетеля.

К основным процессуальным правам свидетеля в сфере международного арбитража, в частности, можно отнести: 1) право на свидетельский иммунитет; 2) право на использование родного языка, предоставление переводчика и перевода документов; 3) право быть услышанным (в том числе по месту

своего нахождения или посредством видео-конференц-связи); 4) право на возмещение расходов, связанных с участием в арбитражном разбирательстве. Кратко остановимся на содержании этих прав.

Право на свидетельский иммунитет тесно связано с установлением наличия у свидетеля в конкретном арбитраже процессуально-правовой обязанности в рамках применимого правопорядка давать известные ему и правдивые показания по делу, а также с ответственностью за ее нарушение. В соответствии с правом страны ведения арбитража, согласно общепринятым принципам права, существуют императивные нормы, дающие возможность свидетелю не отвечать на вопросы, которые могут привести к тому, что свидетель может свидетельствовать против самого себя или своих родственников, или которые затрагивают защищенную законом информацию, которую он вправе не разглашать третьим лицам, например адвокатскую или аудиторскую тайну, и т.д. Состав таких прав будет с необходимостью варьироваться с учетом конкретно-правовой специфики той юрисдикции, где свидетель будет давать показания (так, например, на территории Китая не признается адвокатская тайна).

Значимость данного права возрастает с ростом уголовно-правовых аспектов в международном арбитраже, особенно в части использования сторонами своей позиции по делу в связи с наличием в коммерческой деятельности сторон, являющейся предметом спора, признаков противоправного поведения, таких как отмывание денег, коррупция и мошенничество. Следует отметить, что реализация свидетелем своего права на свидетельский иммунитет, даже при наличии к тому необходимых обстоятельств, в рамках международного арбитража может быть обоюдоострым мечом для стороны, которая предложила ему давать показания, из-за возможности значительного снижения ценности показаний такого свидетеля для арбитража и возможности причинения вреда для позиции такой стороны в целом. Это еще раз подчеркивает необходимость самого тщательного отбора свидетелей для дачи показаний.

Свидетель обладает **правом давать показания на своем родном языке и на предоставление переводчика** (для устного выступления) **либо перевода документов**, необходимых для дачи им свидетельских показаний. Подобные правила применяются не только к свидетелям, но и ко всем иным участникам арбитражного разбирательства.

Данное право является гарантией справедливого рассмотрения спора. Применительно к свидетелю право выступать на своем родном языке также подразумевает возможность дачи письменных свидетельских показаний на своем родном языке, что является важным в связи с особой ролью таких показаний в международном арбитраже. В отношении к устным выступлениям свидетеля может решаться вопрос либо о постоянном устном переводе, в случае если свидетель не владеет языком арбитражного разбирательства, либо о частичной поддержке с переводом, если он с ним знаком. Кроме того, необходимо определить с учетом индивидуальных качеств свидетеля, будет ли являться устный перевод синхронным или же последовательным, что может иметь определенные тактические последствия во время слушания.

Особенностью международного арбитража является то, что сторона, обеспечивающая предоставление свидетельских показаний, также должна за свой счет обеспечить реализацию свидетелем права давать показания на родном языке, если он отличается от языка, который используется в ходе арбитражного разбирательства, например согласно ст. 22 Закона о МКА предоставить квалифицированного переводчика и обеспечить своевременный перевод на язык арбитража письменных свидетельских показаний свидетеля.

Право быть услышанным опосредованно закрепляется правилами основных арбитражных учреждений и подразумевает право свидетеля представить свои показания перед составом арбитров. Необходимо тем не менее отметить, что состав арбитров может накладывать определенные ограничения, связанные с заслушиванием свидетелей. С учетом этого данное право не абсолютно и не связано исключительно с личными правами свидетеля как участника арбитража, а, скорее, рассматривается на практике как право, производное от права стороны, вызвавшей данного свидетеля, представить свою позицию по делу. Арбитры именно поэтому будут достаточно осторожно относиться к ограничению права свидетелей на выступление, так как это может создать риск отмены или отказа в признании и исполнении арбитражного решения.

Состав арбитров может заслушать свидетеля даже в том случае, если свидетель не может лично

явиться в место арбитража, что может быть связано, к примеру, с чрезвычайными обстоятельствами (отказом транспортной инфраструктуры, тяжелой болезнью свидетеля, иными личными обстоятельствами). В таких ситуациях, с учетом возможных издержек для участников разбирательства, заседание арбитража может быть перенесено в иное место, которое суд сочтет надлежащим для заслушивания свидетеля (если стороны не договорились об ином), или же информация от свидетеля может быть получена иным путем (в том числе посредством телефонной или видео-конференц-связи). Подобное право на проведение заседания вне места арбитража предусмотрено, например, в ст. 20 Закона об арбитраже и ст. 20 Закона о МКА.

Одним из ключевых прав свидетеля в арбитражном разбирательстве является его **право на возмещение расходов, понесенных в связи с участием в процессе**. В соответствии с Законом об арбитраже (ст. 22), если стороны не договорились об ином, расходы, понесенные свидетелями в связи с участием в арбитраже, относятся к арбитражным расходам и, соответственно, подлежат возмещению стороной, против которой состоялось решение арбитража. При этом в рамках арбитража определяется, подлежат ли расходы, понесенные свидетелями в связи с участием в арбитраже, оплате непосредственно сторонами или через постоянно действующее арбитражное учреждение.

На практике свидетели в основном получают компенсацию за участие в арбитраже непосредственно у сторон, привлекающих их к даче показаний, которые оплачивают суточные, гостиничные, транспортные и иные издержки по участию свидетелей в слушании, а также предоставляют свидетелям компенсацию за потерю своего рабочего времени при даче показаний. Такая компенсация может включать в себя не только компенсацию за время участия в слушаниях, но и за время подготовки к даче показаний, в том числе подготовки письменных свидетельских показаний и материалов к ним. Данный подход прямо предусмотрен п. 25 Руководства МАЮ по представительству.

Для целей регламентации деятельности по предоставлению свидетельских показаний стороны, особенно в странах общего права, нередко заключают со свидетелями договор гражданско-правового типа, предусматривающий права и обязанности свидетеля, включая его обязанность давать честные и правдивые показания (которая является императивной и которую, по сути, нельзя исключить) и являться на слушания, а также подготовить проект своих свидетельских показаний и произвести поиск информации и документов в поддержку своего заявления.

Такой договор также устанавливает размер и порядок компенсации от стороны свидетелю за потерю его рабочего времени при даче показаний на основе почасовой или фиксированной оплаты, а также условия и порядок оплаты издержек свидетеля. Размер компенсации должен быть разумным и основываться на текущей зарплате свидетеля по месту основной работы или быть рассчитан по его иному основному доходу. В противном случае при нарушении критерия разумности сторона может быть обвинена в попытке скрытого подкупа свидетеля. Именно для целей детального регламентирования таких отношений и избегания обвинений такого рода стороны пытаются формализовать основы взаимодействия со свидетелями в договорах для эффективной и всесторонней организации деятельности свидетелей в арбитраже. Целесообразно оценивать специфику регулирования этой сферы с учетом применимого национального права, для которого указанный подход, как, например, для российского права, может быть далеко не бесспорен.

Обязанности свидетеля. Основная обязанность свидетеля - давать правдивые свидетельские показания.

Свидетель обязан также выполнять касающиеся его распоряжения и приказы состава арбитров в ходе разбирательства. Так, свидетель после дачи письменных свидетельских показаний должен, если на этом настаивает другая сторона или требует состав арбитров, явиться в заседание и устно подтвердить данные свидетельские показания в ходе перекрестного допроса.

Как уже указывалось, пока нетипичной, за исключением стран общего права, является ситуация обязывания свидетеля в международном арбитраже предоставить устные показания по делу посредством обращения третейского суда к компетентному государственному суду с запросом об оказании содействия в получении показаний от свидетеля.

На практике арбитры в случае неявки в устное слушание вызванного или заявленного свидетеля для

дачи показаний, отказа от дачи показаний или отказа отвечать на определенные вопросы в отсутствие уважительных причин имеют право исключить соответствующие свидетельские показания в целом или в части либо придать такой негативный вес соответствующим свидетельским показаниям, который они считают необходимым с учетом их полномочий по оценке доказательств.

Это связано с тем, что обеспечение присутствия свидетеля является прежде всего обязанностью стороны, - каждая сторона должна обеспечить возможность свидетеля, заявленного к даче показаний с ее стороны, давать показания, включая его явку на заседание для проведения перекрестного допроса. Соответственно, риск неучастия свидетеля в деле является в состязательном международном арбитражном процессе в первую очередь риском заявившей его стороны. Именно она будет нести все неблагоприятные последствия такой неявки, так как бремя доказывания определенных обстоятельств лежит на той стороне, которая на данные обстоятельства ссылается в обоснование своей позиции по делу.

Ответственность свидетеля. Свидетель может нести как уголовно-правовую, так и гражданско-правовую ответственность за дачу заведомо ложных показаний <51>, последняя может быть также прямо установлена в договоре стороны со свидетелем. Кроме того, в ряде стран общего права в случае, если свидетель не исполняет приказов состава арбитров, а также приказов государственного суда, обеспечивающего исполнение приказов состава арбитров и предписывающего, например, свидетелю явиться для дачи показаний, он может быть признан виновным в неуважении к суду и ему может быть назначено уголовное наказание вплоть до лишения свободы.

<51> Roth M. Consequences and Prevention of False Evidence Under the English Arbitration Act 1996: A Comparative Perspective // Arbitration International. 1997. Vol. 13. P. 391, 393.

В странах общего права привлечение к уголовно-правовой ответственности свидетелей за дачу ложных показаний возможно при условии приведения свидетелей к присяге <52>. Несмотря на то, что в литературе указывалось, что это делается крайне редко ввиду затруднительности данной процедуры <53>, в случае проведения арбитража на территории стран общего права такая процедура, как правило, зачастую имеет место, так как это обычная практика для процесса, где оценка свидетельских показаний и судоговорение занимают центральное место в состязательном разбирательстве. Такая ответственность позволяет дисциплинировать свидетелей и стороны, реально настроить свидетелей давать правдивые показания.

<52> На практике возможно как приведение арбитрами свидетелей к присяге (она может звучать так: "Я, Ф.И.О., клянусь Всемогущим Богом, что показания, которые я дам, будут правдой, только правдой и ничем иным, кроме правды"), так и приведение свидетеля к так называемому "торжественному заверению" (**affirmation**) в том случае, если по каким-то соображениям свидетель не готов дать присягу (оно может звучать так: "Я, Ф.И.О., торжественно, искренне и честно заявляю и подтверждаю, что показания, которые я дам, будут правдой, только правдой и ничем иным, кроме правды").

<53> Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. М., 2012. С. 237.

В некоторых других юрисдикциях, в частности в странах континентальной системы права, арбитры не имеют возможности приводить свидетелей к присяге (Франция, Бельгия, Швеция), что не влечет для них уголовной ответственности. В ряде юрисдикций, например в Швейцарии, факт неприведения свидетелей к присяге не будет влиять на привлечение к уголовной ответственности, если свидетелем были даны ложные показания <54>.

<54> См.: Born G. Op. cit. P. 2291.

Традиционная для российских государственных судов процедура уведомления свидетеля под роспись об ответственности за дачу заведомо ложных показаний по ст. 307 УК РФ не применяется при

рассмотрении дела в международном коммерческом арбитраже, поскольку арбитраж не осуществляет правосудие с точки зрения диспозиции данной нормы. Следовательно, дача заведомо ложных показаний в ходе арбитражного разбирательства не образует соответствующего состава преступления с точки зрения российского уголовного законодательства.

В соответствии с п. 1 ст. 11 ГК РФ защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет согласно подведомственности дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд. Поэтому все же имеются необходимые правовые предпосылки для преодоления данной коллизии посредством криминализации таких действий по ст. 307 УК РФ, если они совершены в рамках разбирательства в третейских судах, что потребует специального уточнения уголовного закона. Это должно создать прочный правовой статус и сторонам, и свидетелям в международном арбитраже, ведущемся в России, что особенно актуально в свете реформы российских третейских судов.

10.3.3. Особенности подготовки свидетеля к участию в международном коммерческом арбитраже

Участию свидетелей в арбитраже должна предшествовать процедура тщательнейшего подбора сторонами тех свидетелей, на показания которых они в дальнейшем будут опираться при обосновании своей позиции. Как отмечалось ранее, в целях придания большей силы и значимости предварительно представленным в письменном виде свидетельским показаниям информация, изложенная в таких показаниях, должна быть устно подтверждена свидетелем перед составом арбитров.

Процедура заслушивания и проверки свидетельских показаний, которая обычно включает в себя прямой, перекрестный и повторный допросы, подробно изложена в пар. 15.5 настоящего Учебника. Здесь лишь оговоримся, что необходимость участия свидетеля в перекрестном допросе, т.е. допросе противоположной стороны по делу, который был охарактеризован как "величайшее когда-либо изобретенное правовое средство для установления истины" <55> или как "основное средство подрыва достоверности свидетеля, который дает ложные или неверные показания" <56>, играет ключевую роль при определении кандидатур тех или иных свидетелей. Стороны предпочитают обращаться к тем свидетелям, которые смогут представить свои показания устно и с успехом - спокойно, профессионально, убедительно - пройти через непростое горнило перекрестного допроса, подтвердив свои письменные показания и усилив тем самым позицию стороны в деле.

<55> Цит. по: Born G. Op. cit. P. 2283.

<56> Ibid. P. 2283.

После определения кандидатур свидетелей следует этап подготовки письменных показаний, правовая природа и значение которых подробно рассмотрены в пар. 15.5 настоящего Учебника.

Зачастую свидетели, участвующие в международном арбитраже, не обладают соответствующим опытом и, как следствие, самостоятельно не могут подготовить письменные показания по всем правилам, предусмотренным правилами арбитража. Им оказывают содействие юристы - представители соответствующей стороны. Право на проведение опроса свидетелей и обсуждения с ними их будущих свидетельских показаний отражено в Правилах МАЮ о доказательствах (п. 3 ст. 4).

Кроме того, право на оказание помощи свидетелю в подготовке свидетельских показаний отражено и в Руководстве МАЮ по представительству (п. п. 18 - 25). Согласно положениям данного Руководства представитель стороны может помогать свидетелям в подготовке свидетельских показаний и стремиться к тому, чтобы свидетельские показания отражали собственное понимание свидетелем соответствующих фактов, событий и обстоятельств. Несмотря на то, что Руководство МАЮ по представительству в целом следует наиболее либеральной модели по работе со свидетелями, оказание содействия не подразумевает, что представитель стороны может самостоятельно подготовить письменные показания, в то время как свидетель их только подпишет <57>.

<57> См.: Власов Д.С. Правила вежливости в международном арбитраже, или Новые "Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно представительства сторон в международном арбитраже" // Закон. 2013. N 11. С. 58 - 69.

Представитель также может подготовить свидетеля к устным выступлениям. Об этических пределах такой подготовки до сих пор ведутся споры, однако некоторые рамки установлены Правилами МАЮ о доказательствах. Статьей 4 данных Правил, в частности, установлено, что представитель вправе проводить встречи со свидетелями или потенциальными свидетелями и обсуждать с ними их будущие показания в ходе разбирательства.

В мире существуют разные подходы к возможному взаимодействию юриста со свидетелями. К примеру, американский подход характеризуется возможностью юриста репетировать со свидетелем его будущее выступление и ответы на возможные вопросы в ходе перекрестного допроса (**witness coaching**). Ограничением служит лишь недопустимость склонения юристом свидетеля к даче заведомо ложных показаний.

В то же время в Великобритании хотя и допустима подготовка юристом свидетеля, она ограничивается обсуждением лишь базовых начал арбитражного процесса: положения сторон, порядка выступлений, последовательности в изложении показаний, процедуры допроса свидетеля противоположной стороной (так называемая практика **witness familiarization**). При этом никаких репетиций, подобных американскому подходу, проводиться не может. Английские юристы не имеют права подготавливать свидетеля или влиять на него в отношении дачи его показаний; такие действия являются нарушением правил их профессионального поведения, и они могут лишиться права практиковать в судах.

Континентальное право исходит из еще более жесткого похода, запрещающего юристам помогать свидетелю и интервьюировать его в рамках судебных разбирательств, что, однако, имеет тенденцию к смягчению применительно к сфере международного коммерческого арбитража <58>.

<58> Born G. Op. cit. P. 2861.

Вопрос о степени взаимодействия юриста и свидетеля имеет большое практическое значение, которое выражается не только в оценке действий стороны и ее юриста с точки зрения добросовестности и адвокатской этики, а, что более важно, в оценке составом арбитров свидетельских показаний с точки зрения их допустимости.

10.4. Эксперты

10.4.1. Эксперты в международном коммерческом арбитраже: понятие и специфика

Одним из преимуществ арбитража является то, что стороны назначают арбитрами специалистов в сфере деятельности, к которой относится спор. Однако даже арбитру, хорошо разбирающемуся в определенной правовой проблеме, может не хватать специальных знаний для правильного разрешения спора по существу.

Для представления профессионального мнения по предметным дисциплинам, требующим специальных знаний, таким как, например, финансы и банковское дело, бухгалтерский учет и отчетность, строительство и инженерия, медицина, добыча полезных ископаемых, в арбитраже, как и в судебном разбирательстве, может привлекаться эксперт для оказания необходимого содействия суду. Эксперты могут также различаться и по направлениям деятельности на правовых (в сфере, например, международного публичного или частного права (та или иная национальная система права или ее отрасли)), экспертов по возмещению убытков и технических экспертов.

Прямое определение понятия "эксперт" в законах и арбитражных регламентах отсутствует, но его можно вывести из функций эксперта. В соответствии со ст. 29 Закона об арбитраже эксперт назначается для разъяснения возникающих при разрешении спора вопросов, требующих специальных познаний, т.е.

эксперт должен обладать такими специальными познаниями и должен быть привлечен арбитражем к участию в деле в этом качестве.

Понятие "эксперт" в международном арбитраже несколько шире, чем в гражданском и арбитражном судопроизводстве, поскольку оно, по сути, может включать в себя черты эксперта, специалиста и свидетеля <59>. Так, свидетель стороны, обладающий специальными (например, техническими) знаниями, может также выступать в арбитраже в качестве эксперта. При этом эксперт в международном арбитраже может - отчасти, как и специалист в российском арбитражном процессе (ст. 55.1 АПК РФ) - осуществлять консультации по конкретному вопросу.

<59> Гребельский А.В. Эксперты, назначенные составом арбитража // Третейский суд. 2015. N 6. С. 101.

Такие особенности связаны с наличием в международном арбитраже двух типов экспертов, процессуальный статус которых различается: 1) экспертов, назначенных составом арбитров, и 2) экспертов, назначенных стороной (так называемых экспертов-свидетелей).

Первый тип - **эксперт, назначенный составом арбитров**. В соответствии со ст. 29 Закона об арбитраже третейский суд вправе назначить одного или нескольких экспертов для разъяснения возникающих при разрешении спора вопросов, требующих специальных познаний. При этом определяется, что, если стороны не договорились об ином, кандидатура эксперта, а также вопросы, которые должны быть разъяснены при проведении экспертизы, определяются третейским судом с учетом мнения сторон.

Статья 26 Закона о МКА также устанавливает право третейского суда назначить одного или нескольких экспертов для представления составу арбитров доклада по конкретным вопросам, которые определяются третейским судом. Выбор эксперта может быть сделан арбитрами самостоятельно или из списка кандидатур, предоставленного сторонами. Предлагаемые сторонами кандидатуры экспертов должны предварительно дать согласие на участие в разбирательстве до того, как состав арбитров их выберет.

Второй тип - **эксперт, назначенный (представляемый) стороной**. Процессуальный статус такого эксперта напоминает статус свидетеля. Именно поэтому в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (п. 28 (2)), в Комментариях ЮНСИТРАЛ (п. п. 92, 94) и Регламенте ЛМТС (п. 20.3) используется понятие "эксперт-свидетель" (**expert witness**). В Законе о МКА (п. 2 ст. 26) эта процессуальная фигура названа "специалистом" <60>.

<60> "...Сторонам предоставляется возможность задавать ему [эксперту, назначенному третейским судом] вопросы и представлять специалистов для дачи показаний по спорным вопросам".

Такая дихотомия (эксперты и эксперты-свидетели) связывается с различными подходами континентального и общеправового правопорядков <61>. Основанные на судоговорении и последовательно реализуемой состязательной системе правопорядки стран общего права базируются на разрешении сторонам использовать нанятых ими экспертов-свидетелей для наиболее полного, компетентного и всестороннего представления своей позиции в суде. Судьба спора зачастую решается в ходе "битвы экспертов" сторон.

<61> Born G. Op. cit. P. 2278 - 2279.

В отличие от этого правопорядки стран континентального права традиционно опираются на экспертов, назначаемых непосредственно активно действующим судом и прямо ему подотчетных. В целом арбитры, ориентирующиеся на континентальную систему права, более склонны назначать экспертов самостоятельно, в то время как для арбитров общего права более привычно разрешать

сторонам привлекать экспертов-свидетелей. При том что имеется равная возможность для сторон принять назначение эксперта составом арбитров или самим привлечь экспертов, на практике арбитры и стороны более часто используют экспертов-свидетелей. С учетом этого арбитражи очень редко самостоятельно назначают экспертов для разрешения того или иного технического вопроса, если он уже был адресован экспертам, назначенным сторонами, хотя такая возможность имеется <62>.

<62> Ibid.

10.4.2. Статус эксперта

Общие аспекты регулирования. На уровне законов или арбитражных регламентов отсутствуют специальные профессиональные требования, которые бы предъявлялись к эксперту. В Правилах арбитража МКС МКАС к эксперту предъявляется лишь общее требование о наличии квалификации, указанной в соглашении сторон. Если эксперт не обладает такой квалификацией, если есть обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не соответствует иным требованиям, предъявляемым соглашением сторон или применимым законодательством, эксперту может быть заявлен отвод в порядке, например, § 17 Правил арбитража МКС МКАС. В данном случае речь идет именно о назначенном составом арбитров эксперте, поскольку при назначении эксперта-свидетеля (специалиста) каждая сторона самостоятельно определяет, какая квалификация должна быть у него, чтобы он смог убедить состав арбитров в правильности своего заключения.

В Законе об арбитраже также отсутствуют требования, предъявляемые к назначенному стороной эксперту-свидетелю. Следовательно, нельзя заявить отвод назначенному стороной эксперту в связи с тем, что у него нет надлежащей квалификации. Однако в процессе допроса противоположная сторона может указать составу арбитров на обстоятельства, которые ставят под сомнение кандидатуру эксперта ввиду его ненадлежащей квалификации. Это может быть учтено при оценивании доказательственной силы его заключения и показаний.

Закон об арбитраже и Закон о МКА прямо не содержат требований о независимости и беспристрастности экспертов. Однако из общих принципов арбитража (например, обеспечение справедливого, состязательного и беспристрастного рассмотрения дела и равного отношения к сторонам - ст. 18 Закона об арбитраже) вытекает, что эксперт, назначенный составом арбитров, должен обязательно соответствовать этим характеристикам; такое требование обычно установлено в соответствующих арбитражных регламентах.

В п. 21.2 Регламента ЛМТС прямо указано, что назначенный составом арбитров эксперт является беспристрастным и независимым от сторон, однако при этом он не обязан быть независимым от состава арбитров. Весьма прогрессивный подход на этот счет содержится в Правилах МАЮ о доказательствах (п. 2 ст. 6), в соответствии с которыми назначенный составом арбитров эксперт должен быть независим не только от юридических представителей сторон, но также и от состава арбитров <63>.

<63> "Эксперт, назначенный Составом арбитража, должен до принятия назначения представить Составу арбитража и Сторонам описание своей квалификации и заявление о своей независимости от Сторон, их юридических консультантов и Составы арбитража".

В соответствии с п. 2 ст. 6 Правил МАЮ о доказательствах стороны могут заявить возражения относительно квалификации и независимости назначенного составом арбитров эксперта. Потенциальные эксперты должны раскрыть информацию о возможном конфликте интересов и иных обстоятельствах, которые могут служить основанием для возникновения обоснованных сомнений в их независимости и беспристрастности. После назначения эксперта стороны могут возражать относительно его квалификации и независимости только в случае, если такие обстоятельства стали известны стороне после его назначения.

Это требование по российскому праву не распространяется на эксперта, назначенного стороной,

который должен представить качественное и правдивое заключение и дать правдивые показания. Иные нормативные требования, характерные для эксперта, назначенного составом арбитров, к эксперту-свидетелю не предъявляются в связи со спецификой его процессуального статуса.

В международном арбитраже наблюдается тенденция предъявления к экспертам, назначенным стороной, сходных требований к независимости и беспристрастности, что и к экспертам, назначенным составом арбитров <64>. Например, в Протоколе по использованию назначенного сторонами эксперта-свидетеля в международном арбитраже, созданном Королевским институтом арбитров <65>, указано, что эксперты должны помогать составу арбитров в отношении установления тех аспектов, по которым предоставляются экспертные заключения. В ст. 4 этого Протокола установлено, что заключение эксперта должно быть объективным, непредвзятым и независимым от давления процедуры разбирательства и сторон. Оплата назначившей эксперта стороной разумной стоимости его услуг сама по себе не должна влиять на его беспристрастность.

<64> De Berti G. Experts and Expert Witnesses in International Arbitration: Adviser, Advocate or Adjudicator? P. 57: http://www.dejalex.com/pdf/publ_11_AYIA.pdf (дата посещения - 10.03.2018).

<65> Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration / Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb): <https://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/the-use-of-party-appointed-experts.pdf?sfvrsn=2> (дата посещения - 10.03.2018).

Аналогично п. 26.3 Правил трансграничного гражданского процесса предусматривает, что независимо от того, назначен ли эксперт судом или стороной, на него распространяются те же общие требования объективности и нейтральности <66>.

<66> Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure... С. 147.

С учетом характеристик двух типов экспертов в доктрине международного коммерческого арбитража обращают внимание на недостатки отдельного процессуального использования как назначенного стороной эксперта, так и эксперта, назначенного составом арбитров.

Очевидно, что стороны не могут контролировать эксперта, назначенного составом арбитров. Однако даже несмотря на то, что он может быть абсолютно независимым и беспристрастным, такой эксперт может оказаться менее эффективным в решении экспертных задач, чем эксперты-свидетели, поскольку может столкнуться с недостатком информации для подготовки качественного экспертного заключения. Такое экспертное заключение может быть недостаточно четким и ясным: назначившая эксперта-свидетеля сторона интенсивно консультирует своего эксперта, как лучше и понятнее выразить ту или иную мысль и представить ее составу арбитров, направляет для этого всю имеющуюся у нее информацию и сообщает все детали и нюансы дела. Эксперт, назначенный составом арбитров, самостоятельно оформляет экспертное заключение, ему обычно предоставляется намного меньший объем информации, чем эксперту-свидетелю.

Однако самый важный недостаток назначенного составом арбитров эксперта, который больше всего беспокоит стороны, - это тот факт, что такой эксперт не является тем лицом, которое стороны сами выбрали для разрешения спора. Он не должен быть "четвертым" арбитром, но он им зачастую становится. К арбитражу прибегают именно из-за того, что стороны могут выбрать того, кто сможет разрешить их спор, но в данном случае к разрешению спора привлекается лицо, которое выбирается арбитрами, а не сторонами.

Часто на практике арбитры ждут результата экспертизы, проводимой назначенными ими экспертами, чтобы именно на ее основе разрешить спор, игнорируя иные доказательства по делу. Поэтому реальны опасения сторон, что центр принятия решений по делу может "сместиться" от выбранного сторонами состава арбитров в сторону не назначенного ими эксперта. В действительности такого эксперта сложно

проконтролировать на его профессиональном уровне в отсутствие альтернативных экспертных заключений, подготовленных экспертами-свидетелями, привлеченными сторонами. В этих условиях отказ в праве на использование эксперта-свидетеля может быть рассмотрен как лишение стороны возможности представить свою позицию в арбитраже <67>.

<67> Kantor M. A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration - Can One be Found? // Arbitration International. 2010. Vol. 26. P. 336.

В свою очередь, использование эксперта-свидетеля часто критикуется из-за того, что в результате "битвы экспертов", независимость и беспристрастность которых можно поставить под сомнение, "выигрывает" более убедительный эксперт, а не тот, который говорит правду. При допросе назначенных сторонами экспертов многое зависит от квалификации адвоката, который допрашивает эксперта, а также от опыта участия эксперта в перекрестных допросах.

Назначенный стороной эксперт часто рассматривается как "нанятое орудие", фактически становясь "адвокатом" стороны со специальными познаниями. Он никак не воспринимается как независимый консультант, который беспристрастно объясняет факты и помогает составу арбитров разобраться в деле.

Полагают, что в условиях коммуникации лишь с одной стороной арбитража и оплаты ею услуг такого эксперта-свидетеля его независимость превращается в фикцию <68>. Представляется, что это все-таки преувеличение. Сам состязательный характер арбитража, риск перекрестного допроса, а также профессиональная репутация и экспертная этика могут в известной степени сбалансировать этот риск. На практике, если такие односторонние действия эксперта и совершаются, в большинстве случаев они обычно фиксируются составом арбитров, что может подорвать как репутацию эксперта в арбитражно-экспертном сообществе, так и его экспертную позицию в конкретном арбитражном деле.

<68> Ibid. P. 341 - 374.

С учетом недостатков использования обоих типов экспертов в арбитраже известным арбитром Клаусом Саксом был предложен "синтетический" подход к назначению экспертов. Он получил наименование "протокол Сакса". В нем автор попытался совместить плюсы обеих категорий экспертов. Подход заключается в том, что каждая из сторон предлагает свой краткий список независимых и беспристрастных экспертов. Арбитры выбирают из каждого списка двух экспертов, формируя тем самым "команду экспертов", которая становится прямым консультантом состава арбитров в вопросах, требующих специальных знаний; не является консультантом сторон и получает гонорар из общих средств арбитража <69>. Таким образом может быть соблюден баланс между независимостью экспертов, с одной стороны, и возможностью выбора кандидатуры эксперта сторонами - с другой. Представляется, однако, что проблемы с информационной асимметрией и эффективностью деятельности такой "команды экспертов" при данном подходе все же не могут быть полностью устранены.

<69> Sachs K., Schmidt-Ahrendts N. Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence // Arbitration Advocacy in Changing Times / Ed. by A.J. van den Berg. The Hague, 2011. P. 135 - 148 (ICCA, Congress Series N 15).

Помимо законодательного регулирования, арбитражных регламентов и таких документов, как Правила МАЮ о доказательствах и Протокол по использованию назначенного сторонами эксперта-свидетеля в международном арбитраже, для деятельности экспертов большое значение имеют международные, региональные, национальные и/или отраслевые профессиональные стандарты поведения и этические регламенты саморегулирующихся профессиональных организаций. Они непосредственно влияют на объем прав и обязанностей экспертов. Это характерно для таких профессий, как аудиторы и бухгалтеры, оценщики, коммерческие и инвестиционные банкиры, энергетики, экономисты, адвокаты и юристы <70>.

<70> См. подробнее: Kantor M. Op. cit. P. 341 - 374.

Права, обязанности и ответственность эксперта. Регламентирование деятельности экспертов, как и правовое регулирование деятельности сторон, свидетелей, представителей и третьих лиц, зависит от значительного количества правовых факторов: где происходит арбитраж; какое право применяется к арбитражу и к арбитражному соглашению; какие именно регламент, обыкновения, соглашения сторон существуют; какие профессиональные стандарты экспертов могут быть применены к конкретному спору. Это определяет правовую конфигурацию статуса эксперта в конкретном деле.

Общая оптимальная модель статуса эксперта в арбитраже может быть представлена в следующем виде.

Основной обязанностью эксперта является предоставление экспертного заключения в соответствующих (устной и письменной) формах для оказания содействия составу арбитров в разрешении спора. Это делается, как удачно указано в ст. 7.1 Протокола по использованию назначенного сторонами эксперта-свидетеля, в целях "сужения объема разногласий между экспертами, а также понимания и эффективного использования доказательств, полученных экспертами".

Эксперт, независимо от того, является ли он назначенным третейским судом или стороной (эксперт-свидетель), должен представить свое заключение так, чтобы оно было "беспристрастное, объективное, без предубеждений и без влияний в рамках любых факторов прессинга процесса по разрешению споров или любой из сторон" (ст. 4 Протокола по использованию назначенного сторонами эксперта-свидетеля). Главная обязанность эксперта - оказание содействия составу арбитров. Эта обязанность по отношению к составу арбитров является даже более важной, чем обязательства юриста, являющегося экспертом-свидетелем, перед своим клиентом.

Гарантией беспристрастности эксперта может служить надлежащее раскрытие им информации о прошлых и настоящих отношениях с любой из сторон, составом суда, адвокатами или иными представителями сторон, любыми свидетелями или иным лицом, вовлеченным в арбитраж, а также о негативных аспектах, которые могут повлиять на экспертное заключение.

Хорошей иллюстрацией такого подхода является декларация, предлагаемая к подписанию экспертам, участвующим в разбирательствах на территории Великобритании, в ст. 8 Протокола по использованию назначенного сторонами эксперта-свидетеля:

"(a) Я понимаю, что моей обязанностью при предоставлении показаний в настоящем арбитраже является содействие составу арбитража в установлении фактов, в отношении которых я предоставил экспертные показания. Я выполнил и буду исполнять данную обязанность.

(b) Я подтверждаю, что это мое собственное, беспристрастное, объективное, без предубеждений мнение, без влияния любых факторов прессинга на меня процесса по разрешению споров или любой из сторон.

(c) Я понимаю, что все вопросы, по которым я дал заключение, входят в сферу моей компетенции.

(d) Я подтверждаю, что я сослался на все аспекты, которые я счел относимыми ко всем моим выводам, которые я выразил, и привлек внимание состава арбитража ко всем аспектам дела, о которых я знал, что они могут негативно повлиять на мое заключение.

(e) Я подтверждаю, что на момент предоставления настоящего письменного заключения я считаю его завершенными и верным и что оно является моим истинным профессиональным мнением.

(f) Я подтверждаю, что если впоследствии я буду полагать, что мое заключение потребует исправления, изменения или квалификации, я извещу об этом стороны арбитража и сам состав арбитража".

К специальным обязанностям эксперта в правовых порядках стран общего права относят также

обязанность проведения "разумной оценки" для того, чтобы не дать недобросовестным юристам неправомерно использовать заключение эксперта за счет чрезмерно узкого формулирования экспертных задач и создания особых презумпций при возможном последующем использовании такого заключения в совершенно ином контексте и т.д. В этом случае от эксперта ожидается, что он должен оценить реалистичность всех исходных установок своего экспертного задания, чтобы у суда не сложилось ложной или существенно искаженной картины при ознакомлении с экспертным отчетом <71>.

<71> Kantor M. Op. cit. P. 375.

В некоторых случаях - при наличии такого соглашения сторон или указания состава арбитров - подготовка экспертного заключения от эксперта, назначенного составом арбитров, может включать в себя обязанность представить проект заключения, чтобы арбитры смогли задать эксперту уточняющие вопросы.

При подготовке заключения эксперта-свидетеля сторона, назначившая этого эксперта, может ознакомиться с заключением и внести в него уточнения для лучшего восприятия аргументов арбитрами. Кроме того, сторона может готовить своего эксперта к допросу или перекрестному допросу. Уровень подготовки эксперта зависит от системы и правил, по которым проходит разбирательство, и совпадает с основными принципами и ограничениями подготовки свидетелей к устному слушанию дела (см. п. 10.3.3 данной главы).

Эксперт обязан не разглашать ставшую ему известной информацию о спорах, которая может нанести ущерб законным интересам сторон (например, п. 3 § 46 Правил арбитража МКС МКАС).

Несмотря на потенциально высокий уровень взаимодействия, на грани "натаскивания" эксперта стороной по делу, разрешенный, например, в США, эксперт всегда должен представлять суду достоверное экспертное заключение. Помимо исполнения процессуальных обязанностей эксперт обязан выполнять правила своего профессионального сообщества. Он связан определенными этическими обязательствами этого сообщества, так же как юрист, например, правилами адвокатской этики, а аудитор - соответствующим Кодексом поведения, в рамках которого он должен давать правдивые заключения <72>.

<72> "1.23. Аудитор должен действовать открыто и честно во всех профессиональных и деловых отношениях. Принцип честности также предполагает справедливое ведение дел и правдивость.

1.24. Аудитор не должен намеренно быть связан с отчетностью, документами, сообщениями или иной информацией, если есть основания полагать, что: а) указанная информация содержит в существенном отношении неверные или вводящие в заблуждение утверждения; б) указанная информация содержит утверждения или данные, подготовленные небрежно; в) в указанной информации пропущены или искажены необходимые данные там, где пропуски или искажения могут вводить в заблуждение". Кодекс профессиональной этики аудиторов России: <http://legalacts.ru/doc/kodeks-professionalnoi-etiki-auditorov-odobren-sovetom-po/> (дата посещения - 10.03.2018).

В Законе об арбитраже и Законе о МКА указано, что эксперт может представить как письменное, так и устное заключение, в отличие от ранее действовавшего Закона о третейских судах, который устанавливал обязательность письменного экспертного заключения. Для целей подготовки заключения третейский суд может потребовать от любой стороны предоставления эксперту любой относящейся к делу информации либо предъявления для осмотра или предоставления возможности осмотра относящихся к делу товаров, другого имущества или документов. Аналогичная обязанность сторон установлена в Законе об арбитраже, Законе о МКА, Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, других арбитражных регламентах.

После представления заключения эксперт, назначенный арбитражем, при отсутствии договоренности об ином должен принять участие в слушании дела, на котором сторонам предоставляется возможность задавать ему вопросы в связи с проведением экспертизы и представленным экспертным

заключением, если сторона просит об этом или третейский суд считает это необходимым.

Эта обязанность эксперта закреплена в ст. 29 Закона об арбитраже и ст. 26 Закона о МКА, также установлена прямо в п. 5 ст. 6 Правил МАЮ о доказательствах. Такая же обязанность есть и у назначенного стороной эксперта. Она может следовать не из закона или регламента, а из гражданско-правового соглашения между экспертом и стороной. Следует учитывать, что в отсутствие подтверждения явки эксперта в качестве его прямой обязанности по договору, соответствующим образом обеспеченной его имущественной ответственностью, возрастает риск того, что из-за неявки эксперта на слушание его письменные показания вообще не будут рассмотрены в арбитраже <73>.

<73> См.: п. 5 ст. 5 Правил МАЮ о доказательствах: "Если Эксперт, назначенный стороной, присутствие которого затребовано... без уважительной причины не является на Слушание по доказательствам для дачи показаний, Состав арбитража не учитывает Заключение Эксперта, подготовленное этим Экспертом, если только, ввиду исключительных обстоятельств, Состав арбитража не примет иное решение".

Альтернативным примером по установлению обязанности участвовать в слушании является Регламент SCC. В ст. ст. 33, 34 Регламента SCC предусмотрена прямая обязанность эксперта-свидетеля участвовать в слушании, если стороны не договорились об ином, в то время как назначенный составом арбитров эксперт должен присутствовать на слушании лишь по запросу стороны.

На слушании стороны имеют право допрашивать эксперта. Такой допрос может быть обычным перекрестным, а может проводиться такая форма допроса эксперта, при которой состав арбитров и стороны одновременно допрашивают обоих экспертов от истца и ответчика. Эта форма допроса, которая считается достаточно эффективной, получила название "конференция экспертов" или "принятие горячей ванны" ("**expert conferencing**" или "**hot tubbing**"). Арбитраж, стороны и эксперты обсуждают каждую проблему по очереди. Это дает возможность понять ключевые различия в позициях экспертов и выявить, какой из экспертов лучше разбирается в проблеме.

Эксперт может привлекаться составом арбитров также для оказания ему технического содействия. Например, в деле **Luzon Hydro Corporation** <74> арбитры попросили эксперта проверить проект арбитражного решения на предмет наличия технических ошибок. Это не было воспринято судом как основание для его отмены.

<74> **Luzon Hydro Corp. v. Transfield Philippines Inc.** [2004] SGHC 204: [http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/%5B2004%5D_4_SLR\(R\)_0705.pdf](http://www.singaporelaw.sg/sglaw/images/ArbitrationCases/%5B2004%5D_4_SLR(R)_0705.pdf) (дата посещения - 10.03.2018).

Эксперты имеют в целом аналогичный состав прав, который закреплен за свидетелями при предоставлении ими показаний в арбитраже (см. права свидетеля в п. 10.3.2 данной главы), включая право на использование родного языка; право на предоставление переводчика и перевода документов; право быть услышанным (в том числе по месту своего нахождения или посредством видео-конференц-связи); право на возмещение расходов, связанных с участием в арбитражном разбирательстве.

Несмотря на обязанность эксперта давать правдивые и непредвзятые заключения, по российскому праву он не несет ответственности за дачу ложных показаний. Норма п. 5 ст. 55 АПК РФ, устанавливающая возможность привлечения эксперта к уголовной ответственности за дачу ложных показаний, не применяется по аналогии к эксперту (и свидетелю) в арбитраже. Уголовное наказание за заведомо ложное заключение, показание эксперта (ст. 307 УК РФ) применяется при осуществлении правосудия только в государственном суде. Эксперт в арбитраже может нести лишь гражданско-правовую ответственность <75>.

<75> Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (постатейный, научно-практический) / Под ред. О.Ю. Скворцова, М.Ю. Савранского. М., 2016. С. 184 - 193.

Кроме того, назначенный составом арбитров эксперт в соответствии с § 45 Правил арбитража МКС МКАС не несет ответственности перед сторонами или иными лицами за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих функций в связи с арбитражным разбирательством, если иное не предусмотрено применимыми императивными нормами законодательства об арбитраже. Вопрос ответственности назначенного стороной эксперта прямо не регламентирован. Ответственность потенциально возможна за нарушение соответствующего договора оказания услуг эксперта (гл. 39 ГК РФ) или за генеральный деликт по ст. 1064 ГК РФ.

10.5. Третьи лица

10.5.1. Понятие и виды третьих лиц в международном коммерческом арбитраже

Государственное судопроизводство и международный коммерческий арбитраж имеют существенные различия в части регулирования правового статуса третьих лиц. Одно из различий заключается в том, что в государственных судах третьи лица, как правило, делятся на две категории, а именно: на заявляющих и не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора (ст. ст. 41 - 42 ГПК РФ, ст. ст. 50 - 51 АПК РФ). Третейскому разбирательству данное деление неизвестно. Если третье лицо имеет самостоятельные требования, оно участвует в споре в качестве истца (дополнительной стороны).

Что касается третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, то привлечение их к арбитражному разбирательству не является распространенной практикой, а большинство арбитражных регламентов, за редкими исключениями (§ 14 Правил арбитража МКС МКАС), не содержат регулирования вопросов, связанных с участием таких лиц в разрешении спора.

В ситуации, когда речь идет о привлечении третьего лица к участию в деле в качестве стороны, принято использовать термин "дополнительная сторона" или "третья сторона" <76>. В этой связи в дальнейшем термин "третье лицо" будет применяться к третьим лицам, не заявляющим самостоятельных требований, а термин "дополнительная сторона" - к лицам, которые либо имеют самостоятельные требования, либо к ним могут предъявляться требования.

<76> § 13 Правил арбитража МКС МКАС; ст. 7 (1) Регламента ICC; ст. 13 (1) Регламента SCC; ст. 27 (6) Регламента НКІАС; ст. 18 Регламента СІЕТАС; ст. 22.1 (viii) Регламента LCIA.

Правила арбитража МКС МКАС содержат регулирование вопросов, связанных с участием в деле как третьих лиц (§ 14), так и дополнительных сторон (§ 13), и устанавливают в их отношении различный порядок привлечения к арбитражному разбирательству.

Необходимость данного деления объясняется тем, что третьи лица и стороны разбирательства должны иметь различные права и обязанности ввиду различий в их роли в разрешении спора. Так, если от действий и аргументов сторон зависит исход разбирательства, то третье лицо, как отмечает В.А. Мусин, скорее всего, "вообще не будет упомянуто в решении третейского суда" <77>.

<77> Мусин В.А. Третьи лица в третейском суде // Арбитражные споры. 2008. N 3. С. 145 - 154.

Вместе с тем большинству арбитражных регламентов деление, приведенное в Правилах арбитража МКС МКАС, неизвестно. Так, Регламенты ICC, SCC, LCIA, НКІАС, СІЕТАС регулируют лишь вопросы, связанные с участием в споре дополнительных (третьих) сторон. На этом фоне выделяется Швейцарский регламент международного арбитража, который прямо не указывает, в каком качестве третье лицо может быть привлечено к участию в споре (ст. 4 (2)), допуская тем самым к участию в арбитражном

разбирательстве широкий круг третьих лиц <78>.

<78> Habegger P. The Revised Swiss Rules of International Arbitration. Innovations // ASA Bulletin. 2012. N 2. P. 279.

Иное существенное отличие в вопросе понимания природы третьих лиц (дополнительных сторон) в государственных судах и международном арбитраже заключается в процедуре привлечения этих лиц к участию в деле. Так, применительно к государственным судам процессуальное законодательство предусматривает наличие у суда полномочий на привлечение лиц к участию в деле вне зависимости от мнения сторон. Данные правила закреплены как в российском (ст. ст. 50 - 51 АПК РФ), так и в ряде зарубежных процессуальных законов (ст. 15 Швейцарского кодекса гражданского процесса; ст. 66 французского Кодекса гражданского процесса).

Полномочия международного коммерческого арбитража в вопросе привлечения лиц, напротив, как правило, являются весьма ограниченными <79>. В первую очередь данное обстоятельство объясняется тем, что принцип автономии воли сторон перевешивает любые соображения, связанные с процессуальной эффективностью привлечения третьих лиц <80>.

<79> Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 91.

<80> Lew J.M., Mistelis L.A., Kröll S.M. Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 389.

Следует различать привлечение третьего лица (дополнительной стороны) по инициативе стороны спора (**joinder**) и ситуацию, когда лицо само изъявляет желание принять участие в разбирательстве (**intervention**).

На практике привлечение к участию в арбитражном разбирательстве третьих лиц и дополнительных сторон обычно обусловлено комплексным составом участников правоотношений. При этом удобство от привлечения дополнительных сторон заключается в минимизации риска появления противоречащих арбитражных решений в ситуации, если бы требование к дополнительной стороне (или заявленное дополнительной стороной) рассматривалось в отдельном производстве (см. п. 18.5.9 настоящего Учебника). Применительно к третьим лицам преимущество от их участия в деле состоит в том, что решение арбитража будет являться обязательным не только в отношении сторон спора, но и в отношении третьих лиц, участвовавших в споре, что позволит сократить расходы на иные разбирательства.

В качестве примера целесообразности привлечения третьих лиц можно привести ситуацию с привлечением бенефициара по договору страхования к разбирательству между страхователем и страховщиком. В случае с корпоративными спорами также нередко возникает необходимость привлечения акционеров юридического лица, не являющихся сторонами спора, когда решение может затронуть их права и обязанности.

Закон о МКА не регулирует вопросы привлечения третьих лиц и дополнительных сторон к участию в разбирательстве. По мнению О.Н. Садикова, отсутствие регулирования объясняется тем, что случаи процессуального соучастия в практике международного арбитража встречаются не слишком часто и многие возникающие в этой области вопросы могут успешно разрешаться в рамках общих правил о международном арбитражном процессе <81>. Однако в последние годы прослеживается тенденция внедрения в правила арбитража специальных положений, регулирующих вопросы множественности лиц в арбитражном разбирательстве.

<81> Садиков О.Н. Указ. соч. С. 395.

сторон к участию в арбитражном разбирательстве

Дискреция арбитража по вопросу о привлечении третьих лиц и дополнительных сторон.

Регламенты ICC и SCC не содержат требований о необходимости согласия другой стороны, а также привлекаемого лица, что позволяет сделать вывод о наличии дискреции у арбитражного трибунала по привлечению дополнительной стороны с учетом конкретных обстоятельств дела.

При этом согласно ст. 13 (6) Регламента SCC при разрешении вопроса о привлечении дополнительной стороны, если требования заявлены на основании двух и более арбитражных соглашений, арбитражный трибунал должен проконсультироваться со сторонами.

Регламент LCIA предоставляет составу арбитров специальное полномочие разрешить присоединение к арбитражному разбирательству третьего лица в качестве стороны в арбитражном разбирательстве при условии, что это третье лицо и сторона, подавшая соответствующее заявление, согласились с таким присоединением в письменной форме (ст. 22.1 (viii)). Согласие другой стороны при этом не требуется.

Регламент CIETAC также предоставляет составу арбитров право разрешить привлечение в разбирательство дополнительной стороны только по заявлению действующей стороны спора. Если состав арбитров сочтет привлечение необходимым, то перед принятием решения о вступлении трибунал обязан запросить мнения сторон арбитражного разбирательства (ст. 18 (1)).

Правила арбитража МКС МКАС позволяют дополнительной стороне самостоятельно ходатайствовать о привлечении к арбитражному разбирательству. При этом требования против дополнительной стороны или выдвигаемые дополнительной стороной должны охватываться тем же арбитражным соглашением, на котором основан первоначальный иск, либо другим арбитражным соглашением, предусматривающим передачу споров в МКАС при ТПП РФ и совместимым с первым арбитражным соглашением по своему содержанию. Требования также должны быть связаны с первоначальным иском "в материально-правовом отношении". Согласия сторон спора на привлечение дополнительной стороны не требуется (§ 13).

Что касается третьих лиц, то Правила арбитража МКС МКАС допускают их привлечение только по заявлению стороны спора и только при наличии согласия всех лиц, включая привлекаемое к разбирательству, за исключением случаев, когда третье лицо и стороны связаны одним арбитражным соглашением (п. 1 § 14) <82>.

<82> Указанные положения предусматривают выражение согласия в срок не более 15 дней с даты получения запроса, а также возможность установления ответственным секретарем МКАС при ТПП РФ или третейским судом более продолжительного срока в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

Таким образом, возможность привлечения третьего лица к разбирательству не вступает в противоречие с принципом автономии воли сторон, поскольку третье лицо сможет принять участие в споре только при наличии согласия всех сторон.

В Регламенте МКАС 2013 г. отсутствовало отдельное регулирование вопросов, связанных с привлечением третьих лиц и дополнительных сторон. Для привлечения любого третьего лица (дополнительной стороны) требовалось согласие всех участников спора вне зависимости от процессуального положения привлекаемого лица (§ 28 в ред. 2013 г.).

Идея о необходимости согласия всех участников спора на привлечение третьего лица по-разному оценивалась исследователями в области международного коммерческого арбитража. Так, известна точка зрения В.А. Мусина о том, что вступление в дело дополнительной стороны в виде лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, возможно не иначе как с согласия истца и ответчика, благодаря чему третье лицо присоединяется к третейскому соглашению в качестве его участника, подчиняясь тем самым юрисдикции третейского суда <83>. В то же время Н.Г. Елисеев полагает, что "[в] ситуации, когда одна из сторон соглашения просит ее привлечь, объясняя, почему это необходимо для разрешения спора, ничем не обоснованное возражение ее противника вряд ли следует

считать достаточным, чтобы отказать в удовлетворении просьбы. Более адекватным представляется регулирование, при котором арбитр определяет целесообразность участия третьего лица с учетом представленных сторонами доводов" <84>.

<83> Мусин В.А. Указ. соч.

<84> Елисеев Н.Г. Процессуальный договор. М., 2015. С. 176.

Так, согласно ч. 1 ст. 44 Регламента Арбитражного центра РСПП, если третье лицо просит об участии в арбитраже или если сторона просит привлечь третье лицо к участию в арбитраже, третейский суд должен вынести постановление по такому вопросу после консультаций со всеми сторонами.

Закрепление в Правилах арбитража МКС МКАС отдельного регулирования вопросов привлечения к участию в разбирательстве третьего лица и дополнительной стороны приблизило МКАС при ТПП РФ к ведущим зарубежным арбитражным институтам, регламенты которых не содержат требования о необходимости согласия каждого из участников разбирательства на привлечение дополнительной стороны, предоставляя арбитрам дискрецию по данному вопросу.

Срок на подачу заявления о привлечении третьего лица (дополнительной стороны). В отношении срока, в который может быть сделано заявление о привлечении третьего лица (дополнительной стороны), в арбитражных регламентах представлены различные подходы.

Регламент ICC не допускает привлечения дополнительной стороны после получения подтверждения о назначении любого из арбитров, за исключением случаев, когда стороны, включая дополнительную, согласились об обратном (ст. 7 (1)).

Статья 13 (2) Регламента SCC требует, чтобы заявление о привлечении дополнительной стороны было сделано как можно раньше. Заявление, сделанное после поступления объяснений ответчика, не подлежит рассмотрению, если состав арбитров не решит иначе.

Правила арбитража МКС МКАС не содержат прямого регулирования сроков на предъявление заявления о привлечении дополнительной стороны. Однако согласно п. 3 § 13 в отношении иска к дополнительной стороне и иска дополнительной стороны применяются соответствующие положения о встречном иске, которые, в свою очередь, ограничивают срок на предъявление встречного иска 30-дневным периодом с того момента, как ответчик получил копию искового заявления (п. 1 § 7). Таким образом, если иск предъявлен дополнительной стороной или к ней, срок на предъявление иска ограничен указанным периодом.

В отношении привлечения третьих лиц Правила арбитража МКС МКАС содержат положение о том, что ходатайство о привлечении третьего лица или ходатайство о вступлении в арбитражное разбирательство третьего лица должно быть заявлено до истечения срока представления отзыва на исковое заявление. При наличии уважительных причин этот срок может быть продлен ответственным секретарем МКАС, а после формирования третейского суда - его председателем (п. 2 § 14).

10.5.3. Формирование арбитражного трибунала при наличии третьих лиц

В ситуации привлечения третьего лица и (или) дополнительной стороны к участию в деле, как правило, возникает закономерный вопрос относительно необходимости предоставления такому лицу права на участие в формировании третейского суда.

Если соглашением сторон предусмотрено разрешение спора единоличным арбитром, то, как правило, проблем в этой связи не возникает, поскольку в таких случаях абсолютное большинство арбитражных регламентов предусматривает назначение единоличного арбитра арбитражным институтом, администрирующим спор <85>.

<85> Статья 12 Регламента ICC; ст. 13 Регламента SCC; п. 9 § 16 Правил арбитража МКС МКАС.

Однако если в соответствии с соглашением сторон или применимым регламентом спор должен быть разрешен тремя арбитрами или более, лишение лица права на участие в формировании арбитражного трибунала, в особенности если лицо выступает в качестве дополнительной стороны, ставит иных участников разбирательства в привилегированное положение по отношению к лицу, привлеченному к участию в деле.

Так, например, если сторонами предусмотрено коллегиальное разрешение спора, а привлеченный к участию в деле соответчик не может прийти с первоначальным ответчиком к согласию относительно кандидатуры арбитра, возникает вопрос о том, каким образом будет сформирован состав арбитров. Как отмечает Г. Борн, данная проблема на практике не имеет удовлетворительного способа разрешения <86>.

<86> Born G. Op. cit. P. 2607.

Обратившись к истории, отметим, что до недавнего времени большинство регламентов предусматривали назначение арбитражным институтом арбитра за соистцов или соответчиков, которые не пришли к согласию относительно конкретной кандидатуры. На первый взгляд данный подход представляется обоснованным: единоличный истец или ответчик реализовывает право на назначение и не может нести ответственность за наличие или отсутствие договоренности между его оппонентами.

Тем не менее резонансное дело **Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co.** <87> заставило большинство арбитражных институтов изменить правила назначения состава арбитров в ситуации процессуальной множественности.

<87> **Siemens AG & BKMI Industrienlagen GmbH v. Dutco Consortium Constr. Co.**, Cass. ass. plen., Jan. 7, 1992 // Journal du droit international (Clunet). 1992. N 119. P. 712.

Компания Dutco предъявила иск к двум ответчикам, которые не смогли прийти к договоренности относительно единой кандидатуры арбитра. Согласно действовавшему на тот момент Регламенту ICC 1988 г. в таком случае арбитр назначался арбитражным институтом за стороны, которые не пришли к соглашению. Арбитр, назначенный истцом, продолжил участие в разбирательстве.

После вынесения решения в пользу Dutco ответчики подали заявление о признании решения недействительным в связи с нарушением принципа равноправия сторон. Суд кассационной инстанции согласился с мнением ответчиков о том, что решение нарушает принцип равенства сторон арбитражного разбирательства, и удовлетворил заявление.

Несмотря на неоднозначную оценку решения суда, несколько лет спустя Регламент ICC претерпел изменения в части, касающейся правил разбирательств с множественностью сторон: так, в редакцию Регламента 1998 г. было введено положение о том, что в случае отсутствия соглашения сторон относительно кандидатуры арбитра Суд ICC обладает правом назначить самостоятельно всех трех арбитров и выбрать из них председателя. Данное правило содержится и в актуальной редакции Регламента ICC.

Впоследствии правила о разрешении споров большинства ведущих арбитражных учреждений претерпели аналогичные изменения. Правила арбитража МКС МКАС содержат особое регулирование: в соответствии с ч. 8 § 16 в случае множественности лиц на стороне истца или ответчика как лица на стороне истца, так и лица на стороне ответчика избирают по соглашению между собой по одному арбитру. При недостижении соглашения между лицами на стороне истца или ответчика арбитр назначается Комитетом по назначениям, который вправе осуществить назначение арбитра и за другую сторону. В таком случае полномочия избранного другой стороной арбитра прекращаются.

Таким образом, Правила арбитража МКС МКАС предоставляют Комитету по назначениям право выбора либо ограничиться назначением арбитра за сторону, не пришедшую к единому мнению, либо

произвести назначение за обе стороны.

10.6. Лица публичного права в арбитражном разбирательстве

Вопрос о возможности участия государства в арбитражном соглашении решен положительно как минимум с конца XIX столетия. В ст. 19 Гаагской конвенции о мирном решении международных столкновений 1899 г. прямо предусматривалась передача в обязательный арбитраж любых споров, которые договаривающиеся стороны, среди которых была Российская империя, посчитали бы возможными передать на его рассмотрение. Стороны арбитража имели право назначать агентов и адвокатов в качестве своих представителей (ст. 37). Этим же актом была учреждена ППТС в Гааге. На смену Гаагской конвенции 1899 г. пришла Гаагская конвенция о мирном решении международных столкновений 1907 г., в которой содержались положения о международном арбитраже <88>. В ч. 1 ст. II Европейской конвенции 1961 г. для юридических лиц, которые по применимому к ним национальному закону рассматриваются как "юридические лица публичного права", предусматривается возможность заключать арбитражные соглашения.

<88> В 1942 г. Правительство СССР заявило, что будет соблюдать Гаагские конвенции на основе взаимности (циркулярная нота советского правительства от 27 апреля 1942 г.). МИД СССР в своей Ноте правительству Нидерландов от 7 марта 1955 г. подтвердил, что советское правительство признает ратифицированные Гаагские конвенции и Декларации 1899 и 1907 гг. в той мере, в какой эти Конвенции и Декларации не противоречат Уставу ООН, если они не были изменены или заменены последующими международными соглашениями, участником которых является СССР: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=21199 (дата посещения - 10.03.2018).

В соответствии с п. 1 ст. 125 ГК РФ от имени Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в гражданском обороте и в суде выступают органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов. Рассматривая положение государственного чиновника как выразителя государственной воли, Леон Дюги отмечал, что "...нельзя говорить ни о субъективном обязательстве, ни о субъективном праве, принадлежащих чиновнику. Это законное, активное и пассивное положение налагает на чиновника ряд полномочий и обязанностей, составляющих то, что называется публичной функцией" <89>.

<89> Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 626 - 627.

В ч. 1 ст. 110 Конституции России предусмотрено, что исполнительную власть в Российской Федерации осуществляет Правительство Российской Федерации. Согласно п. 118 Регламента Правительства Российской Федерации в случае предъявления в суд общей юрисдикции и в арбитражный суд (кроме Верховного Суда Российской Федерации) исковых или иных требований к Правительству представление интересов Правительства в суде осуществляют без дополнительного поручения федеральные министерства, иные федеральные органы исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации или Правительство, на основании направленных им Аппаратом Правительства документов, поступивших в Правительство, а также сотрудники Аппарата Правительства по доверенности. Нетрудно заметить, что международные арбитражи и третейские суды не упомянуты в качестве форумов, в которых участие органов исполнительной власти допускается в силу одних лишь имеющихся у них полномочий и функций.

В п. 120 Регламента Правительства Российской Федерации среди перечня полномочий представителей Правительства, связанных с выступлением в соответствующем суде, нет права на передачу дела в третейский суд (арбитраж). Если федеральный орган исполнительной власти назначает представителей Правительства в суде из числа лиц, состоящих в штате органов исполнительной власти (центральном аппарате, территориальных и иных органах), либо привлекает адвокатов, их полномочия определяются в доверенности, которую подписывает руководитель соответствующего федерального органа исполнительной власти.

В соответствии с п. 6 ст. 1217.1 ГК РФ, если иное не вытекает из закона или существа отношений, при отсутствии в доверенности иных указаний считается, что в объем полномочий представителя входит среди прочего определение порядка заключения соглашений о передаче споров в государственный или третейский суд. Вместе с тем в п. 7 той же статьи указано, что ее положения не распространяются на отношения представительства, основанные на указании закона либо акте уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления.

Специальной правоспособности государственных органов в отведенной им сфере недостаточно для того, чтобы заключить арбитражное соглашение, поскольку оно является особого рода сделкой, влекущей необратимую трансформацию процедуры разрешения текущего или будущего спора с государственным участием, которая создает особые правоотношения и влечет определенные специфические обязательства (как, например, обязательство уплатить аванс на арбитражные расходы при подаче иска, компенсировать издержки на арбитраж проигравшей стороне и др.).

Как правило, заключение соглашения на арбитраж по сложным контрактам с государственным участием, рассчитанным на многолетнее применение (например, соглашения о разделе продукции в нефтегазовой сфере), сопровождается одновременным подписанием оговорки об отказе государства от юрисдикционного иммунитета, а также от будущих возражений со ссылкой на иммунитет при приведении в исполнение арбитражного решения (отказ государства от иммунитета против исполнения арбитражного решения, которое может быть вынесено против него, позволяет обратиться взыскание на его имущество, находящееся на территории другого государства) <90>. Только такой "комплексный" подход позволяет сделать арбитражную процедуру осуществимой, а будущее арбитражное решение - признаваемым в странах, подписавших Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г. Естественно, оговорка об ограничении (снятии) иммунитета от имени государства, чтобы породить юридически значимые последствия, также должна быть предварительно согласована с Правительством Российской Федерации или специально уполномоченным им органом.

<90> См. более подробно: Кайсин Д.В. Иммунитет государства и защита иностранных государственных капиталовложений в России // Закон. 2015. N 5. С. 158 - 163.

Таким образом, право представления интересов Правительства Российской Федерации в судах общей юрисдикции и/или арбитражных судах не подразумевает, если это касается государства и Правительства Российской Федерации как юридического субъекта, право заключать от их имени без специального полномочия (поручения) арбитражные соглашения и выступать в качестве их представителей в международных арбитражах и внутренних третейских судах.

Важно учитывать, что ссылка на отсутствие полномочий на подписание арбитражного соглашения в арбитражном разбирательстве далеко не всегда ведет к признанию отсутствия юрисдикции (компетенции) арбитража. Скорее, наоборот, исходя из мировой практики презюмируется, что государственный орган обладает соответствующими полномочиями. Бремя доказывания обратного лежит на государстве и его агентах. Для того чтобы констатировать отсутствие компетенции, необходимо, чтобы другая сторона по арбитражной оговорке знала либо должна была знать о том, что у подписывающего арбитражное (третейское) соглашение должностного лица нет права это делать.

В международной практике арбитражных (третейских) разбирательств общепринятым является подход, согласно которому практика рассмотрения предыдущих дел, в которых поднимались аналогичные процессуальные вопросы, пользуется заслуженным авторитетом, в особенности если по тому или иному спорному вопросу, помимо арбитражного решения, приняты последующие решения государственных судов. Применительно к рассматриваемым проблемам нужно отметить как минимум два дела, до сих пор широко обсуждаемых в научной литературе.

В деле **Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan** рассматривался вопрос о том, может ли арбитражное соглашение компании из Саудовской Аравии Dallah с пакистанским Awami Hajj Trust рассматриваться как заключенное непосредственно с правительством Пакистана и, как следствие, связывающее последнее относительно способа и порядка разрешения спора. В 1995 г. Dallah подписала соглашение с Министерством по

религиозным делам правительства Пакистана о размещении для проживания пилигримов - мусульман, предпринимающих хадж. При этом соглашение, содержащее оговорку об арбитраже по Регламенту ICC в Париже, было включено в договор с Awami Hajj Trust. В 1996 г., после смены правительства в Пакистане, траст был ликвидирован. В дальнейшем Dallah предъявила иск напрямую к правительству Пакистана о компенсации за нарушение контракта. Трибунал из трех арбитров, среди которых были двое судей - лорд Мاستилл (назначен Dallah) и Насим Хасан Шах (назначен Пакистаном), признал юрисдикцию для рассмотрения спора, посчитав, что подлинной стороной контракта было именно правительство Пакистана, и взыскал в пользу Dallah 20,5 млн дол. США убытков. Затем вопрос об исполнимости и действительности арбитражного решения был поставлен перед английским и французскими судами, которые на основе применимого к процедуре арбитража французского права приняли противоположные решения.

Английский суд посчитал, что арбитражное соглашение не связывало правительство Пакистана. В решении Верховного суда Великобритании, который поддержал выводы нижестоящих судов об отсутствии арбитражного соглашения между Dallah и государством, отмечено отсутствие общего намерения (применительно к принципам права Франции) считать правительство Пакистана связанным арбитражным соглашением, в связи с чем решение трибунала не подлежит исполнению <91>.

<91> **Dallah Real Estate and Tourism Holding Company (Appellant) v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan (Respondent)**, § 132, [2010] UKSC 46: <https://www.supreme-court.uk/cases/docs/uksc-2009-0165-judgment.pdf> (дата посещения - 10.03.2018).

Затем французский Апелляционный суд, куда правительство Пакистана обратилось с заявлением об оспаривании арбитражного решения, признал, что арбитражная оговорка должна рассматриваться как обязывающая правительство, что привело к оставлению решения без изменения и взысканию с правительства Пакистана судебных издержек. Как отмечается в одном из анализов решения, расхождение между французским и английским подходами выразилось в оценке доказательств и веса, который нужно было дать некоторым документам (преддоговорные переговоры и переписка), указывавшим, по мнению арбитров, с чьим мнением согласились французские судьи, на то, что правительство Пакистана "вело себя так, как будто это был его контракт" и "как подлинная сторона от Пакистана в экономическом аспекте" <92>.

<92> **London Says "No" and Paris Says "Oui" on Enforcement: Contrasting the English and French Court Decisions in Dallah v. Pakistan**, 19.11.2011: <https://www.mayerbrown.com/pt/publications/detailprint.aspx?publication=4728#two> (дата посещения - 10.03.2018).

В деле **Norsk Hydro ASA v. State Property Fund of Ukraine** рассматривался вопрос о том, является ли Украина надлежащей стороной по арбитражному соглашению, содержащемуся в контракте между норвежской компанией Norsk Hydro и Фондом государственного имущества Украины по поводу управления украинским обществом "ТрансИнвестСервис". Имея на руках арбитражное решение SCC на сумму 16 млн дол. США против Украины как солидарного с Фондом имущества ответчика, истец добился в английском суде обеспечительных мер по аресту средств, предназначенных для выплаты долга по суверенным облигациям Украинского государства на счете в Deutsche Bank в Лондоне. В дальнейшем арест денежных средств государства был отменен, в том числе со ссылкой на обязательные правила Закона Великобритании "О государственном суверенитете" 1978 г., а также на недопустимость отхода от смысла и содержания арбитражного решения, принятого в отношении одного, а не нескольких ответчиков <93>.

<93> При принятии обеспечительных мер английский суд первоначально рассматривал Украину и Фонд государственного имущества в качестве самостоятельных субъектов, что расходилось с буквальным смыслом резолютивной части арбитражного решения. См.: решение от 18.10.2002; [2002] APP. L. R. 10/18: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitrationLReports/Norsk%20v%20Ukraine%202002.pdf> (дата посещения - 10.03.2018).

Как показывают приведенные решения, в случае возникновения арбитражного спора с участием государственного учреждения вопрос о том, является ли само государство связанным арбитражным соглашением, может не иметь однозначного ответа и требовать подробного анализа многих фактов и обстоятельств, связанных с подписанием договора. Существенное значение могут иметь также участие или неучастие государства в арбитражном споре, а также своевременное заявление возражений по юрисдикции либо заявление возражений на стадии приведения решения в исполнение (если государство не участвовало в арбитраже).

Механизм вступления государства в лице федеральной исполнительной власти в арбитражное разбирательство (вкратце, на примере РФ) выглядит следующим образом. Если Российская Федерация привлечена к участию в арбитражном разбирательстве в качестве ответчика, то, как правило, если в контракте не поименовано в качестве уполномоченного представителя какое-либо учреждение или государственный орган, иск по сложившейся практике направляется непосредственно Правительству РФ.

Получив иск и материалы к нему, Аппарат Правительства направляет документы тому федеральному органу власти, который ранее был назначен Правительством РФ ответственным за ту или иную проблематику, либо в тот государственный орган, в чьи полномочия входят вопросы, затрагиваемые в иске. После получения и первичного анализа материалов уполномоченный орган, если разбирательство предполагается в международном арбитраже и на иностранном языке, приступает к выбору юридического консультанта для представления интересов в процессе.

Выбор и назначение юридического консультанта осуществляются в соответствии с законодательством о государственных закупках по одной из предусмотренных им процедур: либо по конкурсу, либо путем закупки у единственного поставщика. В течение последних лет защиту интересов Российской Федерации в международных арбитражных разбирательствах по поручениям Министерства юстиции России, Министерства финансов России, Федерального агентства по управлению государственным имуществом и других уполномоченных органов федеральной исполнительной власти выполняют ведущие российские и зарубежные юридические фирмы <94>.

<94> Так, по сообщениям СМИ, представление интересов Российской Федерации в арбитраже по искам бывших акционеров НК "ЮКОС" по Энергетической хартии осуществляла юридическая фирма Cleary Gottlieb, Steen & Hamilton (Дело ЮКОСа угрожает приватизации: <https://www.gazeta.ru/business/2016/08/08/10109981.shtml> (дата посещения - 10.03.2018)). На защиту интересов Российской Федерации против исполнения арбитражного решения на сумму свыше 50 млрд дол. США по указанному делу была нанята международная юридическая фирма White & Case. Санкт-Петербургское адвокатское бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и Партнеры" было определено юридическим консультантом по представлению в 2016 г. интересов Российской Федерации в арбитражном споре с индийскими акционерами совместного российско-индийского предприятия по производству диоксида титана и других титановых продуктов (распоряжение Правительства РФ от 13.07.2016 N 1497-р: <http://kremlin-moscow.com/148729> (дата посещения - 10.03.2018)).

Закупка юридических услуг для государственных нужд у единственного поставщика должна быть согласована указом или распоряжением Президента Российской Федерации, а в случаях, установленных поручениями Президента Российской Федерации, произведена у исполнителя, определенного постановлением или распоряжением Правительства Российской Федерации. При этом в таких правовых актах указывается предмет контракта, также может быть указан предельный срок, на который заключается контракт, и определена обязанность заказчика установить требование обеспечения исполнения контракта. При подготовке проектов данных правовых актов исполнителем, претендующим на заключение государственного контракта, в обязательном порядке представляется обоснование цены услуг (пп. 2 п. 1 ст. 93 Федерального закона от 05.04.2013 N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд").

Если Правительство России выступает в арбитражном деле в качестве истца, то до того как обратиться с иском, им определяется уполномоченный государственный орган, которому поручается инициировать процесс, на что выделяется соответствующее финансирование <95>.

<95> Следует иметь в виду, что современный арбитраж (третейское разбирательство) - это дорогостоящее предприятие, стоимость которого может значительно превышать расходы на процесс в государственном суде, а финансирование расходов государственных органов (в том числе на арбитражные разбирательства) осуществляется из государственного бюджета по строгим правилам бюджетного законодательства (включая сроки получения финансирования, согласования и т.д.). Рассматривая соотношение гражданского и бюджетного законодательства, В.Ф. Яковлев призывает не забывать о том, что "...бюджет - это тоже закон. И в бюджете нет лишних средств. Все, что будет взыскано сверх того, что предусмотрено в бюджете, на самом деле будет взыскано за счет какой-то другой статьи расходов. Кроме того, возникает вопрос, каким образом выполнить такое судебное решение. Судебный исполнитель произведет изъятие из бюджета средств, которые не предусмотрены бюджетом, или исполнит решение путем продажи государственного имущества? Но ни то, ни другое не предусмотрено финансовым законодательством". См.: Яковлев В.Ф. Гражданский кодекс и государство // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сб. памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 64.

Необходимость специального управомочивающего акта на арбитраж (закон, подзаконный акт, распоряжение) в дополнение к обычной компетенции того или иного органа власти подтверждается и тем, что процессуальный закон (ст. 54 ГПК РФ, ч. 2 ст. 62 АПК РФ) требует, чтобы право представителя на передачу спора на рассмотрение третейского суда было специально оговорено в доверенности. Соответственно, любой государственный орган, если он намерен заключить как агент государства арбитражное (третейское) соглашение, должен предварительно согласовать это с Правительством РФ (если только такое право уже не было специально предусмотрено каким-либо нормативным актом или распоряжением). В этом случае, если оговорка подписана государственным органом с соблюдением всех формальностей и при наличии правомочий, он получает возможность, например, при возникновении спора обратиться в Правительство за выделением средств на ведение дела в арбитраже.

Глава 11. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ В АРБИТРАЖЕ

11.1. Понятие обеспечительных мер

Под обеспечительными мерами принято понимать срочные временные меры, которые призваны обеспечить имущественные интересы заявителя и являются соразмерными заявленному требованию <1>.

<1> Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. СПб.; М., 2012. С. 151; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011. Статья 90.

Обеспечительные меры по делам, рассматриваемым международными коммерческими арбитражами, могут быть приняты как самим составом арбитров (чрезвычайным арбитром, председателем арбитражного института), так и государственным судом в поддержку арбитража (см. пар. 11.4 данной главы). Такой подход, получивший название "конкурирующая юрисдикция" (**concurrent jurisdiction**), был закреплен в качестве рекомендации в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и воспринят подавляющим большинством юрисдикций, включая Российскую Федерацию (п. 1 ст. 17 Закона о МКА) <2>. При этом действует принцип, по которому обращение стороны в суд до или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии мер по обеспечению иска и вынесение судом определения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением, т.е. не свидетельствуют о намерении стороны передать рассмотрение спора по существу в государственный суд (ст. 9 Закона о МКА).

<2> Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. М., 2012. С. 42; Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (постатейный, научно-практический) / Под ред. О.Ю. Скворцова, М.Ю. Савранского. М., 2016.

С. 33.

Встречаются страны, не разделяющие концепцию конкурирующей юрисдикции. Так, в Англии сторона может обратиться за принятием обеспечительных мер в суд только в случае, если дело не терпит отлагательств (ст. 44 (3) - (5) английского Закона "Об арбитраже"). Если срочности нет, то такое обращение может быть сделано только с разрешения состава арбитров либо по соглашению с другой стороной, и если состав арбитров не уполномочен разрешать подобные вопросы или не в состоянии действовать эффективно <3>.

<3> С появлением института чрезвычайного арбитра в Регламенте LCIA сторонам стало сложнее соблюдать последний критерий. Например, в деле **Gerald Metals S.A. v. The Trustees of the Timis Trust & Others**, [2016] EWHC 2327 Высокий суд Англии и Уэльса посчитал, что если стороны имеют возможность назначить ускоренный трибунал или чрезвычайного арбитра, и такой ускоренный трибунал или чрезвычайный арбитр имеют реальную возможность осуществить необходимые полномочия, то заявитель не вправе обращаться за обеспечительными мерами в государственный суд, так как тест "срочности" не будет соблюден.

С другой стороны, ГПК Италии (ст. 818) запрещает арбитрам принимать обеспечительные меры, относя данный вопрос к исключительной компетенции государственных судов. В Китайской Народной Республике обеспечительные меры могут приниматься только судом, в то время как арбитры могут лишь ходатайствовать перед судом о принятии таких мер (по заявлению стороны) (ст. 272 Гражданского процессуального закона КНР, ст. 68 Закона КНР "Об арбитраже").

В последних редакциях регламентов некоторых ведущих арбитражных институтов закреплена prerogative состава арбитров принимать обеспечительные меры, в то время как обращение в государственные суды возможно лишь в исключительных случаях (например, Регламенты LCIA (2014), ICC (2017), НКІАС (2013)) <4>. Однако такой подход влечет определенные риски для заявителя, ведь если юрисдикция по месту исполнения не допускает принудительного исполнения обеспечительных мер, принимаемых арбитражем, а сторона не исполняет их добровольно, то заявитель будет вынужден обращаться за обеспечительными мерами в государственный суд. Для этого ему придется либо повторно обращаться к арбитражу - на этот раз за разрешением, либо нарушать арбитражный регламент (а значит, и арбитражное соглашение сторон).

<4> Такое регулирование не в последнюю очередь связано с введением в арбитражные регламенты института чрезвычайного арбитра, который способен принимать меры еще до формирования третейского суда. См.: Field S. Narrowing the powers of the national courts to grant interim measures - A measure too far?: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/08/27/narrowing-the-powers-of-the-national-courts-to-grant-interim-measures-a-measure-too-far/> (дата посещения - 10.03.2018).

Выбирая между обращением за обеспечительными мерами в суд и в арбитраж, следует учитывать специфику коммерческого арбитража. Во-первых, обеспечительные меры, принятые арбитражем, в ряде юрисдикций не подлежат принудительному исполнению (см. пар. 11.4 данной главы). Во-вторых, такие меры распространяются только на участников арбитражного разбирательства и не могут влиять на поведение третьих лиц (например, банка в случае наложения ареста на открытый в нем счет). В-третьих, как правило, заявления об обеспечительных мерах не могут быть рассмотрены в арбитраже без участия сторон (**ex parte**): оппонент всегда уведомляется о поданном заявлении и имеет возможность представить свои возражения (подробнее о возможности рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер **ex parte** см. пар. 11.4 данной главы). В судах обеспечительные меры обычно принимаются **ex parte**, но стороны наделены правом оспаривать определения об их принятии в вышестоящие инстанции, что не свойственно арбитражу.

По указанным причинам обращение в государственные суды за принудительными обеспечительными мерами в ряде случаев будет эффективнее обращения в арбитраж <5>. Вместе с тем меры, принятые арбитражем, могут оказаться эффективнее в том случае, если применение

обеспечительных мер требуется в нескольких государствах <6>.

<5> В практике МКАС при ТПП РФ встречались ситуации, когда состав арбитров отказывал в принятии обеспечительных мер в связи с тем, что сторонам, по мнению состава арбитров, следовало обращаться с такими заявлениями в государственные суды (решение МКАС при ТПП РФ от 24.03.2008 по делу N 60/2007 // СПС "КонсультантПлюс").

<6> Курочкин С.А. Особенности применения обеспечительных мер по искам, рассматриваемым третейскими судами и международными коммерческими арбитражами // Закон. 2012. N 12. С. 90 - 99.

Стороны могут своим соглашением закрепить какой-то один способ получения обеспечительных мер: обращение только в государственные суды, либо только в арбитраж <7>. Однако не во всех юрисдикциях такое соглашение будет признано действительным. В Германии запрет на обращение в государственный суд может быть признан нарушающим гарантии эффективной судебной защиты <8>. В США ограничение права на обращение в государственный суд может быть признано только при условии, что у сторон есть альтернативная возможность обратиться за обеспечительными мерами в арбитраж <9>. Российское законодательство не исключает возможность обращения к государственному суду за обеспечительными мерами независимо от соглашения сторон по данному поводу <10>. В то же время право сторон исключить возможность обращаться за обеспечительными мерами в арбитраж вытекает из ст. 17 Закона о МКА <11>.

<7> Например, такое соглашение признается допустимым в Англии (Daniels v. Va. College at Jackson // Federal Appendix. 2012. Vol. 478. P. 892 (5th Cir. 2012); Mantovani v. Carapelli S. p. A // Lloyd's Law Reports. 1980. Vol. 1. P. 375 (English Ct. App.).

<8> Beschluss von 26. October 2000, 2011 NJW-RR 711 (Oberlandesgericht Celle); BeckOK ZPO/Wolf/Eslami, 27. Ed. 01.12.2017, ZPO § 1033 Rn. 5 - 7.

<9> **Anaconda v. American Sugar Refining Co.**, 322 U. S. 42 (U. S. S. Ct. 1944).

<10> Так, ни АПК РФ, ни ГПК РФ не предусматривают оснований для оставления без рассмотрения или прекращения производства по заявлению о принятии обеспечительных мер в поддержку арбитража при наличии такого соглашения сторон.

<11> См. по аналогии с третейскими судами: Практика применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации: более 350 актуальных вопросов: Практик. пособие / Д.Б. Абушенко, С.Л. Дегтярев, М.Л. Скуратовский и др.; под ред. В.В. Яркова, С.Л. Дегтярева. М., 2005. § 276 (5).

11.2. Основания для принятия обеспечительных мер

В арбитражных регламентах редко прописываются основания принятия обеспечительных мер (см., например, Регламенты LCIA, ICC, SCC, Правила арбитража МКС МКАС). Состав арбитров принимает те меры, которые считает необходимыми в рассматриваемом деле, руководствуясь своим внутренним убеждением.

На практике арбитры нередко опираются на критерии, содержащиеся в национальном законодательстве. Например, состав арбитров МКАС при ТПП РФ в решении от 07.12.2012 по делу N 193/2011 <12> отказал в принятии обеспечительных мер, посчитав недоказанным, что непринятие обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным исполнение арбитражного решения и причинить значительный ущерб истцу, т.е. фактически применил критерии, установленные ст. 90 АПК РФ.

<12> Решение МКАС при ТПП РФ от 07.12.2012 по делу N 193/2011 // СПС "КонсультантПлюс".

Что касается обеспечительных мер, принимаемых государственными судами, законодательства различных юрисдикций разнятся на предмет оснований для их принятия. Для целей унификации в Типовом законе ЮНСИТРАЛ был закреплен рекомендуемый перечень таких оснований (ст. 17А). Так, сторона, запрашивающая обеспечительную меру, должна убедить арбитражный суд в том, что, во-первых, ей может быть причинен ущерб, который не может быть восполнен путем присуждения убытков; во-вторых, такой ущерб существенно перевешивает ущерб, который может быть причинен стороне, в отношении которой принимается такая мера; в-третьих, существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа требования (критерий **good arguable case**).

На сегодняшний день такие основания воспроизведены в арбитражных законах ряда юрисдикций (Австралия, Британские Виргинские Острова, Гонконг, Литва, Новая Зеландия).

В Российской Федерации основания обеспечительных мер в поддержку арбитража ничем не отличаются от оснований обеспечительных мер, принимаемых в рамках судебного разбирательства <13>. В гражданском процессе данный критерий сформулирован как "затруднительность или невозможность исполнения решения суда в случае непринятия мер по обеспечению иска" (ст. 139 ГПК РФ), в арбитражном процессе к данному критерию добавлен альтернативный критерий - предотвращение причинения значительного ущерба заявителю (ст. 90 АПК РФ). Пленум ВАС РФ, толкуя данные критерии, предписал судам учитывать среди прочего обеспечение баланса интересов заинтересованных сторон (т.е., по сути, второй критерий из Типового закона ЮНСИТРАЛ) <14>. Рекомендуемый в Типовом законе критерий **good arguable case** не получил отражения в российском законодательстве и судебных актах высших судов, однако нельзя отрицать, что на практике суды учитывают данный критерий и не принимают обеспечительные меры в отношении явно "безнадежных" исков.

<13> Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации"... С. 55 - 56.

<14> Полный перечень критериев см.: Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 55 "О применении арбитражными судами обеспечительных мер". Пункты 9, 10 // СПС "КонсультантПлюс".

Следует также отметить, что важным аргументом в пользу принятия обеспечительных мер является предоставление заявителем встречного обеспечения. Как правило, в качестве встречного обеспечения выступает банковская гарантия либо перечисление денежных средств на депозит суда. В арбитражных регламентах зачастую прямо прописывается право состава арбитров запросить встречное обеспечение у заявителя <15>, что говорит о большой роли, отводимой данному институту в арбитраже.

<15> См., например: п. 2 § 34 Правил арбитража МКС МКАС; ст. 28 Регламента ICC (2017); ст. 37 Регламента SCC (2017).

11.3. Перечень обеспечительных мер

Как правило, ни арбитражные регламенты, ни национальные законодательства не устанавливают закрытые перечни обеспечительных мер, подлежащих применению. В то же время неудивительно, что трибуналы охотнее применяют известные практики, а также фактически осуществимые обеспечительные меры <16>. Далее приведены примеры наиболее распространенных в Российской Федерации обеспечительных мер <17>:

<16> Так, в уже упомянутом деле МКАС при ТПП РФ N 193/2011 истец требовал обязать ответчика задепонировать сумму задолженности в одном из российских банков с возложением на ответчика обязанности не расходовать депонированные суммы денежных средств до разрешения спора по существу. Отказывая в принятии обеспечительных мер, состав арбитров указал, помимо прочего, что запрошенная мера не является обычно применимой (в частности, по аналогии со ст. 91 АПК РФ), а также

осуществимой обеспечительной мерой.

<17> Обеспечительные меры, приведенные в данном перечне, отчасти воспроизводят обеспечительные меры, указанные в ст. 91 АПК РФ.

- наложение ареста на денежные средства (в том числе денежные средства, которые будут поступать на банковский счет) или иное имущество, принадлежащие оппоненту и находящиеся у него или других лиц;

- запрет оппоненту и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора (например, разглашать ноу-хау, расторгать договор, реализовывать имущество, голосовать на собрании акционеров, одобрять сделки и др.);

- возложение на оппонента обязанности совершить определенные действия в целях предотвращения порчи, ухудшения состояния спорного имущества;

- передача спорного имущества на хранение истцу или другому лицу.

Специфическими обеспечительными мерами, возможность применения которых зависит от конкретной юрисдикции, можно назвать:

- сохранение доказательств, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора <18>;

<18> Данный способ приведен в ст. 17 (2) (d) Типового закона ЮНСИТРАЛ. В Российской Федерации обеспечение доказательств является не обеспечительной мерой, а самостоятельным институтом (ст. 72 АПК РФ).

- предоставление средств для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение (перечисление аванса на депозит арбитражного института) <19>;

<19> Данный способ приведен в ст. 17 (2) (c) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

- запрет действий, приводящих к обострению (**aggravation**) спора между сторонами (например, запрет на публичные заявления в отношении спора, вмешательство в договорные отношения истца с третьим лицом, вмешательство в право собственности) <20>;

<20> Born G. International arbitration: law and practice. 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. P. 2488.

- понуждение к исполнению обязательств в натуре (например, продолжать поставлять товары, предоставлять исключительные права по лицензии) <21>;

<21> Interim Award in ICC Case N 8894 // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 2000. Vol. 11. P. 94, 97 - 98. В данном деле состав арбитров обязал сторону ходатайствовать перед исполнительным органом об отмене лицензии и разрешения на импорт; Award in ICC Case N 6503 // Journal du droit international (Clunet). 1995. Vol. 122. P. 1022. Состав арбитров обязал сторону продолжать исполнять договор до принятия решения по делу.

- предоставление истцом обеспечения возмещения арбитражных и юридических расходов ответчику (**security for costs**) <22>, как правило, выраженное в предоставлении банковской гарантии или депозита. Интересно, что, в случае если приказ о предоставлении обеспечения не будет исполнен, состав арбитров

может приостановить рассмотрение исковых требований или отклонить их путем вынесения арбитражного решения (см., например, ст. 25.2 Регламента LCIA (2014)), т.е. в данном случае обеспечительные меры арбитража подкреплены материальной санкцией, а потому, в отличие от иных мер, не нуждаются в принудительном исполнении;

<22> Данный вид обеспечения прямо закреплен в ряде арбитражных законов (в основном из стран общего права: английский Закон "Об арбитраже" (ст. 38 (3)); Закон Сингапура "О международном арбитраже" (ст. 12 (1) (а) и 12 (4)); австралийский Закон "О международном арбитраже" (§ 23К); Арбитражный ордонанс Гонконга (§ 56 (1) (а)); см. также Модельный закон ЮНСИТРАЛ (ст. 17 (2) (с)) и арбитражные регламенты: Регламент LCIA (2014) (ст. 25 (2)); Регламент SCC (2017) (ст. 38); Регламент Бельгийского центра по арбитражу и медиации CEPANI (2013) (ст. 27 (1)); Регламент Нидерландского арбитражного института NAI (2010) (ст. 37 (1), 38 (1)).

- антиисковые меры (**anti-suit injunction**), заключающиеся в запрете стороне инициировать параллельные судебные разбирательства вопреки арбитражному соглашению. Хотя, по мнению некоторых авторов, полномочие арбитража на принятие таких мер является неоспоримым <23>, их практическая реализация будет целиком зависеть от того, работает ли данный институт в юрисдикции, куда подается параллельный иск. Например, в Российской Федерации данный институт пока еще не воспринят в законодательстве и судебной практике <24>. В то же время в ряде государств, в особенности стран общего права, антиисковые обеспечительные меры являются одним из традиционных юридических механизмов для предотвращения параллельных разбирательств (в Англии, США, Канаде, Австралии) <25>.

<23> Born G. Op. cit. P. 2503.

<24> Ядыкин А.И. Институт "антиисковых обеспечительных мер" (anti-suit injunctions) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского разбирательства // Новые горизонты международного арбитража: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М., 2013.

<25> 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 Н.Г. Елисеева, О.Н. Зименковой, А.А. Костина / Сост. и науч. ред. Е.В. Вершинина, Е.В. Кабатова, С.Н. Лебедев, А.И. Муранов. М., 2013. С. 274 - 297.

11.4. Процедура принятия и реализации обеспечительных мер

Момент подачи заявления о принятии обеспечительных мер, принимаемых арбитражем. По общему правилу, обеспечительные меры могут приниматься арбитражем в любой момент арбитражного разбирательства до вынесения финального решения. Однако зачастую обеспечительные меры требуют незамедлительных действий, в то время как принятие иска и назначение состава арбитров занимает время, в течение которого недобросовестная сторона может вывести спорные активы или предпринять иные действия, которые сделают исполнение будущего решения невозможным.

Для таких случаев регламенты ряда арбитражных институтов предусматривают возможность ходатайствовать об обеспечительных мерах еще до формирования третейского суда <26>, причем как до подачи просьбы об арбитраже (ICC (2017), SCC (2017)), так и после (ICDR (2014), SIAC (2016), HKIAC (2013)). Например, ст. 29 Регламента ICC (2017) устанавливает, что сторона, которая нуждается в срочных промежуточных или обеспечительных мерах, принятие которых не терпит до формирования третейского суда, может ходатайствовать о принятии таких мер чрезвычайным арбитром. Ходатайство может быть подано до момента передачи дела составу арбитров, причем даже до подачи просьбы об арбитраже <27>. Президент ICC назначает чрезвычайного арбитра в максимально короткие сроки, обычно в течение двух дней после получения Секретариатом ICC ходатайства <28>. Чрезвычайный арбитр издает приказ по результатам рассмотрения ходатайства о принятии обеспечительных мер не позднее 15 дней <29> с

момента передачи ему дела <30>.

<26> Впервые данный институт был закреплен в Правилах ICDR AAA, в дальнейшем он был воспринят ведущими арбитражными институтами мира, такими как ICC, SCC, SIAC, HKIAC, CIETAC.

<27> В этом случае заявитель должен подать просьбу об арбитраже в течение 10 дней с момента получения Секретариатом ходатайства: п. 6 ст. 1 Регламента о чрезвычайном арбитраже (Прил. V к Регламенту ICC (2017)).

<28> Пункт 1 ст. 2 Регламента о чрезвычайном арбитраже (Прил. V к Регламенту ICC (2017)).

<29> Президент может продлить этот срок по мотивированной просьбе чрезвычайного арбитра или по собственной инициативе, если посчитает необходимым: п. 4 ст. 6 Регламента о чрезвычайном арбитраже (Прил. V к Регламенту ICC (2017)).

<30> В регламентах иных арбитражных институтов существуют и более сжатые сроки на данную процедуру. Для сравнения Регламент SCC (2017) устанавливает 24 ч на назначение чрезвычайного арбитра: ст. 4 (1) Прил. II "О чрезвычайном арбитраже" к Регламенту SCC и 5 дней на вынесение им приказа по существу вопроса (Там же, ст. 8 (1)).

В Российской Федерации Закон о МКА устанавливает право сторон предусмотреть соглашением, что до того, как состав арбитров будет сформирован, ПДАУ вправе распорядиться о принятии обеспечительных мер, которые оно считает необходимыми (п. 2 ст. 17). В ст. 10 Положения о МКАС при ТПП РФ (Приложение I к Закону о МКА) закреплено право председателя МКАС распорядиться о принятии обеспечительных мер по просьбе стороны до принятия иска <31>. Представляется, что выбор сторонами МКАС при ТПП РФ в качестве арбитражного института будет означать согласие сторон на такую процедуру получения предварительных обеспечительных мер.

<31> См. также: п. 5 Положения о МАК при ТПП РФ (Прил. II к Закону о МКА).

Порядок рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер, принимаемых арбитражем. Рассмотрение заявлений о принятии обеспечительных мер осуществляется с участием обеих сторон, которым предлагается заявить свои доводы и возражения по существу данного вопроса. Принятие обеспечительных мер **ex parte** (без участия сторон) в арбитраже не допускается даже при рассмотрении вопроса чрезвычайным арбитражем <32>.

<32> В качестве исключения можно назвать ст. 26 (3) Швейцарского регламента международного арбитража, которая предусматривает, что арбитр может "в исключительных обстоятельствах" рассмотреть дело без уведомления другой стороны, однако при условии, что такое уведомление будет сделано одновременно с принятием предварительного постановления и что другой стороне незамедлительно будет предоставлена возможность представить свои пояснения. Аналогично Регламент Мексиканской ТПП (Mexico City National Chamber Commerce Arbitration Rules) устанавливает, что арбитры вправе по заявлению стороны принять обеспечительные меры и только после этого уведомить сторону, в отношении которой они применяются (ст. ст. 31B, 31C).

Вопрос о возможности рассмотрения заявлений о принятии обеспечительных мер **ex parte** долгое время являлся предметом дискуссий в арбитражном сообществе. С одной стороны, уведомление о поданном заявлении может дать недобросовестному оппоненту шанс предпринять действия, после которых обеспечительные меры уже не будут иметь смысла. С другой стороны, существенной характеристикой арбитража является равенство сторон, а также право обеих сторон быть выслушанными, что несовместимо с принципом **ex parte**.

Данный вопрос горячо обсуждался в 2001 г. при подготовке новой редакции Типового закона <33>. В

итоге в 2006 г. в Типовом законе ЮНСИТРАЛ был закреплён институт предварительного постановления, которое представляет собой временный ограничительный приказ, выносимый **ex parte** и предваряющий рассмотрение заявления о принятии основных обеспечительных мер (ст. 17В). Так, если стороны не договорились об ином, сторона может без уведомления другой стороны представить просьбу о принятии обеспечительной меры вместе с ходатайством о вынесении предварительного постановления, предписывающего какой-либо стороне не наносить ущерба целям запрашиваемой обеспечительной меры. При наличии оснований состав арбитров принимает такое предварительное постановление и только после этого даёт возможность оппоненту заявить возражения. Предварительное постановление действует 20 дней, имеет обязательную силу для сторон, однако не подлежит приведению в исполнение в судебном порядке.

<33> 52. U.S. position paper to UNCITRAL re ex parte interim measures in arbitration (September 2004): <https://www.state.gov/s/l/2004/78113.htm> (дата посещения - 10.03.2018); Houtte H. van. Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration // LCIA Arbitration International Journal. 2004. Vol. 20. Iss. 1. P. 85 - 96.

В настоящий момент государства не спешат включать аналогичные нормы в свои арбитражные законы. В качестве исключения можно назвать § 37 Арбитражного ордонанса Гонконга, в котором ст. 17В Типового закона ЮНСИТРАЛ была полностью воспроизведена.

Форма решения о принятии обеспечительных мер, принимаемых арбитражем. Принятие или отказ в принятии обеспечительных мер могут быть оформлены в виде процессуального приказа или промежуточного решения <34>. Конкретная форма в регламентах и арбитражном законодательстве редко устанавливается, и данный вопрос оставляется на усмотрение арбитров. Чаще всего арбитры выбирают форму процессуального приказа, так как к ней предъявляется меньше формальных требований, чем к решению (например, приказ может быть подписан единолично председательствующим арбитром, для приказа не обязательно подробное изложение мотивировки) <35>. В доктрине высказывается точка зрения, что форма акта, которым принимаются обеспечительные меры, имеет существенное значение, так как промежуточное решение, в отличие от процессуального приказа, имеет больше шансов на принудительное исполнение и, соответственно, является более предпочтительным для заявителя <36>. Однако в реальности арбитражные законы редко устанавливают разные режимы для разных форм решений о принятии обеспечительных мер: как будет показано далее, арбитражные обеспечительные меры либо в принципе не признаются государственными судами и не подлежат принудительному исполнению, либо признаются независимо от того, приняты они в форме промежуточного решения или в форме приказа <37>. Кроме того, в последнее время закрепился подход, в соответствии с которым судам следует обращать внимание на суть, а не на форму рассматриваемого акта <38>.

<34> Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. С 23. § 23 - 76; Redfern A. Interim Measures // The leading arbitrators' guide to international arbitration / Ed. by L.W. Newman, R.D. Hill. New York, 2008. P. 236; Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. М., 2013.

<35> Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Op. cit.; Marchac G. Note & Comment: Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules // American Review of International Arbitration. 1999. Vol. 10. P. 130. Кроме того, некоторые регламенты устанавливают специальные процедуры оформления решений. Например, ст. 34 Регламента ICC (2017) устанавливает, что все арбитражные решения (как окончательные, так и промежуточные) должны быть проверены Международным арбитражным судом ICC. Арбитражное решение не подписывается составом арбитров, пока оно не одобрено этим судом по его форме.

<36> Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Op. cit.

<37> Born G. Op. cit. P. 2507.

<38> Например, как указал Сингапурский суд в деле **PT Pukuafu Indah and others v. Newmont Indonesia Ltd and another** ([2012] SGHC 187), "при выявлении, является ли приказ "решением", необходимо оценить его сущность, а не то, какое название ему дал трибунал". См.: <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/high-court-judgments/15008-pt-pukuafu-in-dah-and-others-v-newmont-indonesia-ltd-and-another-2012-sghc-187> (дата посещения - 13.03.2018).

Исполнение обеспечительных мер, принятых арбитражем. Исследования в сфере арбитража показывают, что в большинстве случаев (62%) стороны добровольно соблюдают меры, принятые арбитражем <39>. Причина кроется в том, что стороны обычно избегают предстать в неблагоприятном свете перед арбитрами - людьми, которые принимают решение по существу дела. Принято считать, что только "храбрые (или безрассудные)" <40> оппоненты отважатся проявить неуважение к приказам состава арбитров, учитывая, что по существу дела стороны обычно пытаются представить себя добросовестными лицами, с которыми несправедливо обошлись оппоненты. Однако случаи несоблюдения мер также встречаются, поэтому вопросы о применении санкций и о принудительном исполнении подлежат тщательному анализу.

<39> 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process / Queen Mary University of London; The School of International Arbitration: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf (дата посещения - 10.03.2018).

<40> International Arbitration / N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter. 6th ed. Oxford University Press, 2015. § 7.29.

Что касается **санкций в рамках арбитража**, состав арбитров может возложить на недобросовестную сторону арбитражные и юридические расходы, возникшие в связи с принятием обеспечительных мер и их несоблюдением, независимо от исхода дела по существу <41>. Кроме того, третейский суд может взыскать с нарушителя убытки, возникшие вследствие несоблюдения арбитражного приказа <42>.

<41> International Arbitration. § 8 - 13.

<42> Например, убытки в виде упущенной выгоды, возникшей вследствие отказа стороны продолжать исполнять договор вопреки принятым обеспечительным мерам о понуждении к исполнению обязательства в натуре.

Что касается **принудительного исполнения**, обеспечительные меры, как, впрочем, любые меры и решения, принимаемые арбитражем, не обладают исполнительной силой сами по себе: для их принудительного исполнения необходимо обращаться в государственный суд. Однако в отличие от арбитражных решений исполнение решений (приказов) о принятии обеспечительных мер может породить ряд правовых проблем.

Согласно преобладающей точке зрения <43>, Нью-Йоркская конвенция 1958 г. не применяется к промежуточным решениям и приказам (включая обеспечительные меры), так как обязательным требованием к подлежащему исполнению решению является его **окончательный характер** (пп. "е" п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции). Данный подход практикуется в большинстве юрисдикций (за редким исключением) <44>. Следовательно, возможность признания и приведения в исполнение промежуточных решений о принятии обеспечительных мер будет зависеть от того, имеются ли в процессуальном законодательстве каждой конкретной юрисдикции специальные нормы о признании и приведении в исполнение промежуточных решений (приказов) или решений (приказов) о принятии обеспечительных мер в частности.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография Б.Р. Карабельникова "Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г." включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2008 (3-е издание, переработанное и дополненное).

<43> International Council for Commercial Arbitration. ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges. The Hague, 2011. P. 18; Fry J., Greenberg S., Mazza F. The Secretariat's Guide to ICC Arbitration // ICC Publication. 2012. N 729. P. 291; Berg J.A. van den. The 1958 New York Arbitration Convention Revisited. ASA/IBA Conf. Zurich, 2000; 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. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 64.

<44> Например, суды США неоднократно признавали, что арбитражные приказы о принятии обеспечительных мер являются окончательными, в том смысле что ими завершается разрешение отдельного вопроса об обеспечительных мерах: Southern District of New York. **Yahoo! Inc. v. Microsoft Corp.**, N 13 CV 7237 (PART I) 983 F. Supp. 2d 310 (2013) United States District Court, S.D. New York. October 21, 2013; **Ecopetrol S.A. and Korea National Oil Corporation v. Offshore Exploration and Production LLC**, N 14-cv-529 (S. D. N.Y. Sept. 10, 2014).

Далеко не все национальные законодательства содержат такие нормы. Возможность исполнения арбитражных обеспечительных мер в государственном суде предусмотрена, например, в законодательстве Германии (§ 1041, 1062 (2) ГПК Германии), Австрии (§ 593, 577 (2) ГПК Австрии), Англии <45>. При этом Германия была первой страной, предусмотревшей принудительное исполнение обеспечительных мер судом, независимо от места их вынесения арбитражем <46>.

<45> § 42 (1) английского Закона "Об арбитраже" предусматривает, что суд может обязать стороны исполнить окончательный приказ (**peremptory order**) трибунала о принятии обеспечительных мер либо по требованию самого трибунала, либо по требованию сторон с разрешения трибунала. Возможность принудительного исполнения предусмотрена и в отношении обеспечительных мер, принятых трибуналами за пределами Англии (Interim Measures in International Arbitration / Ed. by L.W. Newman, C. Ong. Juris Publishing, Inc., 2014. Ch. 13. P. 269).

<46> Schaefer J. New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared // Electronic Journal of Comparative Law. August 1998. Vol. 2.2: <http://www.ejcl.org/22/art22-2.html> (дата посещения - 10.03.2018).

Для целей гармонизации в 2006 г. в Типовой закон ЮНСИТРАЛ были внесены поправки, установившие в том числе механизм приведения обеспечительных мер в исполнение. В ст. 17Н был закреплен общий принцип, согласно которому обеспечительная мера может быть приведена в исполнение по обращению к компетентному суду, если составом арбитров не установлено иное, причем независимо от того, в какой стране была присуждена такая мера.

Согласно данным ЮНСИТРАЛ, на сегодняшний момент данные нормы восприняли 19 юрисдикций, среди которых Австралия, Новая Зеландия, Ирландия, Литва и др. <47>.

<47> См.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (дата посещения - 10.03.2018).

В Российской Федерации АПК РФ и ГПК РФ не предусматривают процедуру исполнения промежуточных арбитражных решений. Российские суды признают Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г. не применимой к промежуточным решениям <48> и прямо указывают, что обеспечительные меры, принятые международным коммерческим арбитражем (или третейским судом), не подлежат исполнению на

территории Российской Федерации <49>.

<48> Президиум ВАС РФ в Постановлении от 05.10.2010 N 6547/10 по делу N А56-63115/2009 (см. СПС "КонсультантПлюс") указал, что системное толкование положений ч. 1 ст. 241 АПК РФ и пп. "е" п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции свидетельствует о том, что исполнению подлежат только арбитражные решения, связанные с процессуальным рассмотрением спора по существу и вынесенные по окончании всех арбитражных процедур.

<49> Пункт 26 информационного письма Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 N 78 "Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер" (см. СПС "КонсультантПлюс") установил, что определения иностранных судов о применении обеспечительных мер (как предварительных, так и по обеспечению иска) не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории Российской Федерации, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательных процессах. Данные разъяснения применимы и к решениям, выносимым в рамках международного коммерческого арбитража. См. также: Постановления Президиума ВАС РФ от 20.04.2010 N 17095/09 по делу N А40-19/09-ОТ-13, от 05.10.2010 N 6547/10 по делу N А56-63115/2009 // СПС "КонсультантПлюс".

В то же время на практике наличие решения (приказа) состава арбитров о принятии обеспечительных мер может повысить шансы на принятие таких же мер в российском суде <50>, хотя и не освобождает заявителя полностью от обязанности доказать наличие оснований принятия данных мер <51>.

<50> Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: Постатейный, научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 76 (автор комментария к ст. 17 - А.Г. Лисицын-Светланов). (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2). В подтверждение см., например: Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 02.08.2016 N 16АП-2421/2016 по делу N А22-1242/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

<51> В Постановлении Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 03.07.2008 N 18АП-3254/2008 по делу N А76-3425/2008 (см. СПС "КонсультантПлюс") суд указал, что "сам по себе факт вынесения третейским судом определения о принятии обеспечительных мер, равно как и отказ обязанной по нему стороны от добровольного исполнения этого определения, не являются основаниями для принятия таких же обеспечительных мер арбитражным судом". Кроме того, суд обратил внимание на необходимость доказывания неисполнения обеспечительных мер, принятых арбитражем, оппонентом.

Необходимо учитывать, что принятые арбитражем обеспечительные меры не распространяются на третьих лиц, не участвующих в арбитражном разбирательстве, так как они не связаны соглашением сторон арбитражного разбирательства. Если принятые меры требуют понуждения третьих лиц к принятию каких-то действий (или воздержания от них), исполнить их принудительно не получится (за редким исключением) <52>. В таких случаях стороне целесообразно обращаться в государственный суд.

<52> В Англии имеется прецедент вынесения и исполнения решения о принятии обеспечительных мер в отношении лица, владеющего активами от имени должника - стороны по делу и подпадающего под английскую юрисдикцию (**Cruz City 1 Mauritius Holdings v. Unitech** [2014] EWHC 3704 (Comm)).

Порядок принятия обеспечительных мер государственным судом. Как правило, национальные законодательства устанавливают единую процедуру принятия обеспечительных мер в поддержку судебного разбирательства и в поддержку арбитража, за исключением ряда моментов, обусловленных особенностями самой третейской формы разбирательства споров. В Российской Федерации можно выделить следующие особенности:

- помимо стандартного набора документов, к заявлению об обеспечении иска прилагаются заверенная <53> копия искового заявления, принятого к рассмотрению третейским судом, а также заверенная копия соглашения о третейском разбирательстве <54>;

<53> Копия, заверенная председателем постоянно действующего третейского суда, или нотариально удостоверенная копия.

<54> Данные требования установлены в АПК РФ (ч. 5 ст. 92). Аналогичных требований ГПК РФ не устанавливает.

- при рассмотрении ходатайства суд должен, помимо наличия общих оснований, оценить, арбитражен ли спор, соблюден ли публичный порядок и действительно и исполнимо ли арбитражное соглашение <55>. Если аналогичные обеспечительные меры были ранее приняты арбитражем, суду должны быть представлены доказательства того, что они не исполняются добровольно <56>;

<55> Пункт 23 информационного письма Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 N 78.

<56> Пункт 24 информационного письма Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 N 78; п. 29 информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 158 // СПС "КонсультантПлюс".

- теоретически заявление о принятии обеспечительных мер может быть подано как после подачи иска в арбитраж, так и до такой подачи с последующим предъявлением иска в течение 15 дней (ст. 99 АПК РФ <57>). В то же время на практике заявления, поданные до подачи иска в арбитраж, удовлетворяются крайне редко <58> (что не удивительно, учитывая, как редко удовлетворяются заявления об обеспечительных мерах в поддержку арбитража в принципе).

<57> Тот факт, что предварительные обеспечительные меры доступны для сторон третейского (арбитражного) разбирательства, подтверждается судебной практикой (абз. 11 п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 09.12.2002 N 11 (ред. от 17.11.2015) "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс"; п. п. 2 и 23 информационного письма Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 N 78). В гражданском процессе подобная процедура отсутствует. Статья 144.1 ГПК РФ, предусматривающая предварительные обеспечительные меры по искам о защите авторских прав, в данном контексте в расчет не берется.

<58> В качестве примера редкого исключения можно назвать Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15.03.2011 по делу N А56-69725/2010 (см. СПС "КонсультантПлюс"), которым суд удовлетворил заявление о принятии обеспечительных мер в виде наложения ареста на предмет спора, которое было подано до предъявления иска в третейский суд. Однако Определением того же суда (но с иным составом) от 04.04.2011 указанные меры были отменены по той причине, что "истец не доказал факта существования реальной угрозы неисполнения в будущем решения третейского суда, не представил суду доказательств того, что ответчик своим поведением создает угрозу для исполнения судебного акта".

Как и любые иные судебные акты, обеспечительные меры в поддержку арбитража подлежат принудительному исполнению после выдачи исполнительного листа.

11.5. Обжалование обеспечительных мер

Обжалование обеспечительных мер, принятых арбитражем. Под обжалованием обеспечительных мер, принятых арбитражем, можно условно понимать:

1) обжалование мер в самом арбитраже (например, отмена арбитражных мер, принятых чрезвычайным арбитрам, составом арбитров, или отмена обеспечительных мер составом арбитров при

отпадении в них необходимости);

2) отмену решения (приказа) о принятии обеспечительных мер в государственном суде по месту арбитража;

3) отказ в признании решения (приказа) о принятии обеспечительных мер государственным судом, у которого испрашивается приведение меры в исполнение.

Первая опция возможна в случае, если она предусмотрена соглашением сторон, арбитражным регламентом соответствующего института или законом <59>.

<59> См., например: ст. 17D Типового закона ЮНСИТРАЛ: арбитражный суд может изменить, приостановить или отменить предписанную им обеспечительную меру или вынесенное им предварительное постановление по заявлению любой из сторон или, в исключительных обстоятельствах и после предварительного уведомления сторон, по собственной инициативе.

Вторая опция - отмена арбитражного решения (приказа) о принятии обеспечительных мер государственным судом по месту арбитража - возможна, только если соответствующая процедура предусмотрена в **lex arbitri**. На сегодняшний день специальные нормы об отмене промежуточных решений являются редкостью в национальных арбитражных законах <60>, в то время как общие нормы об отмене арбитражных решений (по аналогии со ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ), как правило, не применяются к неокончательным решениям <61>. В этой связи некоторые суды прямо констатировали отсутствие механизма отмены обеспечительных мер, принятых арбитражем, в своих юрисдикциях (Сингапур <62>, Швейцария <63>).

<60> Рекомендации по включению такой процедуры отсутствуют даже в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В качестве исключения в швейцарском Законе "О международном частном праве" предусмотрен механизм отмены промежуточных решений по ограниченным основаниям (Par. 190 (3) PILA; 4A_74/2014 Judgement of Swiss Federal Supreme Court // ATF 140 III 477, 28 August 2014). Однако данный механизм не распространяется на промежуточные решения о принятии обеспечительных мер (4A_582/20091 Judgment of First Civil Law Court of the Swiss Federal Tribunal, 13 April 2010) (<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20juillet%202014%204A%20124%202014.pdf>; дата посещения - 10.03.2018).

<61> За исключением некоторых юрисдикций (см. пар. 11.4 данной главы).

<62> См.: дело **PT Pukuafu Indah and others v. Newmont Indonesia Ltd and another**: <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/high-court-judgments/15008-pt-pukuafu-in-dah-and-others-v-newmont-indonesia-ltd-and-another-2012-sghc-187> (дата посещения - 13.03.2018).

<63> Par. 190 (3) PILA; 4A_74/2014 Judgement of Swiss Federal Supreme Court // ATF 140 III 477, 28 August 2014.

Третья опция будет рассмотрена применительно к тем юрисдикциям, которые допускают признание и приведение в исполнение обеспечительных мер, на предмет оснований для такого отказа.

В ст. 171 Типового закона ЮНСИТРАЛ в качестве оснований отказа в признании и приведении обеспечительных мер в исполнение повторены основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений из Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (кроме п. 1 (е) ст. V, касающегося как раз требования об окончательности решения). Кроме того, к ним добавлены три других основания: 1) сторона не выполнила решение арбитража о предоставлении обеспечения (встречного) (п. 1 (а) (ii) ст. 17I); 2) обеспечительная мера была отменена или приостановлена арбитражем или судом государства места арбитража или государства, в соответствии с законодательством которого была предписана эта обеспечительная мера (п. 1 (а) (iii) ст. 17I); 3) суд не обладает полномочиями на принятие запрошенной обеспечительной меры, однако при этом суд вправе принять решение об изменении формулировки этой

обеспечительной меры, чтобы привести ее в соответствие с собственными полномочиями. Указанные основания были воспроизведены, например, в законодательствах Новой Зеландии (ст. 17М Арбитражного акта), Австралии (ст. ст. 16, 19 Закона "О международном арбитраже").

Некоторые страны содержат иные специальные основания. Например, в Австрии, помимо оснований отказа в признании, аналогичных основаниям, предусмотренным для арбитражных решений, обеспечительные меры не признаются, если: 1) исполнение меры будет несовместимо с мерой, принятой или запрошенной у австрийского суда, либо мерой, принятой иностранным судом и подлежащей признанию; 2) мера представляет собой способ защиты, неизвестный австрийскому правопорядку, притом что надлежащая мера, предусмотренная австрийским законом, запрошена не была (§ 593 (4) ГПК Австрии).

В Англии в силу специфичности регулирования института обеспечительных мер в поддержку арбитража предусмотрены совсем иные основания для отказа в приведении в исполнение обеспечительных мер: отказ возможен только в случае, если заявитель не докажет, что он исчерпал все доступные в арбитраже средства принудить оппонента к исполнению, а также что время на добровольное исполнение истекло (ст. ст. 42 (3), 42 (4) Закона Англии "Об арбитраже").

В Гонконге и Сингапуре, которые на сегодняшний день считаются крайне "проарбитрабельными" юрисдикциями, арбитражные приказы об обеспечительных мерах приравниваются к соответствующим судебным приказам (но только после судебного признания), притом что основания для отказа в их признании в законодательстве подробно не раскрываются (§ 61 Арбитражного ордонанса Гонконга; § 28 (4) Арбитражного акта Сингапура).

Обжалование обеспечительных мер, принятых государственным судом. Порядок обжалования и отмены обеспечительных мер, принятых государственным судом в поддержку арбитража, как правило, не отличается от стандартного порядка обжалования иных судебных определений (приказов). Например, в Российской Федерации обжалование обеспечительных мер в поддержку арбитража возможно в общем порядке: апелляционном, кассационном, надзорном порядке в арбитражном процессе (разд. VI АПК РФ), а в гражданском процессе - в порядке обжалования частных определений (ст. 145 ГПК РФ). Обеспечительные меры могут быть также отменены тем же судом, который их принял, по ходатайству стороны или иного заинтересованного лица (например, собственника арестованного имущества) (ст. 97 АПК РФ, ст. 144 ГПК РФ).

Глава 12. ОСНОВНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ АРБИТРАЖНОЙ ПРОЦЕДУРЫ

12.1. Общие положения об арбитражных процедурах

В соответствии со ст. 2 Закона о МКА с учетом изменений и дополнений, внесенных Законом N 409-ФЗ, термином "арбитраж" обозначается процесс разрешения спора и принятия решения третейским судом (третейское разбирательство) независимо от того, администрируется он постоянно действующим арбитражным учреждением, включая МКАС и МАК при ТПП РФ, или нет.

До принятия в 2015 г. нового российского законодательства об арбитраже термин "арбитраж" имел более общее значение и понимался как способ АРС, охватывающий совокупность не только процессуальных отношений, но и их субъектов, т.е. как способ разрешения споров арбитражным путем.

В современных исследованиях под арбитражной процедурой (или арбитражным разбирательством) понимают алгоритм, систему связанных правоотношениями, последовательно сменяющих друг друга взаимосвязанных действий, нацеленных на достижение конкретного правового результата. Последовательность и условия совершения таких действий, их правовое значение определяются применимым законом и согласованными сторонами правилами арбитража <1>.

<1> Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М., 2017. С. 168.

Можно условно выделить следующие последовательно сменяющие друг друга этапы (стадии) арбитражного разбирательства:

- 1) начало (возбуждение) арбитражного разбирательства;
- 2) формирование третейского суда (арбитражного трибунала);
- 3) подготовка дела к разбирательству;
- 4) разбирательство дела по существу;
- 5) вынесение третейским судом решения;
- 6) "корректировка" решения третейского суда (факультативный этап).

Некоторые из этапов процедуры включают в себя подэтапы.

Традиционным достоинством арбитражной процедуры является ограниченное количество регулирующих ее императивных принципов и норм.

Стороны вправе, не нарушая императивные нормы и принципы применимого арбитражного закона и правил арбитража, согласовать отличающийся от предусмотренного "базовым" регулированием порядок рассмотрения дела в третейском суде.

Так, ст. 18 Закона о МКА устанавливает, что к сторонам должно быть равное отношение и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции.

Весьма дискуссионным является вопрос об императивном характере указанных принципов арбитража, которые закон таковыми не называет, принимая во внимание присущую природе третейского разбирательства автономию воли спорящих сторон, вытекающую из принципа диспозитивности. Этот принцип можно было бы признать генеральным принципом арбитражной процедуры и отдавать ему предпочтение при оценке соответствия "договорных" правил заданным императивам, учитывая назначение ограничений, их надлежащее толкование, а также наличие исключений, которые, как известно, только подтверждают обоснованность того или иного постулата.

К примеру, словосочетание "все возможности для изложения своей позиции" не означает допущения неразумных, недобросовестных и запоздалых действий сторон, что нашло конкретизацию в ряде известных арбитражных регламентов.

Так, в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ 2010 г. разработчики попытались нормативно ограничить возможные нецелесообразные действия сторон и указали на "эффективность" как на свойство, присущее должной арбитражной процедуре наравне с ее "справедливостью", сформулировав п. 1 ст. 17, касающийся общих положений об арбитражных процедурах, следующим образом: "С соблюдением настоящего Регламента арбитражный суд может вести арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них на соответствующей стадии процесса разумной возможности для изложения своей позиции. Арбитражный суд по своему усмотрению ведет разбирательство, стремясь избежать неоправданных задержек и расходов и обеспечить справедливый и эффективный процесс разрешения спора между сторонами".

В п. 6 Комментариев ЮНСИТРАЛ констатируется, что "арбитражное разбирательство представляет собой гибкий процесс разрешения споров; при условии соблюдения императивных положений применимого арбитражного законодательства стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения арбитражного разбирательства третейским судом. Автономия сторон при определении процедуры имеет особое значение в международном арбитраже. Она позволяет сторонам выбирать и адаптировать правила в соответствии со своими конкретными пожеланиями и потребностями, независимо от, возможно, коллидирующих видов юридической практики и традиций".

В п. 8 Комментариев ЮНСИТРАЛ указано, что "в той мере, в какой стороны не договорились о процедуре, которой будет следовать третейский суд, или об арбитражном регламенте, который будет

регулировать арбитражное разбирательство, третейский суд может по своему усмотрению проводить такое разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, при условии соблюдения применимого арбитражного законодательства. Арбитражное законодательство обычно предоставляет третейскому суду широкую свободу действий и гибкость при проведении арбитражного разбирательства при условии обеспечения справедливой, равноправной и эффективной процедуры.

Выбранный сторонами Арбитражный регламент также определяет свободу действий третейского суда при проведении арбитражного разбирательства путем либо расширения, либо ограничения этой свободы. Свобода действий и гибкость полезны в том смысле, что они позволяют третейскому суду принимать решения по организации арбитражного разбирательства с учетом обстоятельств дела и ожиданий сторон при одновременном соблюдении требований надлежащей процедуры" <2>.

<2> <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-ebook-r.pdf> (дата посещения - 15.03.2018).

Весьма детальное закрепление общих требований о надлежащем ведении арбитражного разбирательства содержится в Регламенте LCIA 2014 г.:

"14.4. На основании Арбитражного соглашения в общие обязанности Составы арбитража в любой момент в ходе арбитражного разбирательства входит:

(i) (обязанность относиться ко всем сторонам справедливо и беспристрастно, предоставляя каждой стороне разумную возможность изложения своей позиции и возражений по поводу позиции оппонента (оппонентов); и (ii) обязанность установить процедуру, соответствующую обстоятельствам данного разбирательства, избегая необоснованных задержек или расходов, и, таким образом, предоставить справедливые, эффективные и быстрые средства для окончательного разрешения спора между сторонами.

14.5. Состав арбитража обладает полной свободой в исполнении указанных выше общих обязанностей по своему усмотрению в соответствии с тем императивным законом (законами) или правовыми нормами, которые он может посчитать применимыми; и стороны обязаны всегда предпринимать все необходимые добросовестные меры для справедливого, эффективного и быстрого проведения арбитражного разбирательства, включая исполнение Составом арбитража его общих обязанностей".

Указанная норма дополняется ст. 32.2 Регламента LCIA:

"32.2. По всем вопросам, прямо не предусмотренным в арбитражном соглашении, Суд LCIA, LCIA, Регистратор, Состав арбитража и каждая из сторон всегда будут действовать добросовестно, уважая дух арбитражного соглашения, и приложат все разумные усилия для обеспечения юридического признания и принудительного исполнения любого арбитражного решения в месте проведения арбитражного разбирательства".

Согласно § 20 Правил арбитража МКС МКАС 2017 г. арбитражное разбирательство осуществляется на основе принципов диспозитивности, состязательности и равного отношения к сторонам.

Стороны и их представители должны добросовестно пользоваться принадлежащими им процессуальными правами, не допускать злоупотребления этими правами и соблюдать установленные сроки их осуществления.

В соответствии с § 24 Правил арбитража МКС МКАС "третейский суд осуществляет процедуру арбитража в соответствии с нормами применимого законодательства об арбитраже и положениями настоящих Правил. Отступление от Правил возможно в случаях, предусмотренных самими Правилами.

При решении вопросов, не урегулированных ни Правилами, ни явно выраженным соглашением сторон, третейский суд в соответствии с применимым законодательством об арбитраже осуществляет арбитраж таким образом, какой считает надлежащим, соблюдая при этом равное отношение к сторонам и

предоставляя каждой из них разумные возможности для защиты своих интересов".

Большинство современных арбитражных регламентов обязывает арбитров обеспечить спорящим сторонам разумную возможность изложения своей позиции; выработку процедуры слушаний, соответствующей обстоятельствам дела; экономию времени и средств. Эти регламенты также обязывают стороны действовать добросовестно, в соответствующих случаях предусматривая конкретные меры, направленные на недопущение использования ненадлежащих процессуальных тактик.

В соответствии со ст. 19 Закона о МКА с учетом изменений и дополнений, внесенных Законом N 409-ФЗ, при условии соблюдения положений этого Закона и Закона об арбитраже (в той части, в которой он применяется к международному коммерческому арбитражу) стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре арбитража, которая будет применяться третейским судом.

В отсутствие такого соглашения третейский суд может с соблюдением положений Закона осуществлять арбитраж таким образом, какой он считает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости любого доказательства.

Расширение автономии воли позволяет сторонам сформулировать такую процедуру разбирательства, которая в максимальной степени будет отвечать их взаимным потребностям и интересам, а также, как отмечает А.С. Комаров, является важнейшим направлением совершенствования арбитражного законодательства, модернизация которого прошла в последнее время в ряде зарубежных стран <3>.

<3> Комаров А.С. Международный коммерческий арбитраж в России: на пороге реформы законодательства // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015. N 1. С. 20.

12.2. Регулирование арбитражной процедуры

Одним из важных отличий арбитражной процедуры от рассмотрения споров в государственных судах с точки зрения средств регулирования является "многоуровневость" ее регулирования, включающая присущее частному праву преобладание частных договорных условий, которое при наличии ограниченного количества императивных предписаний приводит к значительной вариативности конкретных процессуальных моделей за счет различий как в текстах арбитражных соглашений, так и в содержании подлежащих применению арбитражных правил.

Подобное многообразие процессуальной формы как результата комбинирования процессуальных средств является следствием построения договаривающимися сторонами приемлемой для них процедуры разрешения возможного будущего или уже имеющего место спора исходя из особенностей контрактных отношений и (или) специфики распределения рисков. При этом очевидно, что конкретная процессуальная форма в определенных пределах может подвергаться сторонами трансформации и после начала процедуры арбитража <4>.

<4> Об этом см.: Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права). СПб.; М., 2015. С. 71 - 73. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 7).

Таким образом, регулятивное наполнение может быть осуществлено не только путем формулирования сторонами подходящих им условий в текстах непосредственно заключаемых ими соглашений (как до, так и после возникновения спора), но и путем выбора арбитражного центра и (или) применимых правил арбитража <5>.

<5> В силу Закона о МКА стороны могут реализовывать свои права в следующих вариантах: 1) при составлении арбитражной оговорки; 2) при формировании коллегии арбитров; 3) в ходе арбитражного

разбирательства. См.: Вилкова Н.Г. Пределы процессуальной свободы сторон в международном коммерческом арбитраже, или Являются ли стороны хозяевами арбитражного процесса? // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 57 - 64.

На практике основная масса регулятивных положений почти всегда содержится в правилах арбитража, тогда как непосредственные соглашения чаще ограничиваются выбором места арбитража и арбитражной институции.

Регулятивными средствами (регуляторами) арбитражной процедуры в большинстве юрисдикций, как известно, выступают:

- **положения арбитражного закона места арбитража (императивные и диспозитивные);**

- **соглашение сторон** (непосредственное, в узком смысле слова);

- **признаваемые частью арбитражного соглашения** выбранные сторонами непосредственно либо опосредованно (через выбор соответствующего арбитражного учреждения) **правила арбитража** (регламент с "документами-спутником", такими как, например, положение об организационных основах деятельности, положение о сборах, расходах и гонорарах), а также иногда дополнительно выбираемые сторонами субправила, о которых будет сказано далее;

- **предписания третейского суда, восполняющие пробелы регулирования.**

В соответствии с национальным законодательством, основанным на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, иерархия регулятивных средств, как правило, состоит из пяти уровней регулирования:

1) императивные нормы и принципы арбитражного закона места арбитража;

2) соглашение сторон;

3) применимые правила арбитража;

4) диспозитивные нормы арбитражного закона места арбитража;

5) усмотрение третейского суда <6>.

<6> Об этом см. также: Хвалеи В.В. Процедура разбирательства в международном коммерческом арбитраже // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учеб.-метод. материалы и практ. рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2009. С. 284 - 347. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 3).

В указанном перечне отсутствуют положения международных конвенций, в частности Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Европейской конвенции 1961 г., поскольку эти документы не регулируют арбитражную процедуру, однако направлены на обеспечение ее соответствия национальному закону и соглашению сторон.

Так, согласно п. 1 (d) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.:

"В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

<...>

d) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж".

В п. 1 ст. IV Европейской конвенции 1961 г. указано следующее:

"1. Стороны арбитражного соглашения могут по своему усмотрению:

предусматривать передачу споров на разрешение постоянного арбитражного органа; в этом случае рассмотрение споров будет производиться в соответствии с регламентом такого органа;

предусматривать передачу споров на разрешение арбитража по данному делу (арбитраж **ad hoc**) и в этом случае, в частности:

<...>

iii) устанавливать правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры".

В России с принятием Закона об арбитраже и связанным с ним обновлением Закона о МКА было законодательно введено понятие "прямое соглашение". Кроме того, была легализована возможность придания отдельным положениям правил ПДАУ императивных свойств, в связи с чем иерархическая структура регуляторов дополнилась тремя новыми уровнями регулирования <7>.

<7> Савранский М.Ю. Процессуальные средства и иерархия уровней регулирования арбитража по новому российскому законодательству // Третейский суд. 2016. N 4/5. С. 21 - 34.

Введение понятия прямого соглашения в новое российское законодательство об арбитраже поставило группу норм Закона об арбитраже, которые можно изменить (исключить их применение) лишь особым способом, в промежуточное положение между императивными и диспозитивными положениями, что с известными оговорками позволяет назвать такие нормы условно-императивными или условно-диспозитивными, поскольку преодоление императивности этих норм и, соответственно, приобретение ими свойств диспозитивности возможно при условии заключения прямого соглашения об исключении их обязательности.

В п. 13 ст. 2 Закона об арбитраже дано определение, в силу которого "прямое соглашение - соглашение, которое заключено сторонами в случаях, предусмотренных ч. 4 ст. 11, ч. 3 ст. 13, ч. 1 ст. 14, ч. 3 ст. 16, ч. 1 ст. 27, ст. 40, ч. 1 ст. 47 настоящего Федерального закона, и имеет приоритет по отношению к правилам арбитража".

Согласно п. 13 ст. 7 Закона о МКА "правила арбитража, на которые ссылается арбитражное соглашение, рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения. Условия, которые в соответствии с настоящим Законом могут быть определены только прямым соглашением сторон, не рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения, если они включены в правила арбитража, но в их отношении отсутствует прямое соглашение сторон".

Намерения законодателя, очевидно, заключались в повышении "порогового уровня" возможного отказа сторон от ряда значимых правовых возможностей, связанных как с самой процедурой (исключение проведения устного слушания, выбор арбитра за пределами рекомендованного списка), так и с (в основной своей массе) функциями компетентных судов в данной сфере.

Допустимые способ и формы заключения прямого соглашения в законодательстве не указаны, хотя из толкования соответствующих норм в их взаимосвязи можно сделать вывод, что прямое соглашение является компонентом арбитражного соглашения; по особо значимым вопросам процедуры это соглашение под угрозой недействительности должно находиться в тексте собственно соглашения сторон, поскольку его нельзя заключить путем отсылки к правилам арбитража <8>.

<8> В проекте Закона об арбитраже и его тексте, принятом в первом чтении, содержалось положение, определяющее прямое соглашение как соглашение, "заключенное сторонами не путем отсылки к правилам арбитража".

В силу особой важности указанных в предыдущем абзаце гарантий отказ от них должен быть только явным, поэтому не может быть сделан путем отсылки к правилам арбитража. Логика включения в законодательство таких условно-диспозитивных положений состояла в том, что, соглашаясь на правила арбитража, стороны зачастую не обращают достаточного внимания на подлежащие применению нюансы арбитражных регламентов и, согласившись с применением "базовых" арбитражных правил, впоследствии могут столкнуться с отсутствием у них соответствующих возможностей.

Вместе с тем целесообразность включения в новое российское законодательство об арбитраже понятия "прямое соглашение" и после принятия соответствующих законодательных изменений носит весьма дискуссионный характер <9> (об этом см. также п. 7.5.2 настоящего Учебника).

<9> См., например: Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (постатейный, научно-практический) / Под ред. О.Ю. Скворцова, М.Ю. Савранского. М., 2016. С. 61 - 62 (п. п. 53, 54) (автор комментария к ст. 7 - Г.В. Севастьянов); Севастьянов Г.В. Третейская реформа в России: хронология основных событий и специфика содержания // Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: Сб. ст. / Н.Г. Вилкова, П.Я. Грешников, А.П. Сергеев и др.; сост. и отв. ред. И.П. Грешников. М., 2015. С. 59.

Во многих положениях Закона о МКА закреплено право сторон арбитража своим соглашением (в том числе путем ссылки на правила арбитража, становящиеся частью такого соглашения) установить иной порядок, нежели установлен данным Законом.

Как отмечалось в литературе, п. 1 ст. 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ (который явился нормативной основой для п. 1 ст. 19 Закона о МКА и соответствующих положений законодательства многих других стран) подтверждает тот факт, что автономия воли является ведущим принципом в определении процедуры, которой должен следовать международный коммерческий арбитраж <10>.

<10> Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London, 2004. P. 315.

Таким образом, положения о ведении разбирательства, содержащиеся в Законе о МКА, являются, за отдельными исключениями, диспозитивными и носят весьма общий характер. Однако это не недостаток регулирования, а отражение особенности международного коммерческого арбитража как способа рассмотрения споров, имеющего договорный характер, в связи с чем вопросы ведения разбирательства во многом могут определяться самими сторонами <11>.

<11> Бардина М.П. Источники регулирования ведения разбирательства международным коммерческим арбитражем // Труды Ин-та государства и права РАН. 2017. N 1. С. 44 - 70 (<https://cyberleninka.ru/article/n/istochniki-regulirovaniya-vedeniya-razbiratelstva-mezhdunarodnym-kommercheskim-arbitrazhem.pdf>; дата посещения - 15.03.2018).

Следует учитывать, что в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о МКА (в ред. Закона N 409-ФЗ) не урегулированные Законом о МКА вопросы, связанные с созданием и деятельностью на территории РФ ПДАУ, администрирующих международный коммерческий арбитраж, хранением материалов дел и внесением изменений в юридически значимые реестры в Российской Федерации на основании решений третейских судов (арбитражных решений), соотношением процедуры медиации и арбитража, а также с требованиями к арбитрам (третейским судьям) и ответственностью арбитров и ПДАУ в рамках международного коммерческого арбитража, когда место арбитража находится на территории РФ, регулируются в соответствии с Законом об арбитраже.

С принятием в России Закона об арбитраже были разграничены (ст. 2):

- правила арбитража - правила, регулирующие арбитраж, в том числе администрируемый ПДАУ (п.

10);

- правила ПДАУ - уставы, положения, регламенты, содержащие также правила арбитража и (или) правила выполнения постоянно действующим арбитражным учреждением отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора (п. 12).

В силу ч. 3 ст. 45 Закона об арбитраже правила ПДАУ принимаются уполномоченными органами некоммерческой организации, при которой создано ПДАУ.

В соответствии с ч. 9 ст. 45 Закона об арбитраже условия правил ПДАУ, противоречащие положениям Закона об арбитраже, являются ничтожными, что становится основанием для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражных решений, принятых в соответствии с такими правилами, в случае если проведение арбитража по правилам, противоречащим положениям данного Закона, привело к возникновению оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных процессуальным законодательством Российской Федерации.

Статья 45 Закона об арбитраже содержит перечень положений, которые должны содержаться в правилах ПДАУ (ч. 4), и перечень положений, которые должны предусматриваться порядком проведения арбитража, установленным правилами ПДАУ (ч. 5).

Включение указанных положений в правила ПДАУ имеет значение с точки зрения оценки таких правил на предмет соответствия Закону об арбитраже при получении некоммерческой организацией права на осуществление функций ПДАУ.

Набор положений, подлежащих обязательному включению, как представляется, призван обеспечить наличие в арбитражных правилах описания ключевых процедурных и статутных параметров, среди которых распределение правомочий между арбитражным трибуналом и полномочными лицами, а также органами ПДАУ и, соответственно, обеспечение определенности процессуального регулирования на уровне арбитражных правил без нецелесообразных, с точки зрения разработчиков Закона об арбитраже, пробелов регулирования.

В силу ч. 5 ст. 45 Закона об арбитраже установленный правилами ПДАУ порядок проведения арбитража должен, в частности, предусматривать полномочия сторон и третейского суда в части определения порядка проведения арбитража и круг вопросов, в отношении которых не допускается отступление от правил арбитража или их уточнение путем заключения соглашения сторон и (или) принятия процессуального акта третейского суда (п. 13).

При этом согласно ч. 6 той же статьи Закона правила ПДАУ могут содержать иные не противоречащие законодательству Российской Федерации и относящиеся к порядку проведения арбитража условия, включая вопросы документооборота и переписки с использованием электронных документов, передаваемых по каналам связи, принятия таких документов в качестве доказательств и проведения заседаний с использованием телефонной связи и систем видео-конференц-связи. Правила ПДАУ могут включать в себя указание на то, что стороны не вправе своим соглашением менять какие-либо положения этих правил, за исключением условий, которые в соответствии с Законом об арбитраже могут быть согласованы только прямым соглашением сторон.

Подобное ограничение автономии воли сторон является законодательной новеллой, однако с учетом определяющей роли принципа диспозитивности представляет собой скорее исключение из общего правила, направленное прежде всего на недопущение:

- случаев, при которых стороны в своей договоренности освобождали бы себя от каких-либо важных обязанностей перед третейским судом или арбитражным учреждением, в том числе связанных с несением установленных сборов и расходов; неприемлемо меняли бы правила, отнесенные к компетенции арбитражного учреждения, в том числе положения об организационном устройстве;

- договоренностей, явно коллидирующих с установленными правилами арбитража, включая условия, противоречащие принципам, на которых эти правила основаны, в том числе явившихся результатом ошибки или заблуждения сторон, к примеру, указание на разрешение спора в одном ПДАУ при

применении регламента иного ПДАУ (патологические оговорки).

В соответствии с абз. 1 п. 3 ст. 16 Положения об Арбитражном центре при РСПП согласованные сторонами арбитража правила арбитража должны соответствовать требованиям применимого к арбитражу законодательства, отступление от которых не допускается в заключенном сторонами арбитража соглашении, и не могут являться результатом недобросовестного поведения (злоупотребления правом). Если согласованные сторонами арбитража правила арбитража не соответствуют указанным требованиям, такие правила арбитража не применяются.

Следовательно, с учетом обстоятельств дела подобные договоренности в каких-то случаях могут игнорироваться третейским судом и вместо них применяться соответствующие положения правил арбитража, а в некоторых случаях возможно и прекращение арбитража (когда третейский суд придет к выводу, что продолжение разбирательства стало ненужным либо невозможным). Подобное основание с учетом обстоятельств конкретного спора также может быть применено в случае, когда разрешение спора по предложенной сторонами модели явно нарушает основы правопорядка.

Следует отметить, что в регламентах ведущих отечественных арбитражных центров такого рода ограничения встречались и ранее, несмотря на отсутствие соответствующего указания в законодательстве. В частности, в п. 2 § 26 Регламента МКАС при ТПП РФ 2005 г. было указано, что "МКАС применяет к процедуре ведения разбирательства положения настоящего Регламента с учетом соглашения сторон, если таковое не противоречит императивным нормам применимого законодательства о международном коммерческом арбитраже и принципам настоящего Регламента".

Для помощи сторонам в самостоятельном формулировании условий возможной будущей арбитражной процедуры Международной ассоциацией юристов были разработаны Руководящие принципы по составлению международных арбитражных оговорок (IBA Guidelines On Drafting the International Commercial Arbitration Clause 2010).

Лаконичность арбитражных регламентов, по сравнению с подробными сводами правил судопроизводства в государственных судах, является традиционным достоинством арбитража, позволяющим и сторонам, и арбитрам дополнять "базовое регулирование" процедуры, учитывая обстоятельства конкретного спора и руководствуясь принципами применимого закона и регламента, а также подходами, имеющимися в соглашении сторон.

Третейский суд при установлении правил процедуры арбитража, как известно, не связан положениями процессуальных законов, регулирующих деятельность государственных судов, и при восполнении пробелов регулирования международной арбитражной процедуры обращение к указанным нормам может в отдельных случаях оказать влияние на формулирование им соответствующих предписаний.

Вместе с тем представляется недопустимым использование регулятивных подходов, противоречащих не только букве, но и духу арбитража, особенно при разрешении международных споров.

Следует учитывать, что национальные гражданско-процессуальные нормы, как справедливо отмечено, разработаны с целью формализации иерархических отношений между судом как органом и выразителем государственной власти и участниками судебного процесса, они отражают жесткость системы государственных судов, которые призваны обеспечить законность и правопорядок в гражданском обществе <12>.

<12> Бланке Г. Применение национальных гражданско-процессуальных норм в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2008. N 3. С. 42.

В международном арбитраже в целях обеспечения равного отношения к сторонам, зачастую относящимся к различным юрисдикциям, желательности использования общепризнанных и ожидаемых сторонами подходов современного международного арбитража в большинстве случаев при восполнении пробелов целесообразнее обратиться к рекомендательным актам международного происхождения, специально разработанным в качестве сбалансированных вспомогательных регуляторов отдельных

аспектов процедуры и содержащим универсальный прикладной инструментарий, обычно логически совместимый с применимым законодательством о международном арбитраже и регламентами ведущих арбитражных центров.

В настоящее время в связи с постоянным возрастанием числа рекомендательных источников и расширением их применения получают распространение идеи о развитии "мягкого" процессуального права (**soft law**) как совокупности правил, регулирующих процедуру разбирательства споров <13>.

<13> Бардина М.П. Указ. соч. С. 45.

Это, в частности, относится к правилам и руководствам Ассоциации международного права, IBA, рекомендациям ICCA, факультативным документам иных широко признанных неправительственных и правительственных международных организаций (об этих организациях см. в пар. 5.2 настоящего Учебника). Многие из подобных документов считаются международными рекомендательными стандартами организации современной арбитражной процедуры.

На практике для восполнения пробелов арбитры в международных арбитражах ориентируются на Правила МАЮ о доказательствах (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration), Руководство МАЮ по представительству (IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration), Руководство МАЮ по конфликту интересов (IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration) <14>.

<14> Тексты правил и руководств Международной ассоциации юристов на ряде языков, в том числе русском, размещены на ее интернет-сайте: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения - 18.03.2018).

Следует отметить, что некоторые из подобных документов могут быть согласованы сторонами либо включены в правила ПДАУ по регулированию порядка проведения арбитража, в том числе путем отсылки (см., например, п. 8 ч. 4 ст. 45 Закона об арбитраже), как документы, подлежащие применению, в этом случае они становятся частью применимых правил арбитража.

В контексте поиска надлежащих ориентиров для восполнения пробелов регулирования следует особо отметить Комментарии ЮНСИТРАЛ <15>. Это новая редакция документа ЮНСИТРАЛ, призванная заменить первую редакцию 1996 г., которая успешно применялась в течение двух десятилетий <16>. Комментарии ЮНСИТРАЛ могут служить опорой для восполнения пробелов регулирования в сфере организации и проведения арбитражных разбирательств, прежде всего международных, и предназначены, как следует из их п. 1, для общего и универсального использования, независимо от того, проводится арбитражное разбирательство при каком-либо арбитражном учреждении или нет.

<15> Комментарии ЮНСИТРАЛ 2016 г.: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2016Notes_proceedings.html (дата посещения - 18.03.2018).

<16> Комментарии ЮНСИТРАЛ 1996 г.: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1996Notes_proceedings.html (дата посещения - 18.03.2018).

В п. 9 Комментариев ЮНСИТРАЛ отмечается, что третейский суд обычно привлекает стороны к принятию решений по организации арбитражного разбирательства и по мере возможности стремится добиться их согласия. Такие консультации вполне согласуются с консенсуальным характером арбитража и, как правило, проводятся в связи с большинством организационных решений, рассматриваемых в Комментариях.

Таким образом, при формулировании правил разбирательства в виде процессуальных предписаний, графиков разбирательства арбитры должны учитывать мнения спорящих сторон. С этой обязанностью корреспондирует обязанность спорящих сторон в силу п. 10 Комментариев ЮНСИТРАЛ при изменении арбитражного соглашения в ходе разбирательства консультироваться как с арбитражным трибуналом, так и (в соответствующих случаях) с арбитражным учреждением, что позволит обеспечить соблюдение норм применимого законодательства об арбитраже и правил арбитражного учреждения.

Следует отметить случаи, когда арбитражные регламенты ставят усмотрение арбитров выше диспозитивных положений регламента, изменяя иерархию путем допущения, с учетом обстоятельств дела, иного порядка, нежели установлен самим регламентом. Это, к примеру, случаи, когда арбитры с учетом причин просрочки и иных обстоятельств разрешают либо отказывают в приеме запоздалого встречного иска или в приеме дополнительных доказательств и пояснений; возможность иного, чем закреплено общими правилами регламента, распределения арбитражного сбора и дополнительных арбитражных расходов, в том числе подлежащих авансированию.

Подобное регулирование подчеркивает гибкость арбитражной процедуры и стремление сделать ее более эффективной, в том числе путем ограничения ненадлежащих, недобросовестных процессуальных тактик, направленных в том числе на затягивание арбитража.

Для этих целей ведущие арбитражные центры разработали и опубликовали свои рекомендации о том, как ограничить арбитражные расходы сторон при рассмотрении дел в международных коммерческих арбитражах <17>.

<17> См., например: ICC Publication 843. Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/11/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration-2012.pdf> (дата посещения - 18.03.2018). Об этом см. также: Мулкахи К. Задержки в арбитраже: как обратить время вспять? // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 2. С. 89 - 101; Хомич М.С. Оптимизация расходов сторон на проведение арбитражного разбирательства // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 1. С. 85 - 95.

Самостоятельное определение правил третейского разбирательства третейским судом для восполнения пробелов регулирования и организации эффективной процедуры не должно вступать в противоречие с общими параметрами третейского процесса и волеизъявлением лиц, передавших спор на рассмотрение третейского суда <18>.

<18> О.Ю. Скворцов констатирует, что именно при таком условии "можно говорить, что применяемые третейским судом процедурные средства имеют процессуальный характер, хотя и не имеют при этом непосредственного нормативного источника в виде законодательного акта или соглашения сторон". См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 71.

12.3. Процессуальные особенности разбирательства дела в арбитраже *ad hoc*

Под арбитражем **ad hoc** понимается арбитраж, созданный для рассмотрения конкретного спора, в отличие от арбитража, который управляется постоянно действующим арбитражным институтом.

Главной особенностью и основным принципом арбитража **ad hoc** является предоставление сторонам максимальной свободы при определении порядка рассмотрения возникшего между ними спора и при решении возникающих в связи с таким спором процедурных вопросов.

Недостатки и преимущества арбитража ad hoc по сравнению с институциональным арбитражем. При рассмотрении вопроса о выборе в качестве способа рассмотрения спора арбитража **ad hoc** часто указывают следующие преимущества.

1. Максимальная возможность для сторон управлять разбирательством и максимальная процессуальная гибкость. Именно в арбитраже **ad hoc** сторонам предоставлена возможность практически создать свой собственный регламент для их отдельного спора, в наибольшей степени учитывающий все особенности отношений сторон. В частности, стороны могут самостоятельно определить число арбитров, требования к их квалификации, порядок их назначения, порядок предоставления и раскрытия доказательств, процессуальные сроки, расписание слушаний, порядок и возможность назначения экспертиз и все иные существенные правила, определяющие порядок ведения дела.

Однако на практике стороны почти никогда не разрабатывают порядок рассмотрения спора в таком объеме, поскольку написание полноценного арбитражного регламента потребует значительного времени и усилий. Наиболее распространенным случаем является выбор в качестве правил разбирательства какого-либо уже существующего свода правил, например Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

При этом даже при выборе руководящего регламента стороны сохраняют значительную степень свободы в управлении процессом разбирательства, поскольку в отсутствие администрирования со стороны арбитражного института многие вопросы стороны могут (и вынуждены) решать самостоятельно, опираясь на ранее заключенное арбитражное соглашение или на вновь достигнутые договоренности.

2. Обеспечение конфиденциальности. Несмотря на то, что независимо от типа (институциональный или **ad hoc**) разрешение споров в арбитраже предполагает соблюдение конфиденциальности и вовлечение в разбирательство только сторон спора (в отличие от рассмотрения спора в суде, которое предполагает открытое судебное разбирательство, если иное специально не установлено судом), арбитраж **ad hoc** обеспечивает большую степень информационной безопасности, чем институциональный арбитраж. Обмен документами происходит исключительно между сторонами и арбитрами без посредничества арбитражного института. Следовательно, вероятность того, что какая-либо коммерческая тайна будет раскрыта вследствие действий третьих лиц, уменьшается.

3. Цена и срок арбитражного разбирательства. В публикациях об арбитраже **ad hoc** иногда указывается, что преимуществом данного типа арбитража является более низкая цена арбитражного разбирательства и более короткие сроки рассмотрения дела, чем в институциональном арбитраже. Однако это справедливо лишь для споров, стороны которых проявляют необходимую степень содействия друг другу и способны организовать эффективное сотрудничество в ходе разбирательства. Другим фактором риска, нивелирующим возможное временное и ценовое преимущество арбитража **ad hoc**, является недостаточно качественное арбитражное соглашение. В случае отсутствия в нем существенной информации стороны при согласовании процедуры арбитража могут столкнуться со сложностями, преодоление которых (если оно вообще возможно) потребует значительного времени и усилий.

Среди недостатков арбитража **ad hoc** можно выделить следующие.

1. Зависимость судьбы спора от поведения сторон. Широта полномочий сторон, являясь главным преимуществом арбитража **ad hoc**, одновременно является и главным недостатком этого типа арбитража. Для того чтобы арбитражное разбирательство было эффективным, необходимо активное взаимодействие сторон, в частности, на этапе формирования третейского суда. При пассивной позиции одной из сторон или при намеренном саботаже процесса сдвинуть дело с мертвой точки - весьма непростая задача.

2. Отсутствие административной поддержки со стороны арбитражного института. При рассмотрении дела в порядке институционального арбитража арбитражный институт выполняет значительный объем технической и организационной работы, обеспечивая обмен документами, содействуя организации слушаний и подготовке решения. Отсутствие такой административной поддержки в арбитраже **ad hoc** может существенно замедлять и осложнять процесс рассмотрения спора.

3. Ограничение компетенции арбитражей **ad hoc в некоторых юрисдикциях.** Национальным законодательством отдельных стран могут быть предусмотрены ограничения компетенции арбитражей **ad hoc**. Например, законодательство Китайской Народной Республики предопределяет выбор институционального арбитража, в ином случае арбитражная оговорка признается недействительной (данное ограничение применимо для арбитражей с местом арбитража в Китае).

4. Сильная зависимость эффективности разбирательства от качества и содержания арбитражной оговорки. Для арбитражей **ad hoc** критичными являются качество и полнота арбитражной оговорки, поскольку максимальная диспозитивность процедуры предполагает детальное самостоятельное урегулирование сторонами важных для спора вопросов. Отсутствие, например, в арбитражной оговорке для арбитража **ad hoc** условия о месте арбитража, о компетентном органе или о количестве арбитров может поставить под вопрос исполнимость оговорки и возможность сторон хотя бы начать арбитражное разбирательство и сформировать состав арбитров.

Таким образом, подводя итог всему вышесказанному, можно сделать вывод, что привлекательность арбитража **ad hoc** по сравнению с институциональным арбитражем и возможность воспользоваться его преимуществами почти целиком определяются двумя факторами: 1) конструктивным сотрудничеством сторон спора и их готовностью к эффективному и быстрому взаимодействию при разрешении процедурных вопросов; 2) качеством и полнотой арбитражной оговорки.

Если стороны проявляют высокую степень сознательности и добросовестности, а арбитражное соглашение составлено надлежащим образом, процедура **ad hoc** может быть эффективным инструментом для разрешения спора, отражающим лучшие принципы арбитража как альтернативного способа разрешения споров, предоставляющего сторонам максимальную самостоятельность при выборе способа и порядка разрешения их коммерческих конфликтов.

Далее рассмотрим более подробно вопрос о содержании арбитражной оговорки для арбитража **ad hoc**.

Особая роль и содержание арбитражной оговорки в арбитражах ad hoc. Как было указано ранее, содержание и качество арбитражной оговорки являются критичными для судьбы арбитражного разбирательства **ad hoc**, особенно в случаях, когда стороны предпочли воздержаться от выбора и применения какого-либо арбитражного регламента и полностью положились на собственные правила ведения дела, согласованные между собой.

Когда стороны все же выбрали применимый арбитражный регламент, например Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, наиболее простым способом обеспечить надлежащее качество и полноту арбитражной оговорки является использование типовой арбитражной оговорки, содержащейся в соответствующем арбитражном регламенте или рекомендованной соответствующим арбитражным институтом.

Если же стороны решили самостоятельно составить арбитражную оговорку и не полагаться на какой-либо существующий регламент, то можно рекомендовать использовать при подготовке текста Руководящие принципы МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок <19>.

<19> Одобрены решением Совета МАЮ в октябре 2010 г.

Наиболее критичными для арбитражных разбирательств **ad hoc** являются следующие условия арбитражного соглашения:

- о месте арбитража (**seat of arbitration**);
- процедуре назначения арбитров;
- количестве арбитров;
- компетентном органе (**appointing authority**);
- языке арбитражного разбирательства <20>.

<20> См., например: Schlapfer A.V., Petti A.M. Ch. 2. Institutional vs. Ad Hoc Arbitration // International

Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners. Kluwer Law International, 2013; Enock R., Melia A.Ch. 6. Ad Hoc Arbitrations // Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland. Kluwer Law International, 2013.

Коротко остановимся на каждом из отмеченных условий и на их влиянии на эффективность арбитража **ad hoc**.

Согласование **места арбитража (seat of arbitration)** важно, поскольку, во-первых, по месту арбитража определяется процессуальное право, применимое к арбитражу (**lex arbitri**); во-вторых, в зависимости от места арбитража определяется компетентный суд или орган, который может оказать сторонам содействие в формировании третейского суда в случае, если стороны не смогут сформировать его самостоятельно, например по причине неразрешимых разногласий либо из-за пассивной или недобросовестной позиции ответчика.

Если условие о месте арбитража отсутствует, для формирования состава арбитров и для обеспечения начала арбитража стороны могут прибегнуть к помощи компетентного органа, указанного в арбитражном соглашении. Тяжелой для истца является ситуация, когда отсутствуют оба условия: и о месте арбитража, и о компетентном органе. При таком положении дел сформировать третейский суд при противодействии другой стороны становится практически невозможно, а следовательно, невозможно начать арбитражный процесс.

В числе прочего отметим, что место арбитража (**seat of arbitration**) не обязательно должно совпадать с местом проведения слушаний (**venue of arbitration**). Физически слушания могут проводиться где угодно, но применимым процессуальным правом будет право места арбитража; компетентный орган, оказывающий содействие сторонам, также будет определяться исходя из выбранного сторонами места арбитража.

В случае если в арбитражной оговорке содержится отсылка к какому-либо выбранному арбитражному регламенту, то подробно описывать в арбитражном соглашении **процедуру назначения и замены арбитров** нет необходимости, можно исходить из правил выбранного арбитражного регламента. Если же стороны не выбрали применимый арбитражный регламент, описание такой процедуры является принципиальным, поскольку от нее зависит возможность самого начала арбитражного разбирательства. Стороны могут, например, указать, что третейский суд состоит из трех арбитров, по одному от каждой из сторон, и председателя, выбранного арбитрами или сторонами совместно, либо установить иную процедуру формирования арбитражной панели.

При этом наиболее серьезным риском для всего разбирательства будет риск отказа ответчика от надлежащего исполнения своих обязанностей по выдвижению арбитра/арбитров и по согласованию кандидатуры арбитра (если он выбирается совместно) с истцом. В этом случае необходимо предусмотреть процедуру, применяемую в ситуации, когда процесс зашел в тупик. Обычно неразрешимые противоречия и процессуальные блоки устраняются путем обращения к компетентному органу. Однако в арбитражной оговорке стоит указать условия, при которых такое обращение возможно, а также четко обозначить процедуры и сроки, по завершении которых возможности сторон по самостоятельному формированию третейского суда являются исчерпанными.

Стороны арбитража **ad hoc** могут самостоятельно определить **количество арбитров**, входящих в третейский суд, и указать, что дело будет рассматриваться, например, единоличным арбитром или арбитражной панелью, включающей трех арбитров, из которых один будет являться председателем.

В случае если стороны не указали количество арбитров, этот показатель будет определяться исходя из применимого процессуального права.

В качестве примера, демонстрирующего, насколько тщательно следует подходить к подготовке арбитражных оговорок и, в частности, к формулированию условий о количестве арбитров, можно привести дело **Itouchu Corporation v. Johann M.K. Blumenthal GMBH & Co. KG & Anr.** В данном деле арбитражная оговорка была сформулирована следующим образом: "Любые споры... передаются на рассмотрение арбитража в г. Лондоне в соответствии с правом Англии и решение, вынесенное **арбитрами**, будет окончательным и обязательным для сторон" <21> (выделено нами. - **Прим. авт.**

параграфа).

<21> Any dispute shall be submitted to arbitration held in London in accordance with English law and award given by arbitrators shall be final and binding on both parties.

Английский суд, рассматривая данное дело, исходил из того, что употребление слова "арбитры" во множественном числе не может быть приравнено к точному указанию числа арбитров, а раз так, то условие о количестве арбитров будет считаться не согласованным сторонами в арбитражном соглашении. В этом случае подлежат применению нормы английского законодательства, согласно которым в такой ситуации должен быть назначен единоличный арбитр, что и было сделано.

Как уже неоднократно было указано ранее, основным риском для нормального хода арбитража **ad hoc** является риск, связанный с пассивным или недобросовестным поведением одной из сторон (чаще всего ответчика) на начальной стадии разбирательства при назначении арбитров и формировании третейского суда. Без завершения этой стадии невозможно начать слушание. В отличие от институционального арбитража, в котором при пассивности сторон арбитр будет назначен арбитражным институтом, в арбитраже **ad hoc** помочь сторонам выйти из процессуального тупика может только третье нейтральное лицо, согласованное сторонами в арбитражном соглашении либо определенное в соответствии с применимым процессуальным правом.

Таким нейтральным третьим лицом является так называемый **компетентный орган (appointing authority)**. Компетентным органом может быть арбитражный институт, суд, отраслевая или профессиональная организация или иное независимое лицо.

В регламентах и правилах многих арбитражных институтов содержатся нормы, регулирующие взаимодействие таких арбитражных институтов в качестве компетентных органов со сторонами арбитражей **ad hoc**.

В частности, МКАС при ТПП РФ применяются Правила по оказанию МКАС при ТПП РФ отдельных функций по администрированию арбитража, осуществляемого третейским судом, образуемым сторонами для разрешения конкретного спора (арбитраж **ad hoc**) <22>. Согласно данным Правилам МКАС при ТПП РФ может назначить арбитра в ситуации, когда другая сторона не назначает арбитра в установленный срок, может разрешить вопрос об отводе арбитра, а также оказывать содействие арбитражному разбирательству, направляя документы сторонам и арбитрам, содействуя в определении даты и места слушания, осуществляя секретарские работы и т.д.

<22> Прил. 8 к Приказу ТПП РФ от 11.01.2017 N 6 // СПС "КонсультантПлюс".

Возможность выбрать арбитражное учреждение в качестве компетентного органа предусмотрена ст. 44 Закона об арбитраже, согласно которой ПДАУ вправе осуществлять выполнение отдельных функций по администрированию арбитража, в том числе функций по назначению арбитров, разрешению вопросов об отводах и прекращении полномочий арбитров при осуществлении арбитража третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора.

При отсутствии в арбитражном соглашении условия о **языке арбитражного разбирательства** наиболее вероятно, что арбитрами в качестве такового будет выбран язык, на котором был составлен контракт между сторонами, либо язык, на котором велась переписка между сторонами. Это не всегда удобно для сторон, поскольку такой язык может не совпадать с языком, который приемлем и удобен для большинства арбитров, чья квалификация устраивает стороны.

Оценка содержания арбитражных соглашений судами. Тщательное и осторожное формулирование арбитражной оговорки является важным еще и потому, что нельзя исключать вероятности, что при приведении в исполнение арбитражного решения или при подаче иска в суд до начала арбитражного разбирательства вопреки арбитражному соглашению суд может счесть арбитражную оговорку несогласованной или дефектной и сделать вывод об отсутствии компетенции у

арбитража рассматривать спор и о подведомственности спора между истцом и ответчиком государственному суду.

В качестве примера можно привести спор между компанией Atchison Commercial Corp. и ООО "НПО Геотехнология".

В договоре между истцом и ответчиком содержалась арбитражная оговорка, согласно которой стороны соглашались передать все возможные споры, возникающие из данного соглашения, исключительно в третейский суд, который будет состоять из трех арбитров и которые будут заседать в Цюрихе. Все иные юрисдикции иной природы должны быть исключены. Язык разбирательства - английский. Каждая сторона должна номинировать арбитра. ГПК Цюриха должен применяться в третейском суде. Стороны заранее соглашались принять решение третейского суда и исполнять его, в том числе в отношении любых издержек, связанных с его вынесением.

Несмотря на наличие данной арбитражной оговорки, суд пришел к выводу о подведомственности спора между сторонами государственному суду. Арбитражный суд Дальневосточного округа в своем Постановлении от 23 ноября 2016 г. N Ф03-4651/2016 указал: "Отклоняя доводы ответчика о наличии арбитражной оговорки, суды исходили из необходимости рассмотрения вопроса о действительности третейского соглашения с точки зрения его исполнимости. При этом под исполнимостью понимается, что стороны конкретно определили место рассмотрения спора, то есть выбрали действующий третейский суд или определили процедуру формирования суда **ad hoc**, а также то, что на момент рассмотрения спора третейское соглашение не утратило силу. Суды пришли к выводу, что изложенная в указанном пункте договора арбитражная оговорка является нечеткой, неконкретной и из нее не следует, что стороны согласовали свою волю на рассмотрение возникающих между ними споров в конкретном третейском суде. Так, суды установили, что постоянно действующий третейский суд с таким названием не существует, никаких иных данных, позволяющих идентифицировать этот третейский суд, договор не содержит. При этом, отклоняя довод ответчика о том, что стороны предусмотрели рассмотрение спора в суде **ad hoc**, суды исходили из отсутствия согласованного сторонами порядка назначения арбитров, в том числе назначения третьего арбитра, а также процедуры рассмотрения спора, что в отсутствие ссылки на применение конкретных правовых норм, определяющих процессуальные правила рассмотрения спора, делает неисполнимой арбитражную оговорку" <23>.

<23> Постановление АС Дальневосточного округа от 23.11.2016 N Ф03-4651/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Таким образом, как следует из процитированного решения, при оценке действительности арбитражной оговорки судами принимается во внимание ее **исполнимость**. Это означает, что даже если стороны укажут, что разбирательство их дела производится в порядке арбитража **ad hoc**, но при этом не включают в оговорку условия, позволяющие начать этот арбитраж, например условие о порядке назначения и замены арбитров, условие о процедуре спора, либо не сделают ссылку на применимый арбитражный регламент, такая оговорка будет рассматриваться судами как несогласованная и недействительная, что позволит суду сделать вывод о наличии у него компетенции для рассмотрения спора, несмотря на имеющуюся в контракте арбитражную оговорку <24>.

<24> См. также: Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 04.07.2016 по делу N А24-4395/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Аналогичный подход был применен в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 25 февраля 2014 г. по делу N А21-4873/2012. В частности, суд указал: "Исполнимость арбитражного соглашения вытекает из его ясной формулировки, которая позволяет установить истинные намерения сторон..." <25>.

<25> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.02.2014 по делу N А21-4873/2012 // СПС "КонсультантПлюс".

Для устранения рисков признания арбитражного соглашения дефектным государственным судом следует иметь в виду, что при исполнении арбитражного решения или при разрешении вопроса о правомерности третейского разбирательства суды не склонны принимать лаконичные арбитражные оговорки, которые не содержат основных условий, определяющих процедуру рассмотрения спора, либо не предусматривают отсылку к применимому арбитражному регламенту. При этом подход судов является куда менее демократичным по сравнению с подходом, сформированным в теории, доктрине и практике международного арбитража.

Следовательно, несмотря на всю гибкость процедуры **ad hoc** и теоретическую возможность ограничиться минимальной информацией в арбитражном соглашении, на практике при выборе такой процедуры (без ссылки на применимый арбитражный регламент) для обеспечения успешного арбитражного разбирательства требуется составление достаточно подробного и полного арбитражного соглашения.

Признание и приведение в исполнение решений, принятых арбитражами ad hoc. В целом решения, принятые арбитражами **ad hoc**, подлежат исполнению в той же мере, что и решения институциональных арбитражей, за исключением случаев, когда запрет на разрешение споров в арбитраже **ad hoc** предусмотрен национальным законодательством страны места арбитража.

Как указывалось, в КНР законодательство запрещает включать в арбитражные оговорки условия о разрешении споров путем арбитража **ad hoc**. Однако это не означает, что все решения, принятые арбитражами **ad hoc**, будут неисполнимы в КНР. Если речь идет о решении, вынесенном арбитражем **ad hoc** с местом арбитража вне пределов Китая, такое решение будет признано китайским судом.

Тем не менее при принятии решения о выборе в качестве способа рассмотрения споров арбитража **ad hoc** нужно учитывать ограничения, существующие в законодательстве тех стран, на территории которых планируется признание и исполнение арбитражного решения, а также ограничения в стране места арбитража, поскольку данные ограничения могут повлиять на исполнимость арбитражного решения.

Отдельные ограничения, предусмотренные для арбитражей ad hoc. Национальным законодательством отдельных стран могут быть предусмотрены специальные ограничения, относящиеся к арбитражным разбирательствам **ad hoc**. Такие ограничения, в частности, могут касаться возможности для арбитров обратиться к компетентному суду за содействием в сборе доказательств или возможности рассматривать отдельные группы споров.

Например, в РФ ст. 30 Закона об арбитраже предполагает возможность обращения к компетентному суду с запросом об оказании содействия в получении доказательств лишь для арбитража, администрируемого ПДАУ.

Согласно ст. 45 данного Закона в арбитраж **ad hoc** не могут быть переданы корпоративные споры (даже если они признаны арбитрабельными).

Следовательно, еще одной процессуальной особенностью, которая подлежит внимательной оценке при принятии решения о рассмотрении спора в арбитраже **ad hoc**, является возможность установления специальных ограничений по арбитрабельности и объему процессуальных прав на уровне национального законодательства.

12.4. Место арбитража

Место арбитража (seat (legal place) of arbitration) - одна из ключевых концепций в сфере третейского разбирательства как на внутринациональном, так и на международном уровне. Ее практическую важность в этой сфере переоценить невозможно.

Международный коммерческий арбитраж разворачивается прежде всего в социуме, т.е. в рамках общественных отношений соответствующих субъектов, а такие отношения в конечном счете всегда можно рассматривать при помощи категорий "время" и "пространство" <26>.

<26> Вопрос о месте арбитража - лишь один из аспектов проблематики значения пространства и территории в международном коммерческом арбитраже. Например, п. 3 ст. 1 Закона о МКА гласит: "В международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны **находится за границей** либо если любое **место**, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или **место**, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций **на территории Российской Федерации** или российских инвестиций за границей" (здесь и далее в цитатах выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**). Вообще говоря, арбитраж - явление, которое "dissociata locis concordi rase ligavit" (Овидий. Метаморфозы: Ov. met. I.25) - "[даже] отдаленные места связывает мирным согласием" (если иметь в виду под ним арбитражное соглашение).

У вопроса о месте арбитража имеются также социологический и экономический аспекты, однако далее они затрагиваться не будут.

Арбитража вне привязки к какому-то месту в пространстве не бывает (правда, концепция онлайн-арбитража позволяет в чем-то поставить под сомнение это утверждение <27>).

<27> Это самостоятельный сложный вопрос, который здесь не рассматривается.

Как известно, в каждом месте свои собственные законы, в том числе по поводу арбитража. **Locus regit actum**. Это верно и в отношении вопросов формы и существа арбитража. В одной стране законы более проарбитражные, в другой - менее, а в итоге все это может иметь огромное значение для конкретного дела, рассматриваемого в рамках международного коммерческого арбитража. Достаточно сказать, что закон, действующий в месте арбитража (**lex arbitri**), определяет, например, требования к арбитрабельности споров и к порядку формирования состава третейского суда (см. подробнее далее).

В случае с международным коммерческим арбитражем ситуация осложняется тем, что упомянутое пространство может оказываться трансграничным, т.е. может затрагивать минимум два правовые порядки <28>, сложным образом территориально взаимодействующих как между собой, так и с различными национальными правилами. Именно благодаря такому их сложному территориальному взаимодействию место арбитража приобретает в контексте международного коммерческого арбитража особую и отдельную значимость. Образно говоря, место арбитража в чем-то можно уподобить "дому" арбитража со всеми вытекающими отсюда последствиями <29>.

<28> Место арбитража регулируется одним правовым порядком, место исполнения арбитражного решения - другим.

<29> Например: "Мой дом - моя крепость" - так можно сказать о том месте, регулирование в котором является для арбитража очень благоприятным; "В каждой избушке свои игрушки" - об особенностях арбитража в каждом отдельном месте; "На песке дома не строят" - о попытках создать прогрессивный арбитражный центр в стране, суды которой к арбитражу относятся с пренебрежением и недоверием; "Спасибо вашему дому, а теперь пойдем к другому" - о разочаровании сторон спора в одном месте арбитража и предпочтении ими в следующий раз иного места; "В доме хозяин больше архиерея" - о принципе невмешательства государственных судов в арбитраж; "Не по дому господин, а дом по господину" - о том, что арбитражные центры предпочитают привлекать всемирно признанных арбитров, и т.д.

При этом с прагматической точки зрения изначально вопрос о месте арбитража встает еще на стадии формулирования арбитражной оговорки в договоре или же отдельного арбитражного соглашения: указывать ли в ней (нем) место арбитража, и если да, то какое? Ответ должен быть следующий: по общему правилу место арбитража указывать крайне желательно (хотя отсутствие такого указания не приведет к недействительности такой(-го) оговорки (соглашения). Какое место выбрать - зависит от

многих факторов, включая устремления сторон. В Руководящих принципах МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок указано: "Сторонам следует выбрать место арбитража. Этот выбор следует основывать как на практических, так и на юридических соображениях" (руководящий принцип 4) <30>. Не зря же и в типовых арбитражных оговорках известных арбитражных центров о месте арбитража упоминается практически всегда: это как разумно, так и практично для сторон.

<30> Руководящие принципы МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок 2010 г. = IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (2010): www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения - 20.03.2018) (здесь и далее перевод с английского языка сделан автором. Если не оговорено иное, во всех упоминаемых иностранных источниках используется английский язык. - **Прим. авт. параграфа**).

Вопрос о месте арбитража привлекает большое внимание и на международном уровне (см., например, разд. 3 "Место арбитражного разбирательства" Комментариев ЮНСИТРАЛ (и это лишь один из многочисленных примеров)), и в любом серьезном исследовании о международном коммерческом арбитраже <31>.

<31> См., например: Rhoades R.V., Kolkey D., Chernick R. Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation. 2nd ed. Juris Publishing, Inc., LLC, 2007. P. 113 - 132, 1001; International Arbitration / N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter. 5th ed. Oxford University Press, 2009. P. 841; **Hobér K.** International Commercial Arbitration in Sweden. Oxford University Press, 2011. P. 242 - 243; Park W. Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice. 2nd ed. Oxford University Press, 2012. P. 325 - 343, 507 - 508; Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland / J. Lew, H. Bor, G. Fullelove, J. Greenaway. Kluwer Law International, 2013. P. 235, 294 - 307.

На значимость категории места арбитража также хорошо указывает следующее основание для отмены арбитражного решения, вынесенного в РФ, или отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение либо основание в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения: "арбитражная процедура не соответствовала **соглашению сторон**" или "закону той страны, **где имело место** третейское разбирательство" (абз. 5 пп. 1 п. 2 ст. 34 и абз. 6 пп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА). Очевидно, что под "соглашением сторон" следует понимать также и их договоренность о месте арбитража. Сказанное верно и в отношении п. 1 (d) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. <32>.

<32> "В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

<...>

d) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали **соглашению сторон** или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, **где имел место** арбитраж".

Таким образом, несоблюдение в ходе международного коммерческого арбитража соответствующих требований (включая договоренности) в отношении места арбитража - часто прямой путь к упомянутым отмене или отказу.

Разумеется, для международного коммерческого арбитража вопрос о месте арбитража является гораздо более значимым, нежели для арбитража чисто внутренних споров в РФ. Стороны спора в рамках международного коммерческого арбитража могут находиться на разных континентах, ввиду чего вопрос об определении надлежащего места арбитража в таком споре, учитывая сложность юридических и технических вопросов, возникающих в транснациональной сфере, а также необходимость эффективного проведения арбитражного разбирательства, оказывается крайне важным.

Однако все же: что такое место арбитража? "Место, в котором должно происходить рассмотрение дела по существу" <33>? "Место совершения определенных процессуальных действий, которые возникают в связи с рассмотрением спора" <34>? "Территория, на которой третейский суд осуществляет свою деятельность по рассмотрению и разрешению спора" <35>?

<33> См.: Батяев А.А., Терехова Ю.К. Комментарий к Закону РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" (постатейный): <https://www.lawmix.ru/commlaw/200?page=9> (дата посещения - 20.03.2018).

<34> Батяев А.А., Терехова Ю.К. Указ. соч.

<35> См.: Зайцев А.И., Филимонова М.В., Григорьева Е.А. Комментарий к Федеральному закону от 24 июля 2002 г. N 102-ФЗ "О третейских судах в Российской Федерации" (постатейный): <https://www.lawmix.ru/commlaw/253?page=7> (дата посещения - 20.03.2018).

Нет, все это туманные, неточные и неполные определения.

Понятие "место арбитража" весьма обманчиво в своей незамысловатости. На самом деле оно совсем не такое простое, каким на первый взгляд кажется.

Для выявления его смысла не обойтись без обращения к действующей ст. 20 Закона о МКА: "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража или порядке его определения (в том числе путем отсылки к правилам арбитража). В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется третейским судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон.

2. Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, третейский суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в ином месте, которое он посчитает надлежащим для проведения совещания между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон в устном слушании либо для осмотра товаров, другого имущества или документов" <36>.

<36> Данная статья порождает немало вопросов теоретического и практического характера. Далее рассматриваются самые значимые из них, причем с прагматической точки зрения.

Эта статья основана, как известно, на ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ <37>. В ходе реформы сферы арбитража в РФ ст. 20 Закона о МКА была изменена <38>. Замена в п. 2 слова "консультаций" на слово "совещания" разумна (последнее слово является более подходящим в контексте арбитража), тогда как вставка в этот же пункт слов "в устном слушании" была, скорее, излишней (в самом деле, какую дополнительную ценность они несут?). Добавление же в п. 1 слов "или порядке его определения (в том числе путем отсылки к правилам арбитража)" - и для сторон, и для государственных судов РФ весьма целесообразное уточнение, направленное на придание регулированию международного коммерческого арбитража еще большей гибкости.

<37> "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется арбитражным судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон.

2. Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, арбитражный суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в любом месте, которое он считает надлежащим для проведения консультаций между его членами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо для осмотра товаров, другого имущества или документов".

<38> См.: п. 16 ст. 2 Закона N 409-ФЗ. Предыдущая редакция данной статьи, действовавшая с 1993 г.: "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. В отсутствие такой

договоренности место арбитража определяется третейским судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон.

2. Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, третейский суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в ином месте, которое он считает надлежащим для проведения консультаций между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо для осмотра товаров, другого имущества или документов".

Статья 20 Закона о МКА стала источником для ст. 20 Закона об арбитраже <39>. Вместе с тем между этими статьями, несмотря на всю их схожесть, имеются очень важные смысловые различия (об этом далее).

<39> "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража или порядке его определения. При отсутствии такой договоренности место арбитража определяется третейским судом с учетом обстоятельств дела и удобства сторон.

2. Третейский суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в любом месте, которое он посчитает надлежащим для проведения совещания между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо для осмотра товаров, другого имущества или документов".

Кстати, в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. понятие "место" применительно именно к арбитражу используется лишь один раз, а именно в п. 1 (d) ст. V.

Важно понимать, что Нью-Йоркская конвенция 1958 г. оперирует еще и понятием "территория". Совокупность этих двух понятий всегда играла и играет огромную роль для понимания, толкования и применения указанной Конвенции, что еще раз подчеркивает значимость понятия "место арбитража".

Однако вернемся для выявления сути концепции "место арбитража" к ст. 20 Закона о МКА.

Данная статья распространяется как на международный коммерческий арбитраж, администрируемый в РФ постоянно действующими арбитражными учреждениями, так и на международный коммерческий арбитраж **ad hoc** на территории РФ <40>. Она применима и в том случае, если в ходе арбитража слушания с присутствием сторон проводиться не будут (такое в определенных ситуациях вполне возможно).

<40> Поскольку арбитраж **ad hoc** не администрируется каким-либо ПДАУ, он гораздо более мобилен, нежели арбитраж, администрируемый таким учреждением. Иными словами, для арбитража **ad hoc** вопрос о месте арбитража гораздо более важен, чем для институционального арбитража.

Следует отметить, что Закон об арбитраже определяет "арбитраж" в п. 2 ст. 2 как "процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (арбитражного решения)". Между тем третейский суд формируется не немедленно, а последовательно. Ввиду этого, например, местом администрирования арбитража, осуществляемого в рамках Закона о МКА российским ПДАУ, всегда будет место нахождения такого учреждения в РФ (территория РФ), тогда как в свете договоренности сторон местом арбитража на деле призвано быть иное место, в том числе расположенное за рубежом.

Иными словами, место арбитража и место администрирования арбитража - разные вещи. Первое финально определяется не ПДАУ в РФ, а сторонами или же третейским судом (если иное не вытекает из правил, применение которых согласовано сторонами спора, или из применимого закона), тогда как второе определяется местом нахождения соответствующего арбитражного учреждения (от вопроса о том, что последнее может администрировать арбитраж вне места своего нахождения через, например, филиал или агента, здесь следует отвлекаться).

Соответственно, место арбитража в транснациональном контексте всегда необходимо отличать от

места нахождения российского или иностранного арбитражного учреждения, администрирующего арбитраж (к сожалению, разницу между такими местами видят не всегда и не все).

Впрочем, данные места могут часто совпадать. В частности, это совпадение практически всегда будет иметь место при разбирательствах в МКАС или МАК при ТПП РФ, тогда как ситуация в ходе разбирательств, администрируемых иностранными арбитражными учреждениями, может быть совершенно иной (в любом из указанных вариантов есть свои плюсы и минусы как для сторон спора, так и для арбитров либо арбитражного учреждения).

В любом случае было бы серьезной ошибкой сводить значение ст. 20 Закона о МКА к вопросу о том, где именно будет место, например, слушания по делу или иной стадии разбирательства.

Положение ст. 20 в Законе о МКА может создавать обманчивое впечатление о ее техничности, простоте и незначительности, тогда как на самом деле эта статья - один из краеугольных камней данного Закона. Ее смысл и значение гораздо глубже, нежели кажется на первый взгляд <41>. В самом деле, если или стороны, или третейский суд и так могут избрать место арбитража, то, казалось бы, какие тут проблемы? А в реальности проблем и вопросов возникает масса. Кроме того, данная статья может серьезно влиять на иные аспекты арбитражного разбирательства, а также на юридический статус арбитражных решений, принятых в рамках международного коммерческого арбитража.

<41> "Статья 20, прочтенная изолированно, может казаться имеющей мало смысла". Цит. по: Holtzmann H.M., Neuhaus J.E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Kluwer Law International, 1989. P. 592. Эти слова о ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ применимы по аналогии и здесь.

Во-первых, согласно п. 1 ст. 1 Закона о МКА "настоящий Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если **место арбитража находится на территории Российской Федерации**. Однако положения, предусмотренные статьями 8, 9, 35 и 36, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей".

Из этого положения следует, что Закон о МКА применим именно тогда, когда место арбитража находится на территории РФ. Иными словами, именно ст. 20 Закона о МКА помогает определить (и даже определяет) применимость данного Закона (включая саму эту статью как его часть <42>). При этом на территории РФ должно находиться именно место арбитража, а не место администрирования арбитража. Если последнее находится в РФ, а место арбитража - вне РФ (такая ситуация, как уже объяснялось, вполне возможна), то Закон о МКА будет неприменим. Впрочем, как будет показано далее, тут с точки зрения права РФ не все так просто.

<42> Что среди прочего оказывается примером рекурсии: для того чтобы быть применяемой, ст. 20 уже должна быть применимой, но это зависит от того, находится ли место арбитража в РФ, а чтобы понять, действительно ли оно в РФ, надо опять вспомнить о ст. 20.

Во-вторых, место арбитража в РФ предопределяет то, что рассматривать заявления об оспаривании арбитражных решений, принятых на основании Закона о МКА, будут компетентны именно соответствующие российские государственные суды. Так, согласно ч. 4 ст. 230 АПК РФ заявление об отмене решения третейского суда подается в государственный арбитражный суд субъекта РФ, "на территории которого принято решение третейского суда". Аналогичное правило содержится в ст. 418 ГПК РФ <43>.

<43> Впрочем, согласно предложению второму ч. 8.1 ст. 38 АПК РФ "по соглашению сторон третейского разбирательства заявление об отмене решения третейского суда может быть подано в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения одной из сторон третейского разбирательства". Аналогичное правило имеется в ч. 1 ст. 30.1 ГПК РФ.

При этом местом принятия решения третейского суда является место арбитража: согласно п. 3 ст. 31 Закона о МКА "в арбитражном решении должны быть указаны его дата и место арбитража, как оно определено в соответствии с пунктом 1 статьи 20. Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте" <44>.

<44> В то же время в так называемом деле "российско-сингапурского арбитража" (дело N А40-219464/16-52-430 АС г. Москвы. См.: <http://kad.arbitr.ru/Card/b9fce500-8a18-42a6-a333-42608356008a> (дата посещения - 20.03.2018)) российские государственные суды отказались отождествлять место вынесения арбитражного решения с местом арбитража. Правда, ситуация, которой посвящены соответствующие судебные акты, была очень и очень специфической.

В-третьих, с запросом о содействии в получении доказательств, требующихся для разрешения спора, вправе обратиться в государственный суд, на территории которого находятся истребуемые доказательства, только третейский суд с местом арбитража именно на территории РФ, а не вне ее <45> (это прямо следует из ч. 1 ст. 74.1 АПК РФ и аналогичной ч. 1 ст. 63.1 ГПК РФ).

<45> Третейский суд в рамках арбитража **ad hoc** в РФ с таким запросом в государственный суд обратиться не может.

В-четвертых, ст. 20 Закона о МКА является одной из немногих в этом Законе, которая имеет важные прямые связи с другими его положениями. Часть из них была уже упомянута ранее. Однако здесь надо подчеркнуть то, что п. 2 указанной статьи связан с понятием "место заседания третейского суда", которое фигурирует в п. 2 ст. 34 и п. 1 ст. 36 Закона о МКА. При применении данных пунктов всегда следует учитывать ст. 20 (и наоборот).

Из вышесказанного также вытекает, что для сторон спора при их желании весьма легко избежать применимости Закона о МКА: достаточно, чтобы место арбитража было вне РФ.

В связи с этим возникают три вопроса. Прежде всего, а действительно ли с точки зрения права РФ стороны спора в рамках международного коммерческого арбитража могут определить место арбитража вне РФ?

Почему нет? Представляется, что никаких ограничений для них в этом плане не существует, если только иное не предусмотрено правом РФ (так, следует помнить, что Закон об арбитраже, а также АПК РФ и ГПК РФ четко указывают, что при разбирательстве определенных корпоративных споров местом арбитража должна являться именно РФ (см. ч. 7 ст. 7 Закона об арбитраже, а также ч. ч. 3 и 4 ст. 225.1 АПК РФ и ч. 4 ст. 22.1 ГПК РФ <46>)).

<46> Вопрос об иных аналогичных ограничениях в праве РФ в отношении места арбитража уже выходит за рамки настоящего параграфа.

В итоге, если место арбитража, согласованное сторонами с соблюдением требований права РФ, действительно находится вне РФ, Закон о МКА будет неприменим, а вынесенное решение окажется иностранным, подпадающим по общему правилу в том числе под Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г.

Во-вторых, какими правилами будет регулироваться подобный арбитраж вне РФ? Очевидно, что это будут правила, действующие в иностранном месте арбитража, а не нормы Закона о МКА.

В-третьих, а что нужно для того, чтобы место арбитража было вне РФ? Это самый сложный вопрос; он будет рассмотрен позднее.

В свете сказанного важно понимать, что ст. 20 Закона о МКА по своей сути рассчитана на применимость к арбитражу с местом исключительно внутри РФ, на выбор (определение) места арбитража

именно на территории РФ, а не за ее пределами.

С логической точки зрения ее никак нельзя рассматривать в качестве дозволения сторонам выбирать место арбитража вне РФ (она ведь применима только тогда, когда место арбитража и так находится в РФ). Однако ее нельзя считать и запретом на выбор в пользу места арбитража за границей. Тут важно понимать, что выбор (определение) места арбитража вне РФ (а он возможен) будет основываться уже отнюдь не на этой статье, а на общем принципе диспозитивности и на институте автономии воли, которые широко известны праву РФ, особенно в части регулирования третейской сферы. Правда, нельзя не сказать о том, что в последнее время Министерство юстиции РФ, ТПП РФ и близкие к ним лица лоббируют точку зрения, согласно которой два российских лица передавать свой чисто внутренний спор на арбитражное разрешение за границу не могут (иногда указанную точку зрения поддерживают и суды <47>). Это, конечно, неверно, однако данный вопрос - самостоятельный, узкоспециальный и далее рассматриваться не будет, хотя с практической точки зрения он может являться для многих российских субъектов очень важным <48>.

<47> См.: Определение АС г. Москвы от 20.01.2018 по делу N А40-219464/16-52-430: "Как следует из материалов дела, решением Российско-Сингапурского Арбитража от 30.08.2016, о признании и приведении в исполнение которого ходатайствует заявитель, с ООО "ТЕХНО-АРТ" в пользу ООО "КОММОН ЛИГАЛ ПРОПЕРТИ" взыскана задолженность по договору N 15/16 от 30.05.2016 на оказание юридических услуг в размере 45 000 руб.

Вместе с тем у российских юридических лиц - участников данного спора нет органа управления, представительства либо филиала юридического лица в Республике Сингапур, обратного в материалы дела не представлено.

При указанных обстоятельствах, учитывая вышеприведенные положения норм международной конвенции, суд в Республике Сингапур не был компетентен рассматривать требования с участием российских юридических лиц.

<...>

При указанных обстоятельствах, поскольку рассмотрение на территории Республики Сингапур спора между юридическими лицами, зарегистрированными на территории Российской Федерации, несовместимо с принципами построения правовой системы государства, в признании и приведении в исполнение решения такого иностранного суда следует отказать в связи с нарушением публичного порядка Российской Федерации". См.: http://kad.arbitr.ru/PdiDocument/35b6d1d7-59b3-4c12-a376-06093adb9683/A40-219464-2016_20170120_opredelenie.pdf (дата посещения - 20.03.2018). Впоследствии это Определение было отменено: <http://kad.arbitr.ru/Card/b9fce500-8a18-42a6-a333-42608356008a> (дата посещения - 20.03.2018).

См. также: Будылин С. Дело о сингапурском мороженом, или Хочу свой суд за границей: https://zakon.ru/blog/2017/2/7/delo_o_singapurskom_morozhenom_ili_hochu_svoj_sud_za_granicej (дата посещения - 20.03.2018); Муранов А. Третейско-сингапурская фикционность и серьезные вопросы, поставленные деятельностью председателя Арбитражного третейского суда г. Москвы: https://zakon.ru/blog/2017/3/30/tretejsko-singapurskaya_fikcionnost_i_sereznye_voprosy_postavlennye_deyatelnostyu_predsdatelja_arbi (дата посещения - 20.03.2018).

<48> См. по этому вопросу: Муранов А. Импортзамещение в арбитраже: ограничения на передачу внутренних российских споров в иностранные центры. Критика их обоснований в свете принципов цивилистики, коллизионного регулирования и права ВТО: https://zakon.ru/blog/2017/10/30/importozameshenie_v_arbitrazhe_ogranicheniya_na_peredachu_vnutrennih_rossijskih_sporov_v_inostranny (дата посещения - 20.03.2018).

В ходе анализа ст. 20 Закона о МКА возникает еще одна практическая проблема. Согласно ч. 1 ст. 235 АПК РФ "в случаях, предусмотренных федеральным законом, любая сторона третейского разбирательства может обратиться в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, **на территории которого проводится третейское разбирательство**, с заявлением об отмене постановления

третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции".

Согласно ч. ч. 1, 2 и 5 ст. 240.1 АПК РФ: "1. Правила, установленные настоящим параграфом, применяются при осуществлении арбитражным судом функций содействия в отношении **третейского разбирательства, осуществляемого на территории Российской Федерации.**

2. В соответствии с настоящим параграфом арбитражный суд осуществляет следующие функции содействия в отношении третейских судов по спорам, возникающим из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности:

- 1) разрешение вопросов, связанных с отводом третейского судьи;
- 2) разрешение вопросов, связанных с назначением третейского судьи;
- 3) разрешение вопросов, связанных с прекращением полномочий третейского судьи.

<...>

5. Заявление... подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, **на территории которого проводится соответствующее третейское разбирательство...** Аналогичные правила имеются и в ГПК РФ.

Как видно, право РФ оперирует наряду с понятием "место арбитража" также понятиями "проведение третейского разбирательства на территории субъекта РФ" и "третейское разбирательство, осуществляемое на территории РФ". Как они соотносятся с понятием "место арбитража" в ст. 20 Закона о МКА (следует напомнить, что последняя подразумевает, что место арбитража находится именно в РФ)?

Более того, ч. 3 ст. 90 АПК РФ гласит: "По основаниям, предусмотренным частью 2 настоящей статьи, и по правилам настоящей главы обеспечительные меры могут быть приняты арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства по **месту нахождения третейского суда**, либо по месту нахождения или месту жительства должника, либо месту нахождения имущества должника" (аналогичное правило имеется в ч. 3 ст. 139 ГПК РФ). Иными словами, имеется еще одно новое понятие - "место нахождения третейского суда". Как оно соотносится с понятием "место арбитража" в ст. 20 Закона о МКА?

Ответить на указанные вопросы можно, только если вспомнить о генезисе ст. 20 Закона о МКА, а именно о ее корнях в ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также понять подход к месту арбитража, применяемый в праве многих современных развитых государств.

В них понятие "место арбитража" (**seat (legal place) of arbitration**) имеет особенное, весьма непростое наполнение, а с точки зрения права менее развитых стран - неоднозначное или даже неприемлемое.

Понятно, что это не место нахождения центра, администрирующего арбитраж. Это также необязательно место слушания дела третейским судом - хотя бы потому, что слушание, как известно, вообще может не проводиться, либо несколько слушаний могут быть в разных местах (но при этом у арбитража все равно должно иметься место, оно никуда деться не может) <49>.

<49> Не говоря уже о том, что и ст. 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ, и ст. 20 Закона о МКА четко противопоставляют место арбитража месту слушания (ср. в них п. 1 и п. 2).

Равным образом это не место вынесения арбитражного решения (т.е. не место совещаний арбитров в ходе его вынесения, как и не место подписания такого решения): данный вывод прямо следует из п. 3 ст. 31 Типового закона ЮНСИТРАЛ <50>. Таким образом, именно арбитражное решение считается вынесенным (а не выносится, что важно!) в месте арбитража, а не местом арбитража выступает место вынесения данного решения.

<50> "В арбитражном решении указываются его дата и место арбитража, как оно определено в соответствии с пунктом 1 статьи 20. Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте". Как уже указывалось, в п. 3 ст. 31 Закона о МКА содержится аналогичное положение.

Из этого следует простой вывод: понятие "место арбитража" в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и в праве многих современных развитых государств является во многом условным. Оно - фикция, использование которой позволяет удовлетворить несколько важных потребностей в рамках именно международного коммерческого арбитража, возникающих вследствие транснационального контекста, в котором разворачивается такой арбитраж.

Среди важнейших из данных потребностей:

- необходимость перед началом арбитража и в его ходе локализовать такой арбитраж в мировом юридическом пространстве, привязать его к какой-то конкретной стране и ее правопорядку (**lex arbitri**), который будет определять вопросы арбитражного разбирательства и судьбу арбитражного решения <51> (иначе не может быть в ситуации, когда трансграничное пространство неоднородно, соответствующих правопорядков много, а определяющим должен быть лишь один (в противном случае возникает риск путаницы и неразрешимых коллизий между разными правовыми системами));

<51> **Lex arbitri** определяет в том числе требования к арбитрабельности споров, к арбитражному соглашению (хотя и не всегда), к порядку формирования третейского суда, к порядку заявления отводов арбитрам, к форме и содержанию арбитражного решения, к основаниям и процедуре отмены такого решения, к процедуре содействия арбитражу со стороны местных государственных судов.

- вытекающая из первой необходимости необходимость в определении по итогам арбитража "национальности" арбитражного решения (ведь без этого механизм признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений функционировать просто не сможет. Стран много, арбитражи проводятся (и их решения приводятся в исполнение) в разных государствах, тогда как определяющим для арбитражного решения должно быть право лишь одного из них, т.е. требуется указание на место арбитража в каком-то одном государстве).

В таком контексте в фикцию понятие "место арбитража" превращает то, что в каком-то месте, которое определено сторонами или третейским судом, может вообще не быть ни слушаний дела, ни совещаний арбитров, ни подписания решения (однако они могут в нем и происходить, и даже желательно, чтобы какие-то из них там происходили <52>). Такое расхождение является непринципиальным в свете того подхода к месту арбитража, который используется как на наднациональном уровне, так и в праве многих современных развитых государств.

<52> "Значение места арбитража, в частности, когда оно определяется самими сторонами, состоит в том, что в принципе можно ожидать, что арбитражное разбирательство, включая любые слушания или другие заседания, будет проводиться в этом месте". Цит. по: Аналитический комментарий к проекту текста Типового закона о международном торговом арбитраже: Доклад генерального секретаря (A/CN.9/264) // Ежегодник Комиссии ООН по праву международной торговли. 1985. Т. XVI. (A/CN.9SER.A/1985). Нью-Йорк, 1988. С. 189. Однако все же нельзя полагать, что в доктрине и практике многих развитых государств в целом существует требование или презумпция того, что и слушание дела, и/или совещания арбитров, и/или подписание решения должны происходить именно в месте арбитража.

Иными словами, понятие "место арбитража" в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, а также в доктрине и практике многих современных развитых государств во многом обозначает чисто юридическую привязку третейского разбирательства к какой-то стране и ее праву, а не фактическую привязку, основанную на физической связи сторон арбитража или разбирательства с таким местом. Создается эта чисто юридическая привязка соглашением сторон или актом третейского суда. Во многом здесь можно провести аналогию с автономией воли в коллизионном праве РФ: согласно ему стороны могут подчинить свой договор любому праву, даже не связанному с этим договором. Равным образом подобная концепция

места арбитража в целом позволяет сторонам спора или третейскому суду подчинить третейское разбирательство какому-то одному национальному праву (**lex arbitri**), даже не связанному с ними или с таким разбирательством.

Смысл этой непростой (а для многих и неоднозначной) концепции места арбитража можно проиллюстрировать при помощи, например, ст. 16 Регламента LCIA 2014 г. (см. особенно ст. 16.3) <53>. Положения указанной статьи основываются на Section 3 английского Закона "Об арбитраже" 1996 г., где прямо говорится о том, что место арбитража означает именно "юридическое место арбитража".

<53> "16.1. Стороны в любой момент разбирательства до формирования Состава арбитража могут договориться в письменной форме о месте (или юридическом месте нахождения) их арбитражного разбирательства. После формирования Состава арбитража они могут сделать это с предварительного письменного согласия Состава арбитража.

16.2. При отсутствии такого соглашения местом арбитражного разбирательства считается Лондон (Англия), если только и до того момента, как Состав арбитража не укажет с учетом обстоятельств дела и после предоставления сторонам разумной возможности изложить Составу арбитража свое мнение в письменной форме, что другое место арбитражного разбирательства является более целесообразным. Такое применяемое по умолчанию место арбитражного разбирательства не должно рассматриваться в качестве обстоятельства, принимаемого во внимание Судом ЛМТС при назначении арбитров в соответствии со статьями 5, 9А, 9В, 9С и 11.

16.3. Состав арбитража может, посоветовавшись со сторонами, проводить любые слушания в любом территориально удобном месте и может по своему усмотрению проводить свои совещания в любом территориально удобном месте; если такое место или места отличаются от места арбитражного разбирательства, арбитражное разбирательство тем не менее будет считаться для любых целей арбитражным разбирательством, состоявшимся в месте арбитражного разбирательства, а любой приказ или арбитражное решение - приказом или арбитражным решением, вынесенным в месте арбитражного разбирательства.

16.4. Законом, применимым к Арбитражному соглашению и арбитражному разбирательству, является закон, применяемый в месте арбитражного разбирательства, если только стороны не согласовали в письменной форме применение других законов или правил и такое соглашение не запрещено законом, применяемым в месте арбитражного разбирательства" (www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=410; дата посещения - 20.03.2018; язык источника - русский).

Аналогичный подход используется, например, в праве Франции, а также в Регламенте ICC 2012 г. <54>, равно как и в регулировании многих развитых стран.

<54> "Наконец, и во избежание сомнений, Суд не требует связи между выбранным местом арбитража и любой(-ым) из сторон или арбитров применимым материальным правом или фактами, лежащими в основе спора. Суд регулярно определяет места арбитража, а стороны соглашаются с местами арбитража, без какой-либо связи с делом или с его участниками". Цит. по: Fry J., Greenberg S., Mazza F. *The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration (ICC Publication 729E) / With the assistance of B. Moss; Foreword by J. Beechey; Preface by P. Wolrich. Paris, 2012. P. 203.*

В.В. Хвалей отмечает, комментируя ст. 20 Закона о МКА: "Место арбитража следует рассматривать как некую юридическую фикцию, которая служит для "привязки международного арбитража к какому-либо государству". Такая привязка, по сути, нужна для того, чтобы определить законодательство, которому подчиняется международный арбитраж (так называемое **lex arbitri**), а также компетентный суд, в который может быть обжаловано вынесенное арбитражное решение или подано заявление о его отмене" <55>.

<55> Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: Постатейный,

научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; Сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 93 (автор комментария к ст. 20 - В.В. Хвалей). (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2).

Однако не следует полагать, что такой подход в мире разделяется во всех странах: "Чисто фиктивное место может не соответствовать требованиям... [некоторых] арбитражных законов.

<...>

Хотя место широко понимается как юридическая концепция, может быть благоразумным выполнить одно или несколько минимальных действий в стране выбранного места, чтобы предупредить любое обсуждение, которое может возникнуть в отношении его предположительно фиктивной сущности" <56>. Суды тех или иных государств также могут требовать наличия у разбирательства какой-то связи с местом арбитража.

<56> Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. London, 2007. P. 102, 103.

Например, в одном из дел в Швеции к фикционному наполнению понятия "место арбитража" было проявлено сдержанное отношение: "...Апелляционный суд Свеа постановил, что заявление об отмене арбитражного решения является только тогда возможным перед шведскими судами, когда на кону имеется "шведский судебный интерес", и что ясной ссылки в арбитражном соглашении на Стокгольм как место арбитража было недостаточно, если другой связи со Швецией не имелось. Он, следовательно, отклонил оспаривание арбитражного решения ввиду отсутствия юрисдикции, несмотря на соглашение сторон установить место арбитража в Стокгольме" <57>.

<57> Ibid. P. 102. См. также выдержку из дела **The Titan Corporation v. Alcatel CIT S.A.**:

"[6] Место арбитража в соответствии с Разделом 22 (1) Закона в первую очередь подлежит определению сторонами и во вторую очередь - арбитрами. Согласно параграфу 2 вышеуказанного Раздела арбитры могут провести слушания и другие встречи в иных местах в Швеции или за рубежом. Это положение, таким образом, признает, что часть шведского арбитража допустимо проводить за рубежом. Связь арбитража с этим местом может быть более или менее осязаемого характера. Однако при этом определенная связь с местом арбитражного разбирательства присутствовать должна.

[7] В соответствии с Разделом 31 (2) Закона в решениях указывается место арбитража. Таким образом, на арбитрах лежит обязанность указать, где, по их мнению, имело место арбитражное разбирательство, и их мнение будет считаться верным.

[8] В решении (с изменениями), оспоренном Titan Corporation, единоличный арбитр - в соответствии с тем, о чем договорились стороны, - указал, что местом арбитража являлся Стокгольм. Согласно этому отправной точкой рассуждений Апелляционного суда выступает, соответственно, то, что это мнение является верным, если не имеется ничего особенного для того, чтобы предложить иное.

[9] Сторонами арбитража являются: с одной стороны - французская компания, с другой стороны - две американские компании. Местами деятельности их юридических представителей являются соответственно Париж и Лондон. Далее, спор касается соглашения в отношении телекоммуникационной системы, подлежащей установке в Бенине. Таким образом, ни спор, ни стороны не связаны со Швецией. Далее, когда возникает вопрос о связи арбитражного разбирательства со Швецией, можно изначально сделать вывод, что единоличный арбитр происходит из Соединенного Королевства и что арбитраж проводился в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты. Устные слушания с согласия сторон проводились в Лондоне и Париже. Как отметила Titan Corporation, с уверенностью можно предположить, что арбитр проделал оставшуюся работу по делу в Лондоне. Следовательно, арбитражное разбирательство не может рассматриваться как имеющее какую-то связь со Швецией. Даже если шведский закон об арбитраже и был кратко затронут в некоторых поданных сторонами документах и в Решении, на основании всех учтенных обстоятельств все же нельзя полагать,

что арбитражное разбирательство имеет такую связь со Стокгольмом, что местом арбитража можно было бы назвать Стокгольм. Оспоренное Решение поэтому в соответствии с положением в Разделе 52 (2) Закона не должно считаться вынесенным в Швеции". Цит. по: Sweden: Svea Court of Appeal, Division 2, 28 February 2005 (**The Titan Corporation v. Alcatel CIT S.A.**) // Yearbook Commercial Arbitration. 2005. Vol. XXX. P. 141.

Правда, подобная позиция тут же была подвергнута в Швеции критике, и шведский Верховный суд (**Högsta domstolen**) в 2010 г. использовал иной подход: "...Когда стороны договорились, что разбирательство будет иметь место в Швеции, не имеет значения, что стороны или арбитры решили провести слушания в других странах, что арбитры не из Швеции, что их обязанности исполнялись в другой стране или что спор касается договора, который в ином отношении не имеет связи со Швецией." (**RosinvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation**, Case **N Ö 2301-09**, NJA 2010 s. 508) <58>.

<58>

www.arbitration.sccinstitute.com/Views/Pages/GetFile.ashx?portalId=89&cat=95788&docId=952269&propId=1578 (дата посещения - 20.03.2018).

Углубляться в объяснение исторических, социальных, политических и экономических причин того, почему сегодня в доктрине и практике многих современных развитых государств понятие "место арбитража" рассматривается в качестве фикции, здесь не следует. Достаточно сказать, что в развитых странах дело обстоит именно так, причем это вполне закономерно и обусловлено объективными причинами:

1) в ситуации, когда в мире существует множество правовых систем, для юридической определенности выбирать в отношении арбитража неизбежно нужно только одну;

2) арбитраж - дело прежде всего частное. Поэтому сторонам следует дать возможность выбирать, пусть и чисто фикционно, место арбитража, т.е. правовую систему, регулирующую арбитраж и его итоги;

3) арбитраж - дело серьезное. Поэтому стороны вряд ли будут указывать в качестве места арбитража те локации, где действует невыгодное для арбитража, странное или невнятное регулирование. Таким образом, логично предположить, что стороны будут выбирать те территории, где господствуют благоприятные для арбитража положения, т.е., скорее всего, правила развитых западных юрисдикций. Ввиду этого возражать против автономии воли, указанной выше в п. 2, оснований тем более иметься не может.

Другая причина, возникшая недавно, - быстрое развитие современных телекоммуникационных технологий и Интернета, в свете чего вопрос о физических взаимосвязях между арбитрами и/или сторонами в контексте арбитража применительно к какому-то одному месту в пространстве оказывается все менее значимым (ввиду этого встает, как уже указывалось, непростой вопрос о том, что должно быть местом для онлайн-арбитража. Однако он уже выходит за рамки настоящего параграфа).

Еще одна причина - распространение в последние десятилетия на международном уровне среди развитых государств смешанной "юрисдикционно-договорной" теории арбитража <59>, которая максимально благоприятствует фикционной концепции места арбитража. В РФ преобладает юрисдикционная теория арбитража, для которой такая фикционная концепция неприемлема.

<59> Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 79 - 80.

Поскольку к "продвинутому арбитражному клубу" развитых стран РФ не принадлежит, возникает вопрос: можно ли в РФ считать, что ст. 20 Закона о МКА также исходит из того, что понятие "место арбитража" является своего рода фикцией, что стороны спора могут определить в качестве места

арбитража в РФ любой город по своему усмотрению, тогда как затем там слушания или совещания арбитров проводиться не будут (как не будет там и подписываться арбитражное решение), не говоря уже о том, что и ПДАУ, администрирующее такой арбитраж, в данном городе находиться не будет? Это очень важный вопрос, учитывая все те практические моменты, связанные с компетенцией государственных судов в РФ в отношении итогов арбитража, которые были отмечены ранее.

С точки зрения чистой теории арбитража в наиболее проарбитражных государствах ответ должен быть, конечно, положительным, а вот с точки зрения российских реалий, особенно в плане их понимания государственными правоприменительными органами в РФ, - скорее, отрицательным.

Из этого следует простой вывод: под "местом арбитража" в практике таких органов будет пониматься:

1) место нахождения ПДАУ (иностранного арбитражного учреждения), администрирующего арбитраж;

2) место, где третейский суд проводил(-т) слушание(-ния); или

3) место, где члены третейского суда подписали арбитражное решение (или где его подписал последний из них, особенно председатель такого суда).

Представить себе, что стороны спора будут свободно определять место арбитража и тем самым по своему усмотрению определять компетенцию государственных судов в РФ, в российских реалиях вряд ли возможно.

Иными словами, необходимость наличия реальной физической связи места арбитража, например, со сторонами или с их отношениями сомнению в российских условиях не подлежит <60>.

<60> Так полагают, кстати, даже персоны, особо приближенные к МКАС при ТПП РФ, которые, казалось бы, должны быть настроены максимально проарбитражно, т.е. в пользу фикционности понятия "место арбитража": "Следует считать возможным договорное условие о проведении арбитража в другой стране, если она имеет определенные связи с рассматриваемым спором". Цит. по: Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2012. С. 92 (авторство в этом комментарии намеренно не указывалось).

Не исключено, что для борьбы с фикционной концепцией места арбитража российские правоприменительные органы могут легко использовать широчайшее и ошибочное понятие "обход закона", ныне закрепленное в ст. 10 ГК РФ <61>. При желании не так сложно определение места арбитража сторонами или третейским судом по их усмотрению объявить "обходом закона".

<61> "1. Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)".

В свете всего вышесказанного представляется, что такие понятия из АПК РФ, как "проведение третейского разбирательства на территории субъекта РФ", "третейское разбирательство, осуществляемое на территории РФ", "место нахождения третейского суда", следует толковать точно так же: все они в российских реалиях - аналог понятия "место арбитража", которое будет, по-видимому, трактоваться в практике государственных судов в РФ таким специфическим образом, который только что был обозначен.

Является более чем очевидным, что в РФ фикционная концепция места арбитража серьезно не укоренена, хотя формальные основания для ее использования имелись в праве РФ ранее и присутствуют в ст. 20 Закона о МКА <62>.

<62> С этой фиктивной концепцией были давно знакомы и разработчики ст. 20 Закона о третейских судах 2002 г.: "Разработчики законопроекта в данном случае исходили из использования термина "место третейского разбирательства" в двух значениях.

В первом значении термин "место третейского разбирательства" понимался как место, которое стороны согласовали или состав третейского суда определил в качестве юридической фикции, используемой для определения места вынесения решения третейского суда и подсудности заявлений об отмене либо о принудительном исполнении решения третейского суда.

Второе значение - не обязательно совпадающее с местом третейского разбирательства место проведения отдельных заседаний третейского суда, не изменяющее места третейского разбирательства как юридической фикции". Цит. по: Комментарий к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" (постатейный) / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. М., 2003. С. 90 - 91 (автор комментария к ст. 20 - Е.А. Виноградова).

Это объясняется как особенностями права РФ, так и связанными с этим историческими причинами: например, в СССР и позднее арбитражные слушания даже в МКАС при ТПП РФ (тогда он назывался иначе) проводились всегда в Москве, где также всегда находился и находится Секретариат МКАС <63>. Соответственно, идеи, заложенные, например, в вышеприведенной ст. 16 Арбитражного регламента LCIA 2014 г., в российских реалиях выглядят просто чуждыми.

<63> Природа МКАС была детерминирована еще при его создании. Он, как и Внешнеторговая арбитражная комиссия (ВТАК), все еще остается в целом арбитражным центром не подлинно международным, аналогичным по сути своего функционирования Международному арбитражному суду ICC, Арбитражному институту SCC, LCIA и т.д., а, скорее, привязанным к сугубо российской территории арбитражным учреждением, которое хотя и администрирует споры с участием иностранных лиц, однако оказывается включенным в чисто внутринациональный и специфический контекст российского права, акклиматизированным именно к специфическим российским реалиям, причем во многом "приручаемым" и "приручаемым" к ним российскими государственными судами и ТПП РФ. Несомненно, что такие реалии определяют природу МКАС очень серьезно, стремятся исказить любые имеющиеся в нем элементы международной. Однако было бы неверным не признать, что с 1993 г. уровень международной МКАС по сравнению с ВТАК до 2014 г. все же возматерал (хотя и не быстро). Сегодня же идет обратный процесс.

Таким образом, даже если в ходе арбитража на основании Закона о МКА стороны укажут (или третейский суд определит) в качестве места арбитража, например, Екатеринбург (не говоря уже о Сингапуре и тем более Антананариву), а слушание дела будет проходить в Москве, то российские государственные суды могут посчитать местом арбитража именно Москву <64>. Или же местом арбитража российские государственные суды сочтут место нахождения ПДАУ, администрирующего арбитраж, либо место, где члены третейского суда подписали арбитражное решение (или где его подписал последний из них, особенно председатель такого суда).

<64> Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа в Постановлении от 26 апреля 2005 г. N Ф08-1296/2005, применяя Закон о третейских судах, указал: "Статьи 20, 32, 33 не допускают возможности определения места рассмотрения дела не по месту разбирательства, где должно быть объявлено решение или его резолютивная часть, а по месту размещения штаб-квартиры суда. В спорном случае дело рассматривалось в г. Москве, где должно было быть оглашено решение или его резолютивная часть. В протоколе судебного заседания третейского суда отмечено, что после удаления на совещание сторонам объявлено решение (л. 204 третейского дела). Между тем в самом решении третейского суда от 21 - 22 декабря 2004 г. местом разрешения спора указан г. Армавир, что не соответствует названным нормам Закона. Данное нарушение дало формальный повод для рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа в Арбитражном суде Краснодарского края, а не по месту нахождения должника, как того требует часть 3 статьи 236 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации". См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 26.04.2005 N Ф08-1296/2005 // СПС "КонсультантПлюс". Впоследствии ВАС РФ это Постановление отменил, однако по

основаниям, не связанным с приведенными выводами.

Косвенно данный вывод подтверждается следующим указанием в Апелляционном определении Московского городского суда от 18 августа 2015 г. N 33-28820/2015: "В соответствии с ч. 2 ст. 418 ГПК РФ заявление об отмене решения третейского суда подается в районный суд, на территории которого принято решение третейского суда.

Согласно п. 2 ст. 20 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации" в постоянно действующем третейском суде место третейского разбирательства определяется в соответствии с правилами постоянно действующего третейского суда.

В соответствии с пунктом 4.1 Регламента Третейского суда место третейского разбирательства и соответствующая ему территориальная коллегия Третейского суда для разрешения спора определяется Председателем Третейского суда с учетом всех обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон.

Пункт 4.3 Регламента устанавливает, что Третейский суд может проводить заседания в любом удобном месте, не совпадающем с местом третейского разбирательства. Решение считается принятым в месте третейского разбирательства.

Таким образом, рассмотрение заявления об оспаривании решения третейского суда подлежит рассмотрению в районном суде общей юрисдикции, на территории которого принято решение третейского суда. Подсудность рассмотрения заявления определяется местом принятия решения третейского суда, а не местом расположения постоянно действующего третейского суда.

Учитывая вышеизложенное, суду первой инстанции следует правильно установить место принятия решения Третейским судом при АНО "Независимая Арбитражная Палата" от *** по делу N *** и в зависимости от этого разрешить вопрос о принятии заявления к производству данного суда". Апелляционное определение доступно для скачивания на официальном портале Московского городского суда: <https://www.mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal-civil/details/c7dcea68-48a8-4c27-ab81-277766e182ce?caseNumber=33-28820/15> (дата посещения - 20.03.2018).

В свете вышесказанного важно понимать, что та фикционная концепция места арбитража, при помощи которой развитые страны формируют тенденции глобального понимания международного коммерческого арбитража (**seat (legal place) of arbitration**), в РФ не может работать именно из-за российской специфики <65>. Иными словами, стороны или третейский суд в рамках Закона о МКА могут определить в качестве места арбитража любой город в РФ, но лишь при условии, что это будет либо "третейское разбирательство на территории субъекта РФ", либо "третейское разбирательство, осуществляемое на территории РФ", либо "место нахождения третейского суда". Как говорил Генри Форд: "Вы можете купить у нас автомобиль любого цвета, но лишь при условии, что этот цвет - черный".

<65> Это также доказывают уже упоминавшиеся судебные акты по делу "российско-сингапурского арбитража".

Что делать: российская правоприменительная практика в подобных вопросах обычно отстает от общемировых тенденций весьма серьезно. Однако есть ясность в плане того, куда двигаться далее.

В целом ответ на поставленный ранее вопрос о том, что нужно для того, чтобы место арбитража было вне РФ, таков: максимально тесная связь арбитража с таким местом.

Возникает еще один интересный вопрос: если в каком-нибудь деле каждое из трех упомянутых ранее мест будет вне РФ, но стороны укажут в качестве места арбитража какой-либо город в РФ и сошлется на ст. 20 Закона о МКА, сочтет ли российский государственный суд себя обладающим компетенцией рассматривать, например, вопрос об отмене вынесенного арбитражного решения по такому делу?

Учитывая психологию и подходы российских правоприменителей, ответ очевиден: скорее сочтет, нежели нет. Российские суды любят одностороннее движение в свою пользу.

Кроме того, в свете вышеизложенного встают и иные интересные вопросы с точки зрения права РФ, например следующие.

1. Будет ли считаться какой-то город в РФ местом арбитража ввиду того, что арбитражное решение там последним подписал находящийся в РФ российский член третейского суда, даже если затем он направил его за границу другим членам третейского суда (такое вполне возможно)? А если речь идет не просто о члене третейского суда, а о российском председателе этого суда?

Представляется, что ответ должен быть, конечно же, отрицательным. Однако в ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже содержится, например, следующая формулировка: "Решения, принятые третейским судом на территории Российской Федерации при администрировании иностранными арбитражными учреждениями, которые не признаются постоянно действующими арбитражными учреждениями в соответствии с настоящим Федеральным законом, рассматриваются на территории Российской Федерации как арбитражные решения, принятые третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора".

Что мешает российским правоприменительным органам считать, что решение в такой ситуации принято в РФ, что место арбитража было в РФ ввиду проставления последней подписи на решении членом третейского суда, находившимся в тот момент в РФ, особенно председателем третейского суда? Думается, что ничто и никто, хотя и следует верить в то, что разум в данном случае возобладает.

2. Можно ли считать какой-то город в РФ местом арбитража, если арбитраж администрируется из-за рубежа каким-либо иностранным центром, если слушание имело место за границей (причем и указанный центр, и третейский суд не считают РФ местом арбитража), но в третейский суд входят проживающие в таком городе два российских арбитра, включая председателя третейского суда, которые принимали большинством голосов разные важные решения, в том числе в ходе их переписки с территории РФ в адрес иностранного арбитра за рубежом?

Конечно же, нет. Однако в РФ правоприменительные органы могут решить иначе, хотя следует надеяться, что этого не произойдет.

Наконец, есть еще более значимый вопрос. Как указывалось выше, ст. 20 Закона о МКА по своей сути рассчитана на применимость к арбитражу с местом исключительно внутри РФ, на выбор (определение) места арбитража именно на территории РФ, а не за ее пределами. Однако в свете п. 1 ст. 1 Закона о МКА возникает важный вопрос: если положения, предусмотренные ст. ст. 8, 9, 35 и 36 Закона о МКА, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей, то можно ли для толкования слов "место арбитража находится за границей" применять ст. 20 Закона о МКА? Строго юридически - нельзя, ведь она применима лишь тогда, когда место арбитража в РФ. Однако представляется, что учитывать ее в такой ситуации все же допустимо.

Соответственно, ст. 20 Закона о МКА говорит о месте арбитража в РФ, тогда как в только что указанных четырех статьях под местом арбитража могут пониматься и локации вне РФ.

Тогда сразу может возникнуть множество проблем, порождаемых вопросом о том, как российские правоприменительные органы должны толковать слова "место арбитража за границей": с точки зрения российских подходов или же с точки зрения той фиктивной концепции места арбитража, при помощи которой развитые страны формируют тенденции глобального понимания международного коммерческого арбитража? С одной стороны, возможность для использования данной фиктивной концепции п. 1 ст. 1 Закона о МКА дает, но с другой - российские правоприменительные органы могут решить, что им вряд ли стоит идти на такое использование: это было бы слишком рискованно для тех арбитражных дел, которые имеют место внутри РФ.

Теперь, после выявления сути понятия "место арбитража", перейдем к юридико-техническим моментам, связанным со ст. 20 Закона о МКА.

Как уже отмечалось, между ней и ст. 20 Закона об арбитраже имеются различия, и они далеко не

случайны. В п. 1 первой присутствуют слова "(в том числе путем отсылки к правилам арбитража)", а в ее п. 2 - слова "несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи". И те и другие отсутствуют в ст. 20 Закона об арбитраже. Объяснение таких различий простое: эти слова в ст. 20 Закона о МКА направлены на учет специфики международного коммерческого арбитража, на принятие во внимание нюансов, которые в трансграничной сфере важны. Например, по вопросам международного коммерческого арбитража конкуренция между правилами различных отечественных и иностранных арбитражных центров может быть интенсивнее, нежели в сфере арбитража внутренних споров в РФ <66>. Именно поэтому ссылка на них в п. 1 ст. 20 Закона о МКА имеет практический смысл, тогда как в сфере арбитража внутренних споров эти моменты менее важны.

<66> Особенно сегодня, когда благодаря политике Министерства юстиции РФ и ТПП РФ российское юридическое сообщество оказалось в плане арбитража крайне обделенным.

Равным образом противопоставление места арбитража месту слушаний и месту совершения иных актов третейского суда (слова "несмотря на...") имеет, как уже объяснялось, гораздо больший прагматический смысл в трансграничном контексте, нежели при арбитраже внутренних споров в РФ.

В любом случае даже при том толковании понятия "место арбитража" в ст. 20 Закона о МКА, которое было обосновано выше, определение места арбитража (в указанной трактовке) является крайне важным для сторон спора с многих точек зрения (особенно если определять место арбитража вне РФ безотносительно к этой ст. 20), в том числе с точки зрения:

- качества и проарбитрабельности правового регулирования в таком месте;
- общего удобства и нейтральности такого места;
- уровня всех затрат;
- территориальной и транспортной доступности такого места;
- различных аспектов инфраструктуры в связи с таким местом;
- доступности и качества в нем различных услуг (гостиничных, переводческих, стенографических и т.п.);
- безопасности и т.д.

Также, безусловно, крайне важным является **lex arbitri**, т.е. качество регулирования и правоприменительной практики в выбираемом месте арбитража.

Lex arbitri регулирует, среди прочего, как уже говорилось, следующие вопросы:

- арбитрабельность спора;
- действительность арбитражного соглашения (хотя и не всегда);
- пределы вмешательства государственных судов в арбитраж или оказания ими ему содействия;
- принятие соответствующих обеспечительных мер;
- порядок заявления отводов арбитрам;
- форму и содержание арбитражного решения;
- основания и процедуру отмены арбитражного решения.

Выбор (определение) места арбитража важен еще и с точки зрения процедуры формирования третейского суда <67> или определения для него в случае необходимости административного секретаря.

<67> Далее для простоты будем предполагать, что он состоит из трех членов.

Безусловно, такое место арбитража должно быть удобным (в самом широком смысле, включая вопросы безопасности) для всех арбитров, иначе потенциальные кандидаты могут отказаться принять полномочия.

Далее очевидно, что место арбитража имеет большое значение для оперативности разбирательства: чем оно менее доступно, тем медленнее будет проводиться такое разбирательство.

Еще более важно то, что данный вопрос может серьезно повлиять на размер арбитражных расходов, на их состав и распределение (так, чем дальше в совокупности место арбитража от сторон спора, от арбитров и иных вовлеченных в дело лиц, тем дороже арбитраж).

Кроме того, вопрос о месте арбитража имеет значение и для выбора сторонами своих юридических представителей (или для принятия соответствующими лицами функций представителей), а ведь в третейской сфере от последних зависит очень многое.

Важен этот вопрос и с точки зрения удобства для экспертов или свидетелей в разбирательстве.

Наконец, в разных местах могут быть различные правила определения применимого права, а для международного коммерческого арбитража это принципиальный вопрос (однако его рассмотрение уже выходит за рамки настоящего анализа).

В любом случае возможность для сторон выбрать место арбитража - одно из несомненных достоинств третейской процедуры по сравнению с судопроизводством в государственных судах. Это инструмент, позволяющий обеспечить гибкость и эффективность разбирательства для сторон. Статья 20 Закона о МКА ярко иллюстрирует ту диспозитивность, которая присуща третейской сфере.

Далее указанная статья исходит из того, что в первую очередь разрешить вопрос о месте арбитража следует сторонам - напрямую или же путем отсылки к применимым правилам ПДАУ. Ввиду этого данные правила крайне важны, так что ст. 20 Закона о МКА должна применяться с учетом того, что стороны вправе их выбирать. В любом случае сторонам следует все тщательно обдумать по поводу таких правил, а также правового регулирования, действующего в соответствующем месте, поскольку это регулирование может быть сторонам не до конца известно.

Очевидно, что следует выбирать место арбитража в стране, участвующей в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и вообще относящейся к арбитражу максимально благоприятно.

Это тем более важно, если помнить о том, что в современном мире различные страны и расположенные в них арбитражные центры активно конкурируют между собой за место под "арбитражным солнцем", в том числе за привлечение спорящих сторон, предоставляя последним различные возможности при выборе юрисдикции. В свете этого можно утверждать, что сегодня имеется не так мало (но в то же время не так много, как хотелось бы) удобных мест для арбитража. Каждый арбитражный институт имеет свои плюсы для определенных видов споров; выбор остается за сторонами, которым следует оформлять свою договоренность о месте арбитража в письменном виде, а также самым ясным образом во избежание сомнений и двусмысленностей.

Стороны вправе выбрать место арбитража заранее, еще до возникновения спора. Они могут договориться об этом в начале разбирательства или в его ходе, в том числе отступая от положений в упомянутых применимых правилах. Такая договоренность необязательно должна быть частью арбитражного соглашения сторон, она может быть сформулирована отдельно. Статья 20 Закона о МКА никак сторонам в этом не препятствует (однако определенные ограничения в отношении выбора места арбитража могут иметься, например, в применимых правилах ПДАУ или в каком-нибудь предыдущем соглашении сторон, равно как и в каких-либо иных применимых законах). После формирования третейского суда сторонам следует определять место арбитража наиболее взвешенным образом, учитывая, что выбор какого-либо места может повлечь отказ кого-то из арбитров (или всего третейского суда) от своего статуса или затягивание арбитража.

Статья 20 Закона о МКА не ограничивает стороны в выборе конкретного места арбитража в пределах РФ. Это может быть место нахождения одной из сторон или же какое-то нейтральное место, особенно если оно удобно для сторон. При этом стороны, как представляется, при выборе места арбитража не могут не учитывать близость расположения к нему каждой из них.

В этой связи встает вопрос: можно ли слова "стороны могут по своему усмотрению договориться" в ст. 20 Закона о МКА воспринимать как ничем не ограниченную дискрецию сторон?

Представляется, что никаких лимитов в этом плане данная статья для сторон не устанавливает. Другой вопрос, что какой-то экзотический выбор может оказаться в итоге крайне непрактичным или же что, например, государственный суд РФ может в соответствующих обстоятельствах прийти к выводу, что арбитражное соглашение не может быть исполнено (см. п. 1 ст. 8 Закона о МКА, п. п. 5, 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ). Так, суд может счесть, что стороны осуществили свое право неразумно и с допущением злоупотребления в отношении третейского суда, вне рамок адекватной реализации ими свободы воли, если они согласовали место арбитража, например, на Новой Земле или еще в каких-то экзотических местах в РФ.

Выбор места арбитража по возможности самими сторонами (напрямую или путем отсылки к применимым правилам ПДАУ) является оптимальным и для них, и для третейского суда: он наиболее соответствует природе арбитража, изначально обеспечивает для разбирательства определенность, а также помогает формированию третейского суда и избавляет в соответствующих случаях последний от необходимости разрешать процедурный вопрос о месте арбитража, который действительно может оказаться непростым.

При этом нельзя не отметить, что в ряде случаев третейский суд может не согласиться с договоренностью сторон, если определит, например, что она ввиду какой-то соответствующей важной причины ущемляет права одной из них. Такое право третейского суда, даже если оно в ст. 20 Закона о МКА прямо не упомянуто, вытекает хотя бы из предложения первого п. 1 ст. 16 Закона о МКА: "Третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения" (при этом будем считать для простоты, что договоренность сторон о месте арбитража является частью их арбитражного соглашения).

В то же время третейскому суду следует осуществлять данное право сбалансированно (в том числе с учетом вопроса о размере арбитражных расходов), поскольку несоответствие процедуры арбитража соглашению сторон является основанием для отмены решения третейского суда или отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение (см. п. 4 ч. 3 ст. 233 и п. 5 ч. 3 ст. 239 АПК РФ). Как известно, использование согласованного сторонами места арбитража - очень важная составляющая часть процедуры арбитража.

Как быть, если стороны не договорились о месте арбитража?

В свете ст. 20 Закона о МКА является очевидным, что в этом случае место арбитража определяет сам третейский суд. Российские государственные суды или же президент ТПП РФ как органы для выполнения определенных функций содействия и контроля в отношении международного коммерческого арбитража таким правом обладать не могут (см. ст. ст. 5, 6 Закона о МКА).

Реализуя право на определение места арбитража, третейский суд должен все тщательно взвесить, принять во внимание ряд факторов (многие из них уже были обозначены) и определить такое место "с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон". Упоминание в ст. 20 Закона о МКА о факторе удобства для сторон не следует рассматривать как указание на то, что данный фактор является определяющим. Он лишь один из многих <68>.

<68> Сказанное в данном абзаце и в четырех последующих применимо и к случаю, когда третейский суд решает по веским причинам не принимать во внимание договоренность сторон о месте арбитража.

Отметим, что указанная оговорка ("с учетом...") основана на формулировке из п. 1 ст. 16 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 г. ("с учетом обстоятельств арбитражного разбирательства").

Любопытно, что в одном из авторитетных комментариев к этому Регламенту говорится: "Очевидно, что это было сделано для того, чтобы отвратить арбитров от выбора приятных отпускных курортов, которые не имеют какой бы то ни было связи с арбитражем" <69>. Думается, что и стороны не должны полагать, что место арбитража всегда должно быть на курорте (впрочем, возможно всякое).

<69> Hof J.J. van. Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunal. Kluwer Law International, 1991. P. 109.

Нет сомнений в том, что хотя в свете ст. 20 Закона о МКА третейский суд не обязан запрашивать мнение сторон по поводу места арбитража, очень часто ему такое мнение учитывать следует. Еще важным фактором может оказаться и вопрос о месте администрирования арбитража. Кстати, для ПДАУ, что очевидно, предпочтительнее было бы то место арбитража, которое для такого учреждения наиболее комфортно.

В любом случае третейский суд, реализуя в отсутствие договоренности сторон свое право определить место арбитража, также должен помнить о ст. 18 Закона о МКА <70>.

<70> "К сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции".

Важно понимать, что в свете конкретных обстоятельств дела определение третейским судом в качестве места арбитража в РФ того места, в котором находится только одна из сторон, само по себе еще не может означать нарушение принципов состязательности и равного отношения к сторонам: в свете таких обстоятельств подобное определение может быть и разумным, и справедливым.

Если же и третейский суд не определит место арбитража, делать это **post factum** придется, например, соответствующему государственному суду в РФ, когда в него попадет запрос об отмене арбитражного решения или о приведении его в исполнение (о возражениях против его признания).

Кроме того, в свете ст. 20 Закона о МКА необходимо еще раз специально указать на необходимость различать место арбитража и место администрирования арбитража. Каждой стороне арбитража об этой проблеме следует помнить и пытаться находить подходы к ней заранее, в том числе посредством обсуждения с другой стороной. В свете данной проблемы встает вопрос о допустимости предварительного определения места арбитража учреждением, администрирующим арбитраж, но он уже выходит за рамки настоящего анализа.

Из п. 2 ст. 20 Закона о МКА ясно следует, что определение сторонами или самим третейским судом места арбитража не препятствует тому, чтобы третейский суд собирался в любом ином месте, которое он посчитает надлежащим для проведения совещания между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо для осмотра товаров, другого имущества или документов, если стороны не договорились об ином.

Можно отметить, что слова "для осмотра товаров, другого имущества или документов" в современном мире уже в чем-то устарели (все же они появились 33 года назад, когда ситуация была иной). Во-первых, благодаря современным технологиям подобный осмотр можно зачастую осуществлять дистанционно. В то же время это не означает отрицания необходимости того, что третейскому суду действительно может потребоваться осуществить тот или иной осмотр в соответствующем месте. Во-вторых, в современном мире в арбитраже все чаще возникают вопросы, связанные не с товарами или другим физически где-то расположенным имуществом, а с неосязаемыми объектами, включая различного рода информацию.

Возникает еще один вопрос: что следует понимать под "местом арбитража" - какое-то государство как таковое или же какое-то конкретное место в государстве, например город? Предпочтительным выглядит второй вариант, хотя бы в свете того, что существуют государства (в том числе федеративные), в которых имеется различное регулирование в их составных частях. Ввиду этого **большая** точность не

помешает.

Вместе с тем ненужной крайностью следует считать то, что под "местом арбитража" якобы надлежит понимать только какой-то конкретный адрес в конкретном месте конкретной страны. Разумеется, это не так: подобный адрес может определяться в зависимости от обстоятельств и с учетом фактора удобства или величины расходов сторонами спора либо в отсутствие договоренности сторон третейским судом в последний момент (например, для проведения слушания может арендоваться помещение в какой-то конкретной гостинице). Однако это никак не мешает тому, чтобы стороны или третейский суд определили в качестве места арбитража какую-либо более общую территорию (город или государство) с самого начала.

В свете того, что место слушания дела третейским судом и место арбитража - разные вещи, сторонам следует подумать, о чем им необходимо договариваться в их арбитражных оговорках и соглашениях - только ли о месте слушания, или же только о месте арбитража, или же о том и другом?

Нельзя особо не отметить и то, что ст. 20 Закона о МКА необходимо применять с учетом ст. 4 того же Закона <71>, о чем каждой стороне следует помнить всегда.

<71> "Если сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступить, или какое-либо требование, предусмотренное арбитражным соглашением, не были соблюдены, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения без неоправданной задержки, а если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока, она считается отказавшейся от своего права на возражение".

Еще раз напомним, что в свете ст. 20 Закона о МКА вопрос о возможности выбора сторонами применимых правил ПДАУ (соответствующего иностранного арбитражного учреждения) является очень важным. Между тем все такие правила имеют собственную специфику и часто серьезно друг от друга отличаются, что сторонам следует понимать и учитывать.

Например, п. 1 § 21 Правил арбитража МКАС при ТПП РФ предусматривает, что "местом арбитража является Российская Федерация, город Москва". Столь жесткий подход, свойственный МКАС при ТПП РФ, многими подвергается серьезной критике. В его защиту нельзя не сказать, что МКАС при ТПП РФ предоставляет свои помещения в Москве для арбитража бесплатно, что для многих сторон важно, ведь это серьезная экономия на расходах, не говоря уже о прочих связанных с этим удобствах (правда, эти помещения не самые просторные для сложных дел, в которые вовлечены многие лица). В любом случае согласно указанным Правилам место арбитража также необязательно совпадает с местом слушания.

С практической точки зрения важен еще один вопрос: могут ли стороны или третейский суд изменять место арбитража после того, как оно уже было первоначально определено (например, для того чтобы обеспечить содействие со стороны государственных судов в получении доказательств или ввиду изменения политической обстановки в первоначально определенном месте арбитража)? Это очень сложный вопрос, а ответ на него будет еще сложнее; к тому же дать его возможно не **a priori**, а лишь **a posteriori**, после анализа всех обстоятельств конкретного дела.

Сторонам важно помнить следующее: даже если нельзя изменить неблагоприятное место арбитража, им или арбитрам можно попытаться изменить арбитраж, вернее, его процедуру для нейтрализации негативных моментов, связанных с таким местом.

Наконец, в контексте понятия "место арбитража" нельзя не сказать коротко и о важной доктрине "делокализации" арбитража, концепции "делокализованного" арбитража, значение которой в будущем может возрасти.

В этом отношении верной представляется точка зрения Дж. Кордеро Мосс: "В последние десятилетия приобретает все больший вес взгляд на связь международного коммерческого арбитража с национальным правом страны места его проведения. Речь идет о доктрине делокализации арбитража.

Один из главных сторонников такого взгляда, швейцарский профессор П. Лялив, сформулировал основной тезис этой теории в предварительном арбитражном решении по спору между индийской цементной компанией и пакистанским банком: "Верно, что Правила ICC или Правила какого-либо другого международного института не могут рассматриваться как своего рода "наднациональный" закон, стоящий как таковой над законами Пакистана или Индии. Справедливо и то, что их юридическая сила и обязательный характер в данном деле основаны на воле сторон. Необходимо также признать, что согласно широко распространенному представлению воля сторон не является сама по себе правовой системой и ее обязательный характер вытекает из определенных правовых систем, национальных или международных. Однако ответчик не понимает или не принимает во внимание... что теперь общепризнано существование международного обычая, выражение чего можно найти в международных договорах, подписанных большинством цивилизованных государств, включая Пакистан и Индию. Согласно этому обычаю международный коммерческий арбитраж может быть полностью "отсоединен" или отделен от "национальных" законодательств сторон: он подчиняется только правилам арбитража, выбранным сторонами или оговоренным сторонами в их соглашении (как, например, Правила ICC в данном деле)" <17> [сноска 17: Предварительное арбитражное решение от 14 января 1970 г. по делу N 1512. См.: Jarvin S., Derains Y. Collection of ICC Arbitral Awards 1974 - 1985. Paris; New York, 1989. P. 37, 39].

Эта теория в конечном счете связана с концепцией международного коммерческого арбитража, которая рассматривает его всего лишь как договорный феномен, откуда и делается вывод, что он не зависит как от признания, так и от ограничений со стороны **lex loci arbitri**. В обоснование этой теории ссылаются также на необходимость устранения мешающего воздействия на международный арбитраж со стороны национальных правовых систем, конкретные нормы которых в разных странах могут значительно отличаться друг от друга.

Сторонники этой теории обращают внимание также на то действительно часто встречающееся в жизни обстоятельство, что место арбитража выбирается сторонами исходя из соображений географического удобства, а не в связи с существом спора. Было бы необоснованно придавать особое значение правовой системе страны, которая могла бы быть выбранной не столько по желанию сторон, сколько из практических соображений. Они утверждают, наконец, что в отличие от институционных арбитражей, действующих при национальных торговых ассоциациях и зачастую связанных с законодательством страны местонахождения, многие международные арбитражи **ad hoc** и арбитражи, организованные под эгидой Международной торговой палаты, "являются универсалистами в своих устремлениях, а на практике характеризуются своей открытостью"; "...подобно Правилам UNCITRAL, Правила ICC были рассчитаны на международное судопроизводство, характеризуемое универсальностью и приспособляемостью. Соответственно, **situs** выбирается из соображений географической приемлемости в контексте конкретного дела" <18> [сноска 18: Цит. по: Paulsson I. Delocalization of International Commercial Arbitration. When and Why it Matters // International and Comparative Law Quarterly. 1983. Vol. 32. P. 56, 55].

<...>

Можно прогнозировать, что в обозримом будущем произойдет дальнейшее усиление влияния этой теории, хотя по изложенным выше соображениям она вряд ли станет безраздельно господствующей, пока многосторонние международные конвенции и национальное законодательство ряда стран будут связывать исполнение арбитражных решений с соблюдением норм, устанавливаемых страной, где осуществлялось производство.

<...>

С другой стороны, можно предвидеть, что "отделение" международного коммерческого арбитража от национальной правовой системы страны, на территории которой он заседает, создаст немало проблем при решении более конкретных аспектов автономии воли, таких, например, как пределы и условия ее осуществления" <72>.

<72> Кордеро Мосс Дж. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Под ред. А.А. Рубанова; РАН; Ин-т государства и права; "Норск Гидро". М., 1996. С. 15 - 16, 27. Этот источник

не вполне нов, но он более доступен и удобен для русскоязычного читателя, к тому же отмеченные в нем тенденции в целом имеют место и сегодня. См. также: Poudret J.-F., Besson S. Op. cit. P. 91 - 100. Нельзя не отметить, что последние 20 лет ситуация с концепцией "делокализованного арбитража" выглядела весьма противоречиво. Все же эта концепция скорее развивалась, нежели стагнировала.

В заключение следует отметить, что общедоступные сколько-нибудь значимые акты российских государственных судов, в которых анализировалась бы именно ст. 20 Закона о МКА, на момент написания учебника отсутствуют <73>.

<73> Если судить по СПС "КонсультантПлюс" и СПС "Гарант". См. также акты по делу "российско-сингапурского арбитража". Кроме того, имеется некоторая практика применения российскими государственными судами ст. 20 Закона о третейских судах.

Что же касается общедоступной и значимой практики МКАС или МАК при ТПП РФ, то на момент написания данного текста ее также не имеется <74>. Единственное исключение - приводимая далее выдержка из решения МКАС при ТПП РФ от 30 апреля 2012 г. по делу N 33/2011: "Место арбитража. В соответствии с § 22 Регламента МКАС при ТПП РФ местом арбитража является г. Москва, Российская Федерация; стороны могут согласовать проведение слушаний в ином месте.

<74> В том числе в известных десяти сборниках практики МКАС при ТПП РФ, составленных М.Г. Розенбергом и охватывающих период с 1995 по 2008 г. См.: <http://arbitrationreview.ru/praktika-mkas-i-mak> (дата посещения - 20.03.2018).

В Процессуальном постановлении N 1 МКАС при ТПП РФ предложил сторонам в срок до 10 января 2012 г. сообщить свое мнение относительно возможности проведения разбирательства по делу в г. Вильнюсе, Литовская Республика, ввиду того, что Ответчик, его представитель и единоличный арбитр находились в г. Вильнюсе.

27 декабря 2011 г. в МКАС при ТПП РФ поступило ходатайство Истца, в котором он высказал возражения против проведения слушаний по делу в г. Вильнюсе, Литовская Республика, и заявил о необходимости проведения разбирательства по месту нахождения МКАС при ТПП РФ - в г. Москве.

10 января 2012 г. в МКАС при ТПП РФ поступил отзыв Ответчика на ходатайство Истца от 27 декабря 2011 г., в котором Ответчик просил МКАС при ТПП РФ провести слушания по делу в г. Вильнюсе без изменения места арбитража (г. Москва).

Принимая во внимание заявленные позиции сторон, МКАС при ТПП РФ в Процессуальном постановлении N 2 известил стороны о том, что слушание по делу состоится в г. Москве, Российская Федерация, в помещениях МКАС при ТПП РФ 12 марта 2012 г." <75>. Как видно, арбитр не пошел на то, чтобы отделить место слушания от места арбитража.

<75> Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016: к 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов "Международный коммерческий арбитраж" и "Вестник международного коммерческого арбитража") / Науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов; предисл. А.С. Комарова; ред. П.Д. Савкин; МКАС при ТПП РФ; ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ; Каф. междунар. частн. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД РФ. М., 2017. С. 828.

Автору еще вспоминается случай, когда в одном из дел МКАС при ТПП РФ, в котором он принимал участие в качестве арбитра, арбитражная оговорка о компетенции МКАС предусматривала слушание в Иркутске. Истец сначала настаивал на слушании именно там, и арбитры к этому были готовы. Однако когда истцу предложили внести аванс на оплату авиабилетов для арбитров и докладчика, их проживания в Иркутске, транспортных и текущих расходов, он немедленно предложил проводить слушание в помещении МКАС при ТПП РФ в Москве.

Почему же в практике российских государственных судов, а также МКАС или МАК при ТПП РФ вопрос о месте арбитража не возникает? Ответ очевиден: в РФ место арбитража отождествляется с местом нахождения арбитражного учреждения, администрирующего спор. Эта ситуация, конечно, удовлетворительной не является, так как не дает МКАС и МАК становиться подлинно международными арбитражными центрами.

Что же касается практики государственных и третейских судов в других странах в отношении вопросов места арбитража, то с ней можно ознакомиться, в частности, при помощи системы CLOUT <76> или такого издания, как "Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже" <77>.

<76> www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law.html (дата посещения - 20.03.2018).

<77> UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration / United Nations Commission on International Trade Law. New York, 2012. P. 102 - 104 (www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf; дата посещения - 20.03.2018).

Важно понимать, что отмеченные непростые вопросы по поводу места арбитража возникают в сложных делах в рамках подлинно международного коммерческого арбитража не так уж редко <78>.

<78> К сожалению, в РФ такие дела появляются очень не часто, в том числе в рамках арбитража, администрируемого МКАС при ТПП РФ. В итоге можно в целом утверждать: "Как Вы место арбитража определите, так арбитраж (как и его решение) и поплывет" (в хорошем смысле). Без ущерба, разумеется, для вопроса о выборе арбитражного учреждения, администрирующего арбитраж, равно как и для вопроса о выборе компетентных арбитров.

12.5. Язык арбитража

Практическую важность вопроса о языке в международном коммерческом арбитраже сложно переоценить <79>. Изначально этот вопрос встает еще на стадии формулирования арбитражной оговорки в договоре или же отдельного арбитражного соглашения: указывать ли в ней (в нем) язык разбирательства, и если да, то какой? Ответ должен быть следующим: желательно указать (при этом отсутствие такого указания не приведет к недействительности оговорки (соглашения)), а какой язык выбрать - зависит от многих факторов. В Руководящих принципах МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок сказано: "Сторонам следует указать язык арбитража. В арбитражных оговорках в договорах между сторонами, чьи языки отличаются или чей общий язык отличается от языка места арбитража, обычно следует указывать язык арбитража. При этом выборе сторонам следует учитывать не только язык контракта или относящихся к нему документов..." (руководящий принцип 7 и комментарии к нему) <80>. Любопытно, что имеется самостоятельный вопрос о языке арбитражного соглашения, который может отличаться от языка договора, в связи с которым это соглашение заключается.

<79> "Хотя иногда его пропускают, этот момент жизненной важности, который может иметь глубокое практическое воздействие на выбор арбитров (и представителей) и на характер арбитражного разбирательства". Цит. по: Born G. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. Vol. 1. P. 178 (здесь и далее перевод с английского языка наш. Если не оговорено иное, во всех упоминаемых иностранных источниках используется английский язык. - **Прим. авт. параграфа**).

<80> Руководящие принципы МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок 2010 г. ...

В типовых арбитражных оговорках известных арбитражных центров о языке упоминается практически всегда: это разумно и удобно для сторон. Освещается этот вопрос и на международном уровне (см., например, разд. 2 Комментариев ЮНСИТРАЛ), также можно привести ряд серьезных доктринальных исследований международного коммерческого арбитража, где этому вопросу уделено

внимание <81>.

<81> См., например: Rhoades R.V., Kolkey D., Chernick R. Op. cit. P. 37 - 38; Poudret J.-F., Besson S. Op. cit. P. 499 - 500; International Arbitration... P. 830; Hober K. Op. cit. P. 157, 223, 245; Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland... P. 93, 98, 138, 342, 371, 385, 486, 487.

Арбитраж и его администрирование - один из примеров межличностного и межгруппового общения, состоящего в том числе в обмене информацией (коммуникация), обмене действиями (интеракция), в восприятии и понимании другой стороны (перцепция). Все они возможны исключительно при помощи языка как сложной знаковой системы. Каждой из сторон арбитража необходимо в равной степени понимать такую систему и оперировать ею. Это особенно важно в контексте права, язык которого серьезно отличается от бытового языка, гораздо сложнее его. Данная сложность еще более усиливается, если вспомнить о проблемах, порождаемых коллизиями законов (у каждого из них может быть свой язык), нередко возникающими в международном коммерческом арбитраже, равно как и о связанных с этим многочисленных проблемах перевода <82>. Непринятие во внимание указанных моментов может повлечь существенное несоблюдение прав сторон(-ы) спора, лишение их (ее) возможности участвовать в упомянутых видах общения, т.е. может привести к нарушению ст. 18 Закона о МКА. В итоге не может быть сомнений в том, что использование в международном коммерческом арбитраже надлежащего языка - один из важнейших инструментов обеспечения соблюдения принципов равного отношения к сторонам и состязательности, имманентно присущих третейской сфере <83>.

<82> Простой пример: комментарий к руководящему принципу 7 Руководящих принципов МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок 2010 г. дается в следующем переводе: "В договорах с арбитражными оговорками, стороны которых говорят на разных языках или на языке, отличном от языка места арбитража, следует указывать язык арбитражного разбирательства". Английский оригинал: "Arbitration clauses in contracts between parties whose languages differ, or whose shared language differs from that of the place of arbitration, should ordinarily specify the language of arbitration". Ошибки в переводе очевидны. Исходя из английского текста должно быть: "В арбитражных оговорках в договорах... следует указывать", а не: "В договорах с арбитражными оговорками... следует указывать"; не дан перевод слова "ordinarily"; не дан перевод слова "shared"; слово "arbitration" переведено сначала одним образом, а потом - другим. И это лишь один из многочисленных примеров. Как видно, даже серьезные организации и известные юристы не всегда могут корректно перевести важный, но несложный юридический текст.

<83> Это подчеркивается и в практике государственных судов в РФ. Приводимый далее отрывок касается арбитража внутренних споров, однако его можно использовать по аналогии и для международного коммерческого арбитража: "Таким образом, Закон о третейских судах и Регламент Арбитража при Московской торгово-промышленной палате предусматривают, что сторона, представляющая документы и иные материалы на другом языке, обеспечивает их перевод. Третейский суд может потребовать от сторон перевода документов и иных материалов на язык третейского разбирательства.

Нарушение установленных Законом о третейских судах процессуальных гарантий защиты прав лиц, не владеющих языком, на котором представлены спорные документы, безусловно, недопустимо.

Как установил суд первой инстанции, указанное требование о предоставлении доказательств (договора с Aedas CE Sp. z.o.o и документа "Masterplan Concept") в переводе на русский язык для рассмотрения спора ООО "АЛУР" нарушено.

Ходатайство ЗАО "Капитал-НН" об отложении судебного заседания с целью перевода представленных ООО "АЛУР" документов, подтверждающих, по мнению истца, выполнение подрядных работ, отклонено Третейским судом (протокол заседания Третейского суда, страницы 5, 6 и 9).

В соответствии со статьей 18 Закона о третейских судах третейское разбирательство осуществляется на основе принципов законности, конфиденциальности, независимости и беспристрастности третейских судей, диспозитивности, состязательности и равноправия сторон.

Основное предназначение пунктов 2 и 3 статьи 23 Закона о третейских судах заключается в обеспечении возможности ознакомления с письменными документами и материалами как самим сторонам, так и третейским судьям.

При этом Закон, вопреки позиции заявителя кассационной жалобы, не разделяет документы и материалы по спору на существенные и несущественные и, соответственно, не дифференцирует доказательства по указанному признаку на подлежащие переводу на язык третейского разбирательства и не подлежащие.

Лишение заинтересованного лица права на должное ознакомление с материалами дела вследствие необеспечения перевода последних на язык третейского разбирательства фактически приводит к несоблюдению при ведении третейского разбирательства принципов равноправия и состязательности.

Состязательность в третейском разбирательстве означает, что каждая сторона обладает равными возможностями при рассмотрении дела и ни одна из сторон не должна пользоваться преимуществами по сравнению с другой стороной. Иллюстрацией принципа состязательности в третейском производстве может служить статья 26 Закона, устанавливающая, что каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые ссылается как на обоснование своих требований и возражений.

Равноправие сторон в третейском разбирательстве выражается в равных возможностях и гарантированных правах на защиту своих интересов. В концентрированном виде принцип равноправия изложен в пункте 1 статьи 27 Закона, провозглашающем, что каждой стороне должны быть предоставлены равные возможности для изложения своей позиции и защиты своих прав и интересов.

Таким образом, представление ООО "АЛУР" в Третейский суд доказательств не на языке третейского разбирательства и без перевода нарушает принципы третейского разбирательства, закрепленные в статье 18 Закона о третейских судах, в том числе принципы равноправия и состязательности сторон и правила, предусмотренные пунктом 1 статьи 19 Закона о третейских судах, что в соответствии с пунктом 4 части 2 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации является достаточным основанием для отказа в выдаче исполнительного листа". Цит. по: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 22.12.2009 по делу N А43-29903/2008-15-845 // СПС "КонсультантПлюс".

Соответственно, следующее основание для отмены арбитражного решения, вынесенного в РФ, или отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное его исполнение либо для отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения: "сторона... по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения" (см. пп. 1 п. 2 ст. 34 и пп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА) - следует, безусловно, понимать так же, как подразумевающее невозможность для этой стороны представить свои объяснения на надлежащем языке арбитража. Это же верно и в отношении п. 1 (b) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. <84>. При этом Нью-Йоркская конвенция упоминает о языке только в п. 2 ст. IV применительно к переводу арбитражного решения или соглашения на официальный язык той страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого решения. Вообще говоря, вопрос о языке в известных конвенциях по международному коммерческому арбитражу специально не регулируется, поскольку он охватывается их общими формулировками.

<84> "В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

<...>

b) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения..."

Ввиду этого несоблюдение в ходе международного коммерческого арбитража соответствующих требований по поводу языка - часто прямой путь к отмене арбитражного решения или отказу в его

признании или исполнении.

Для международного коммерческого арбитража вопрос о языке является гораздо более значимым, нежели для арбитража внутренних споров в РФ, где может превалировать русский язык. Стороны спора <85> в рамках международного коммерческого арбитража могут использовать в качестве родных совершенно разные языки, ввиду чего вопрос об определении надлежащего языка в таком споре, учитывая сложность юридических и технических вопросов, возникающих в транснациональной сфере, многочисленные проблемы перевода, а также необходимость эффективного проведения арбитражного разбирательства, может оказываться не менее значимым, чем вопрос о выборе компетентного права (а изредка даже более значимым).

<85> Далее под ними для простоты будем понимать также и их полномочных представителей.

Вопрос о языке в международном коммерческом арбитраже важен еще и с точки зрения процедуры формирования третейского суда или для определения в случае необходимости административного секретаря для такого суда (на него должны распространяться те же требования в отношении языка, что и на арбитров). Безусловно, все арбитры должны владеть языком арбитража, иначе полноценные и надлежащие коммуникация, интеракция и перцепция в ходе разбирательства не будут обеспечены <86>, что может не только считаться нарушением принципов равного отношения к сторонам и состязательности (не говоря уже о требовании справедливости; соблюдение данных принципов подобный третейский суд обеспечить был бы не в состоянии), но и в целом лишает арбитраж смысла. В итоге знание языка арбитража следует считать одним из элементов требования к беспристрастности арбитра <87> (причем требования не просто морального, но и юридического свойства). Впрочем, стороны спора могут согласиться с тем, что арбитр (или все арбитры) не обязан владеть языком арбитража и может использовать переводчика: это право и риски сторон. В отсутствие такой договоренности сторон арбитр, не владеющий языком арбитража, должен взять самоотвод или быть отведен по просьбе соответствующей стороны: незнание языка арбитража в свете ст. 12 Закона о МКА, регламентирующей основания для отвода арбитров, следует, как уже указывалось, приравнивать к наличию обоснованных сомнений относительно беспристрастности арбитра. Кроме того, ввиду незнания арбитром языка арбитража можно утверждать, что он "оказывается фактически неспособным участвовать в рассмотрении спора", что должно влечь прекращение его полномочий на основании ст. 14 Закона о МКА.

<86> "Тонкости и полутона будут потеряны в таком переводе, который, несмотря на точность, может поэтому не давать точной картины". Цит. по: Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Op. cit. P. 235.

<87> Кстати, продолжающиеся частично применяться Правила этики для международных арбитров МАЮ 1987 г. (IBA Rules of Ethics for International Arbitrators) предусматривают в п. 2.2: "Предполагаемый арбитр принимает назначение, только если он полностью убежден в том, что он компетентен разрешать вопросы в споре, а также обладает адекватным знанием языка арбитража".

Очевидно и то, что вопрос о языке имеет большое значение и для выбора стороной своих юридических представителей (или для принятия соответствующими лицами функций представителей). Он также не может не повлиять на опрос (перекрестный допрос) свидетелей и экспертов и т.д.

Бесспорно, выбор языка в международном коммерческом арбитраже имеет большое значение для оперативности разбирательства: чем сложнее язык и чем менее он распространен, тем медленнее будет разбирательство.

Кроме того, данный вопрос может серьезно повлиять на размер расходов, связанных с разрешением спора в арбитраже, на их состав и распределение (чем менее язык является общим в совокупности для сторон спора, для арбитров и иных вовлеченных в дело лиц, тем дороже арбитраж).

Выбор языка может даже повлиять на подходы к решению тех или иных юридических вопросов в ходе разбирательства: общеизвестно, что в серьезных международных спорах (особенно инвестиционных) то или иное смысловое наполнение тех или иных терминов оказывается крайне важным

и может предопределять исход спора, а такое смысловое наполнение терминов в разных языках может быть различным.

Наконец, если арбитражное решение вынесено не на русском языке, то при рассмотрении в государственном суде РФ вопросов отмены такого решения или выдачи исполнительного листа на его принудительное исполнение (при рассмотрении вопросов признания или приведения в исполнение иностранного арбитражного решения) соответствующей стороне будет необходимо обеспечить перевод этого решения на русский язык (а также, скорее всего, и иных материалов дела), что означает дополнительные затраты времени, сил и денег.

В любом случае возможность для сторон выбрать язык арбитража - одно из несомненных достоинств третейской процедуры по сравнению с судопроизводством в государственных судах; инструмент, позволяющий обеспечить гибкость и эффективность разбирательства для сторон, особенно в транснациональном контексте. На дела в международном коммерческом арбитраже, в отличие от дел в государственных судах РФ, требования Федерального закона от 1 июня 2005 г. N 53-ФЗ "О государственном языке Российской Федерации" не распространяются. Этот момент ярко иллюстрирует ту диспозитивность, которая присуща третейской сфере.

По всем указанным причинам вопрос о языке или языках, которые будут использоваться в ходе разбирательства, является для международного коммерческого арбитража очень важным. Как известно, одна из юридических максим гласит: **"Saepenumero ubi proprietates verborum attenditur, sensus veritatis amittitur"** ("Когда обращается внимание на правильность языка, очень часто теряется истинный смысл"). Применительно к третейской сфере она несколько видоизменяется: "Когда не обращается внимание на правильность выбора языка, очень часто теряется истинный смысл арбитража".

В Законе о МКА вопросу о языке посвящена ст. 22, которая так и именуется - "Язык": "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитражного разбирательства. В отсутствие такой договоренности третейский суд определяет язык или языки, которые должны использоваться при разбирательстве. Такого рода договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению третейского суда.

2. Третейский суд может распорядиться о том, чтобы любые письменные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом" <88>.

<88> Данная статья порождает немало вопросов теоретического и практического характера. Далее с прагматической точки зрения рассматриваются самые значимые из них.

Эта статья основана, как известно, на ст. 22 Типового закона ЮНСИТРАЛ <89>. В ходе реформы Закона о МКА в 2015 г. (см. Закон N 409-ФЗ) в данную статью по сравнению с предыдущей редакцией Закона о МКА было внесено только одно редакционное изменение: в ее п. 2 слово "письменные" заменен словом "документальное", которое фигурировало в этом пункте с 1993 г. Это вполне разумная замена.

<89> "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в арбитражном разбирательстве. В отсутствие такой договоренности арбитражный суд определяет язык или языки, которые должны использоваться при разбирательстве. Такая договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению арбитражного суда.

2. Арбитражный суд может распорядиться о том, чтобы любые документальные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены арбитражным судом".

Указанная статья также стала источником для ст. 24 "Язык третейского разбирательства" Закона об арбитраже <90>. Вместе с тем между этими статьями, несмотря на то что они текстуально во многом совпадают, имеются важные смысловые различия. Так, согласно ст. 24 Закона об арбитраже в отсутствие договоренности сторон об ином русский язык подлежит использованию именно что по умолчанию. Это и есть основное и явное отличие данной статьи от ст. 22 Закона о МКА. Второе же отличие является "скрытым". Представляется, что, поскольку ст. 24 Закона об арбитраже касается арбитража внутренних споров, ее слова "о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитража", можно понимать как указывающие скорее на языки народов РФ <91>, а не на языки, используемые вне РФ (тогда как под аналогичными словами в ст. 22 Закона о МКА следует понимать в первую очередь иностранные языки). Впрочем, на основании ст. 24 Закона об арбитраже могут использоваться и иностранные языки (например, в случае спора между двумя российскими филиалами иностранных юридических лиц, который подпадает под режим арбитража внутренних споров). Необходимо также понимать, что для арбитража внутренних споров в РФ, где превалировать всегда будет русский язык, на практике вопрос о языке является менее значимым, чем для международного коммерческого арбитража, где стороны спора могут изначально использовать в качестве родных совершенно разные языки. Более того, в арбитраже внутренних споров в РФ выбирать какой-то язык, помимо русского, часто может оказаться непрактичным (ввиду этого ст. 24 Закона об арбитраже может даже считаться за частую искусственной для арбитража внутренних споров, механически перенесенной из Закона о МКА). Тем не менее в зависимости от конкретной ситуации все может быть не так просто, как кажется на первый взгляд.

<90> "1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитража. При отсутствии такой договоренности арбитраж ведется на русском языке. Такого рода договоренность, если в ней не оговорено иное, относится к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому решению, постановлению или иному сообщению третейского суда.

2. Третейский суд может распорядиться о том, чтобы любые письменные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом".

<91> См.: Закон РФ от 25.10.1991 N 1807-1 "О языках народов Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

В свете сказанного важно понимать, что в ст. 22 Закона о МКА под "языком" и "языками" могут пониматься как языки народов РФ, так и языки, используемые вне РФ (хотя преимущественно под ними следует понимать вторые). Разумеется, как указывалось, данная статья (как и весь Закон о МКА) применима именно в случае, если место арбитража находится на территории РФ (см. п. 1 ст. 1 Закона о МКА). При этом она распространяется как на международные коммерческие арбитражи, администрируемые ПДАУ в РФ, так и на международные коммерческие арбитражи **ad hoc** на территории РФ. Данная статья подлежит использованию и в том случае, если в ходе арбитража слушания с присутствием сторон проводиться не будут (такое, напомним, в определенных случаях вполне возможно).

Вместе с тем, поскольку ст. 36 Закона о МКА непосредственно связана, как уже указывалось, с вопросом о языке арбитража, ст. 22 Закона о МКА может учитываться также и в ходе применения ст. 36 при признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

Статья 22 Закона о МКА исходит из того, что в первую очередь разрешить вопрос о языке следует сторонам - напрямую или путем отсылки к применимым правилам ПДАУ (соответствующего иностранного арбитражного учреждения). Ввиду этого указанные правила крайне важны, так что данная статья должна применяться с учетом того, что стороны вправе выбирать такие правила (см. об этих правилах далее). Сторонам следует оформлять свою договоренность о языке так же, как о месте арбитража, - в письменном виде, причем ясным образом во избежание сомнений и двусмысленностей. Комментарий к руководящему принципу 7 в Руководящих принципах МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок предупреждает: "Оставление этого решения арбитрам может вызвать ненужные расходы и задержки" <92>.

<92> Руководящие принципы МАЮ по составлению международных арбитражных оговорок 2010 г. ...

Стороны вправе выбрать язык арбитража заранее, еще до возникновения спора. Они могут договориться об этом в начале разбирательства или в его ходе, в том числе отступая от положений в упомянутых применимых правилах, когда такое допустимо. Вместе с тем эта договоренность необязательно должна быть частью арбитражного соглашения сторон, она может быть сформулирована отдельно. Статья 22 Закона о МКА никак сторонам в этом не препятствует (однако какие-то ограничения в отношении момента выбора языка могут иметься, например, в применимых правилах ПДАУ или в каком-то предыдущем соглашении сторон). Однако после формирования третейского суда сторонам следует определять язык арбитража наиболее взвешенным образом, учитывая, что выбор какого-либо языка может повлечь прекращение мандата кого-либо из арбитров (или всего состава третейского суда), равно как и затягивание арбитража.

Статья 22 Закона о МКА также не ограничивает стороны в выборе конкретного языка арбитража. Это может быть язык договора сторон или же преимущественный язык их переписки (иной практики, которую стороны установили в своих взаимных отношениях), либо же язык одной из сторон, или же язык третьей нейтральной страны, особенно если он удобен для сторон (включая какой-либо **lingua franca**). При этом стороны, как представляется, при выборе языка арбитража не могут не учитывать степень владения соответствующим языком каждой из них.

В этой связи возникает вопрос: можно ли слова "стороны могут по своему усмотрению договориться" в ст. 22 Закона о МКА воспринимать как ничем не ограниченную дискрецию сторон? Например, могут ли они выбрать язык, который никак не связан с их отношениями? Или мертвый либо искусственный язык? Представляется, что никаких ограничений в этом плане данная статья для сторон не устанавливает. Другой вопрос, что подобный экзотический выбор может оказаться крайне непрактичным, а государственный суд РФ может в соответствующих обстоятельствах прийти к выводу, что арбитражное соглашение не может быть исполнено (см., например, п. 1 ст. 8 Закона о МКА, п. п. 5, 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ).

Определение языка арбитража по возможности самими сторонами (напрямую или путем отсылки к применимым правилам ПДАУ) является, безусловно, самым оптимальным и для них, и для третейского суда: оно наиболее соответствует природе арбитража, изначально обеспечивает для разбирательства определенность, помогает формированию третейского суда и избавляет в соответствующих случаях последний от необходимости разрешать процедурный вопрос о языке арбитража, который действительно может оказаться непростым.

При этом нельзя не отметить, что при определенных обстоятельствах третейский суд вправе не согласиться с договоренностью сторон о языке, если определит, например, что она ввиду соответствующей важной причины ущемляет права одной из них. Данное полномочие третейского суда, даже если оно в ст. 22 Закона о МКА прямо не упомянуто, вытекает хотя бы из уже упоминавшегося п. 1 ст. 16 Закона о МКА (при этом для простоты будем считать, что договоренность сторон о языке арбитража является частью их арбитражного соглашения).

В то же время третейскому суду следует осуществлять такое право сбалансированно, а также обосновать свою позицию, поскольку несоответствие процедуры арбитража соглашению сторон является основанием для отмены арбитражного решения, вынесенного в РФ, или отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение, либо отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (см. пп. 2 п. 2 ст. 34 и пп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА. Как известно, использование согласованного сторонами языка арбитража - очень важная составляющая часть процедуры арбитража).

Как быть, если стороны не договорились о языке арбитража или если третейский суд решил по веским причинам не принимать во внимание их договоренность?

В свете ст. 22 Закона о МКА очевидно, что тогда язык или языки, которые должны использоваться при разбирательстве, определяет только третейский суд. Российские государственные суды или же

президент ТПП РФ как органы для выполнения определенных функций содействия и контроля в отношении международного коммерческого арбитража таким правом обладать не могут (см. ст. 5, 6 Закона о МКА).

Реализуя право на определение языка арбитража, третейский суд должен принимать во внимание прежде всего язык договора сторон или же преимущественный язык их переписки (иной практики, которую стороны установили в своих взаимных отношениях), а также язык арбитражного соглашения, как и оправданные ожидания сторон. При этом третейский суд не обязан выбирать в качестве языка арбитража тот язык, который превалирует в месте арбитража.

Третейскому суду также следует учитывать степень владения соответствующим языком каждой из сторон, равно как и необходимость владения им членами самого суда, а также потребность обеспечить оперативность и эффективность разбирательства, не говоря уже о соображениях недопущения ненужных расходов, связанных с разрешением спора (на последние может влиять, например, объем документов, которые придется переводить, или же необходимость обеспечивать перевод для свидетелей и экспертов). Нет сомнений в том, что, хотя на основании ст. 22 Закона о МКА третейский суд не обязан запрашивать мнение сторон по поводу языка, очень часто ему такое мнение учитывать следует. Еще очень важным фактором может оказаться вопрос о языке администрирования арбитража (об этом далее).

Безусловно, третейский суд также должен помнить о равном отношении к сторонам (ст. 18 Закона о МКА) и о принципе состязательности.

Важно понимать, что в свете конкретных обстоятельства дела определение третейским судом в качестве языка арбитража того языка, который является родным только для одной из сторон, само по себе еще необязательно будет означать нарушение принципов равного отношения к сторонам и состязательности: в свете таких обстоятельств подобное определение может оказаться и разумным, и справедливым.

Более того, даже если третейский суд определит в качестве языка арбитража какой-то сторонний язык, это никак не может означать лишение любой стороны права представлять свою позицию (в письменном или устном виде) в ходе арбитража на территории РФ на своем родном языке <93> (даже если она владеет языком арбитража и уж тем более если она его не знает).

<93> "Стороны, естественно, вправе выразить себя на их родном языке.". Цит. по: Lew J.M., Mistelis L.A., *Kröll S.M.* Op. cit. P. 540.

Такое право стороны может считаться основывающимся в РФ, например, на ч. 2 ст. 26 Конституции РФ: "Каждый имеет право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения...". Это положение, как представляется, в ходе международного коммерческого арбитража, имеющего место в РФ, игнорироваться не должно <94>. Лишение стороны данного права может нарушить принципы равного отношения к сторонам и состязательности, создавая в том числе основание для отмены решения третейского суда или отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение.

<94> Что касается международного коммерческого арбитража вне РФ, то обосновать наличие в большинстве развитых стран у стороны права пользоваться ее родным языком в ходе такого арбитража не всегда так уж и сложно, однако рассмотрение данного вопроса уже выходит за рамки настоящего параграфа.

С другой стороны, такая сторона будет обязана изначально за свой счет (и, скорее всего, своими силами) обеспечить перевод своей позиции на надлежащий язык арбитража (затем, в ходе распределения расходов, связанных с разрешением спора в арбитраже, третейский суд может в зависимости от обстоятельств возложить издержки на подобный перевод на другую сторону).

Сказанное в трех предыдущих абзацах применимо и к показаниям свидетелей или экспертов: они

вправе выступать на своем родном языке, даже если владеют языком разбирательства.

Далее следует отметить некоторое несоответствие между названием ст. 22 Закона о МКА и ее содержанием: в названии - "Язык" - говорится о языке, а в самой статье - "о языке или языках". Впрочем, с практической точки зрения эта нестыковка значения не имеет: стороны или третейский суд в любом случае на основании данной статьи могут определить несколько языков в качестве применимых в арбитраже. На практике такое будет случаться, конечно же, очень нечасто, так как подобный выбор может влечь серьезные сложности практического характера, включая затягивание разбирательства и рост расходов, связанных с разрешением спора в арбитраже (не говоря уже о проблемах с разницей в значении терминов, которые могут серьезным образом повлиять на исход спора). Однако если это произойдет <95>, то возникнет вопрос о том, как должны использоваться такие языки - альтернативно (без перевода с одного языка на другой) или совместно, кумулятивно (с переводом с каждого языка на иной) (см. п. п. 24, 25 Комментариев ЮНСИТРАЛ)? В отсутствие соглашения сторон об ином альтернативный вариант представляется более разумным и справедливым.

<95> Например, о возможности использования в ходе разбирательства нескольких языков упоминается в ст. 21 Регламента Дубайского международного арбитражного центра (DIAC) 2007 г.: "21.2. В случае, когда Арбитражное соглашение написано на более чем одном языке, Исполнительный комитет может, если только Арбитражное соглашение не предусматривает, что арбитражное разбирательство проводится на более чем одном языке, решить, какой из этих языков будет первоначальным языком арбитража.

21.3. После своего формирования третейский суд уполномочивается определить язык или языки арбитража, учитывая любые замечания сторон и все значимые обстоятельства дела" (www.diac.ae/idias/rules/Arb.Rules%202007/4THE%20PROCEEDINGS/; дата посещения - 20.03.2018).

Из ст. 22 Закона о МКА также следует, что стороны вправе самостоятельно определить объем, в котором выбранные ими язык или языки применяются. В частности, они могут решить, что слушание дела должно вестись на одном языке, а решение третейского суда должно быть составлено на другом (иногда так и делается в целях ускорения подготовки решения).

Однако может ли в отсутствие договоренности сторон аналогичное решение по вопросам, указанным в двух предыдущих абзацах, принять третейский суд? Из п. 1 ст. 22 Закона о МКА вытекает, что в принципе это возможно, хотя, конечно, третейскому суду следует прибегать к такому варианту лишь в особых случаях и с обязательным учетом ст. 18 Закона о МКА, а также принципа состязательности.

Возможны также исключительные ситуации, в которых закон места арбитража императивно требует использовать соответствующий местный язык в ходе разбирательства (такое не исключено в нетерпимо-националистически настроенных регионах, но их обычно избегают выбирать в качестве места международного коммерческого арбитража). Как в таком случае быть третейскому суду - следовать такому закону, соглашению сторон о языке или же использовать свое правомочие избрать иной язык? Это очень сложный вопрос, ответ на который зависит от многих факторов. Однако при наличии соглашения сторон о языке следует скорее полагать, что превалировать должно оно, в том числе в силу той важности, которая придается договоренности сторон в ст. II и в п. 1 (d) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

В отношении п. 2 ст. 22 Закона о МКА возникает еще один вопрос: должны ли сопровождаться переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом, все без исключения письменные доказательства или же только некоторые из них? Представляется, что указанный пункт следует толковать как предоставляющий третейскому суду право самостоятельно определять объем такого перевода, но при его применении, опять же, необходимо учитывать применимые правила арбитража (например, § 22 Правил арбитража МКАС МКАС), ст. 18 Закона о МКА и принцип состязательности. Например, сторона может представить на языке оригинала без перевода объемную документацию, лишь часть которой будет содержать относящуюся к сути спора информацию; в то же время представлять только эту часть без всей документации на языке оригинала может быть рискованно, поскольку могут возникнуть сомнения в том, что эта часть сохраняется неискаженной. В таком случае для третейского суда было бы разумным не распоряжаться о переводе абсолютно всей этой документации с

языка оригинала.

Кроме того, очень важно понимать, что предложение третье п. 1 ст. 22 Закона о МКА <96> не распространяется на письменные доказательства, указанные в п. 2 данной статьи <97>. Однако стороны могут договориться об ином, ввиду чего указанный пункт следует толковать так, что если стороны договорились о переводе на язык арбитража всех без исключения письменных доказательств, то третейский суд отступать от такой договоренности не вправе (впрочем, скорее не вправе, однако дальнейшее рассмотрение этого сложного вопроса уже выходит за рамки настоящего анализа).

<96> "Такого рода договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению третейского суда".

<97> "Третейский суд может распорядиться о том, чтобы любые письменные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом".

В п. 2 ст. 22 Закона о МКА говорится только о переводе письменных доказательств, но не упоминается об устном переводе на язык (языки) арбитража в ходе слушания дела. Однако очевидно, что подобный перевод в соответствующих обстоятельствах в свете принципов равного отношения к сторонам и состязательности не может не осуществляться. Ввиду этого сказанное ранее следует распространять **mutatis mutandis** и на устный перевод. Расходы на него изначально по общему правилу должна нести сторона, которой такой перевод необходим. Она же должна его организовать. Если же подобный перевод необходим для третейского суда, то затраты на него должны составлять часть расходов, связанных с разрешением спора в арбитраже.

При этом ст. 22 Закона о МКА не выдвигает никаких требований относительно упоминаемого в ней перевода <98>. Это не значит, что они всегда будут отсутствовать. Например, такие требования могут быть установлены соглашением сторон или применимыми правилами ПДАУ либо определены третейским судом.

<98> Важно, однако, помнить, что п. 2 ст. 35 Закона о МКА устанавливает следующее: "Если арбитражное решение или соглашение изложено на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на русский язык".

Эти требования могут касаться, например, оформления письменного перевода или порядка устного перевода (его последовательность или синхронность). Они могут относиться и к лицу, осуществляющему перевод. Так, с учетом важности языка арбитража из принципов равного отношения к сторонам и состязательности следует, что переводчик должен быть, так же как и арбитры, беспристрастным и независимым, не создавать преимуществ для одной из сторон, не вводить намеренно одну из сторон в заблуждение. Безусловно, он должен быть компетентным (в том числе иметь специальные знания соответствующей юридической или технической терминологии в соответствующих языках), особенно в свете сложности правовых понятий и возникающих в ходе перевода технических трудностей. Отказ от учета этих требований может вести к возникновению риска отмены арбитражного решения, вынесенного в РФ, или отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение, либо отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

В зависимости от ситуации выбирать переводчика будет сторона разбирательства, которой такой перевод требуется, или же третейский суд. В первом случае другая сторона или третейский суд вправе удостовериться, что переводчик является беспристрастным, независимым и компетентным. Во втором случае убедиться в этом вправе любая из сторон. Бесспорно и то, что любая из сторон может заявлять отвод переводчику при наличии соответствующих причин.

Все неблагоприятные последствия, вызванные теми неточностями в переводе, которые случились из-за переводчика, привлеченного стороной, должна нести сама эта сторона. Если же эти неточности

допустил переводчик, привлеченный третейским судом, то последнему следует с учетом всех конкретных обстоятельств незамедлительно принять соответствующие меры, чтобы не затягивать разбирательство и минимизировать издержки сторон.

В свете ст. 22 Закона о МКА возникает еще один весьма сложный и острый вопрос. Закон об арбитраже определяет "арбитраж" в своей ст. 2 как "процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (арбитражного решения)" (это определение является верным и для международного коммерческого арбитража). Однако третейский суд в рамках международного коммерческого арбитража не формируется немедленно. Ввиду этого вопрос заключается в следующем: какой язык должен быть языком администрирования арбитража до момента формирования третейского суда, особенно если в арбитражном соглашении стороны согласовали в качестве языка арбитража тот, который отличается от русского, а применимые правила, например ПДАУ, данный вопрос не регулируют? Иными словами, язык арбитража и язык администрирования арбитража - совсем разные вещи (третейский суд может определить в качестве первого тот, который отличается от второго). Это четко вытекает и из ст. 22 Закона о МКА, в которой дважды упоминается о "разбирательстве", а согласно ст. 2 Закона об арбитраже "разбирательство" надлежит четко отличать от "администрирования арбитража".

Разумно предположить, что языком администрирования арбитража должен быть тот, который согласован сторонами, или же язык арбитражной оговорки (арбитражного соглашения) либо, например, договора сторон.

Однако на практике ситуация может сложиться так, что ПДАУ в РФ все равно будет использовать русский язык (например, так часто делал МКАС при ТПП РФ). Между тем это может в последующем создать серьезные проблемы: сторона, против которой принято решение третейского суда, может, например, начать заявлять, что она не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда, поскольку ПДАУ в РФ уведомляло ее на ненадлежащем языке. Это может влечь риск отмены арбитражного решения, вынесенного в РФ, или отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное его исполнение, или отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (см. пп. 2 п. 2 ст. 34 и пп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА).

Примерами того, как разрешать только что отмеченную проблему, является ст. 17 Регламента LCIA 2014 г. <99> и ст. 5 Правил арбитража Венского международного арбитражного центра 2013 г. <100>.

<99> "17.1. Первоначально языком, на котором ведется арбитражное разбирательство (до формирования Составы арбитража), является язык или преимущественный язык Арбитражного соглашения, если только стороны не договорились об ином в письменной форме.

17.2. В том случае, если Арбитражное соглашение составлено на нескольких языках, имеющих одинаковое значение, Суд ЛМТС может принять решение о том, какой из этих языков будет первоначальным языком арбитражного разбирательства, если только Арбитражное соглашение не предусматривает проведения арбитражного разбирательства с самого его начала на нескольких языках.

17.3. Не участвующая в арбитраже или не исполняющая свои обязанности сторона не вправе обжаловать тот факт, что корреспонденция, направляемая в Суд ЛМТС и Регистратору и поступающая от них, ведется на первоначальном языке (языках) арбитража или места проведения арбитражного разбирательства.

17.4. После формирования Составы арбитража, если только стороны не договорились о выборе языка или языков арбитражного разбирательства, Состав арбитража принимает решение о выборе языка (языков) арбитражного разбирательства, предварительно предоставив сторонам разумную возможность изложить свои комментарии в письменной форме и принимая во внимание первоначальный язык (языки) арбитражного разбирательства и любые другие относящиеся к делу обстоятельства.

17.5. Если какой-либо документ составлен на ином языке, нежели язык (языки) арбитражного разбирательства, и сторона, ссылающаяся на этот документ, не предоставила его перевода, Состав арбитража может издать приказ или (если Состав арбитража еще не сформирован) Регистратор может

попросить эту сторону предоставить перевод всего этого документа или любой его части на любой язык (языки) арбитражного разбирательства или места проведения арбитражного разбирательства" (www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=410; дата посещения - 20.03.2018; язык источника - русский).

<100> "Переписка сторон с Президиумом и Секретариатом должна осуществляться на немецком или английском языках" (www.viac.eu/images/documents/Practitioners/Wiener_Regeln_Russisch_inkl_Mediationsregeln_20160829_Gris_hchenkova.pdf; дата посещения - 20.03.2018; язык источника - русский).

Каждой стороне арбитража об этой проблеме следует помнить и пытаться находить подходы к ней заранее, в том числе посредством обсуждения с другой стороной, а также с арбитражным учреждением.

Еще необходимо отметить, что ст. 22 Закона о МКА следует применять с учетом ст. 4 Закона о МКА, в которой говорится об отказе от права на возражение, о чем каждой стороне следует помнить всегда. В качестве примера того, почему это необходимо, можно привести выдержку из Постановления Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 19 декабря 2011 г. N Ф07-286/11 по делу N А56-41250/2011: "Ссылка Общества на нарушение процедуры третейского разбирательства в связи с представлением Компанией в третейское дело N 11-04-03 ряда документов на иностранном языке без перевода на русский язык правомерно не принята во внимание судом первой инстанции в силу следующего.

Согласно статье 21 Закона N 102-ФЗ, если стороны не договорились об ином, то третейское разбирательство ведется на русском языке.

Сторона, представляющая документы и иные материалы не на языке (языках) третейского разбирательства, обеспечивает их перевод. Третейский суд может потребовать от сторон перевода документов и иных материалов на язык (языки) третейского разбирательства.

Как правильно указал суд первой инстанции, из материалов дела не усматривается, что Обществом в Третейском суде заявлялись ходатайства об отложении судебного заседания с целью перевода представленных Компанией документов или о необходимости привлечения переводчика для участия в третейском разбирательстве" <101>.

<101> См.: <http://kad.arbitr.ru/Card/b27c978c-f8f0-442a-90ec-b1773ac1488c> (дата посещения - 20.03.2018). Приведенный отрывок касается арбитража внутренних споров, однако его можно использовать по аналогии и для международного коммерческого арбитража.

МКАС при ТПП РФ в решении от 27 мая 2015 г. по делу N 53/2014 также использовал ст. 4 Закона о МКА: "Обратившись к вопросу о языке арбитражного разбирательства, состав арбитража констатирует, что в арбитражном соглашении указано, что языками арбитражного разбирательства будут английский и русский.

С учетом данного соглашения состав арбитража изучил и оценил представленные сторонами в дело доказательства на русском и на английском языке.

При этом арбитраж принял во внимание тот факт, что исковое заявление и все прочие письменные пояснения обеими Сторонами были представлены только на русском языке.

При этом обе Стороны письменно (на русском языке) реагировали на вынесенные составом арбитража на русском языке определения, содержащие процессуальные поручения Сторонам, ни одна из Сторон в ходе арбитражного разбирательства не заявила требований о дублировании соответствующих процессуальных актов также на английском языке.

При таких обстоятельствах состав арбитража пришел к выводу о согласии участвующих в арбитражном разбирательстве сторон (Истца - очно, Ответчика - заочно) с имевшим место порядком ведения данного арбитражного разбирательства в части особенностей использования в нем английского и русского языков и отказе сторон с учетом ст. 4 Закона о МКА от своего права на возражение по этому

вопросу.

С учетом изложенного состав арбитража пришел к выводу о подготовке решения по настоящему делу на русском языке" <102>.

<102> Полностью не опубликовано, из архива автора.

Следует еще раз напомнить, что в свете ст. 22 Закона о МКА вопрос о выборе сторонами применимых правил ПДАУ (соответствующего иностранного арбитражного учреждения) является очень важным. Между тем все такие правила имеют собственную специфику и часто серьезно друг от друга отличаются, что сторонам важно понимать и учитывать.

Например, § 22 Правил арбитража МКС МКАС предусматривает:

"1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитража. При этом, если не оговорено иное, такая договоренность относится к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению третейского суда. Если стороны не договорились об ином, арбитраж проводится на русском языке.

2. Другие документы, касающиеся арбитража, представляются сторонами на языке арбитража, либо на языке контракта, либо на языке, на котором стороны вели между собой переписку. Письменные доказательства представляются на языке оригинала.

Третейский суд по своему усмотрению или по просьбе стороны может потребовать от другой стороны перевода на язык арбитража представленных ею документов, в том числе письменных доказательств, либо обеспечить такой перевод за ее счет".

Эти положения серьезно отличаются от § 23 "Язык арбитражного разбирательства" предшествующего Регламента МКАС при ТПП РФ 2005 г.: "1. Арбитражное разбирательство дела ведется на русском языке. По соглашению сторон МКАС может провести арбитражное разбирательство и на другом языке.

2. Документы, касающиеся арбитражного разбирательства, представляются сторонами на языке арбитражного разбирательства, или на языке контракта, или на языке, на котором стороны вели между собой переписку. Письменные доказательства представляются на языке оригинала.

МКАС по своему усмотрению или по просьбе стороны может потребовать от другой стороны перевода на язык арбитражного разбирательства представленных ею документов, в том числе письменных доказательств, либо обеспечить такой перевод за ее счет.

3. По просьбе стороны и за ее счет МКАС может обеспечить ее услугами переводчика в ходе устного слушания дела".

Как видно, акценты в отношении использования русского языка в Правилах арбитража МКС МКАС 2017 г. были серьезно смещены, что стало итогом учета при разработке приведенного § 22 иностранных подходов, которым § 23 Регламента 2005 г. намеренно не следовал.

В то же время Правила арбитража МКС МКАС, в отличие от известных иностранных регламентов, не требуют, например, в § 3 или в § 6 от стороны указания на язык разбирательства в исковом заявлении или в отзыве, и это является их недостатком.

Нельзя не отметить и то, что о языке упоминается в п. 1 § 4 <103>, п. 2 § 9 <104> и п. 2 § 11 <105> Положения об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ 2017 г. <106>. Кстати, в МКАС при ТПП РФ разбирательства дел проходят и на английском языке (но очень редко).

<103> "ТПП РФ сроком на шесть лет утверждаются четыре списка арбитров, в которых указываются: фамилия, имя и, в случае если имеется, отчество арбитра, его образование и место работы, ученая степень и звание, специализация, знание иностранных языков."

<104> "Секретариат возглавляет Ответственный секретарь МКАС, назначаемый Президентом ТПП РФ. Ответственный секретарь должен иметь высшее юридическое образование и владеть английским языком".

<105> "Списки докладчиков по соответствующим видам споров утверждаются Президиумом и обновляются на периодической основе. В списки докладчиков включаются лица, имеющие высшее юридическое образование, а в список по международному коммерческому арбитражу, как правило, - владеющие иностранным языком. Одно и то же лицо может входить в несколько списков докладчиков".

<106> Текст Положения можно скачать на официальном сайте МКАС при ТПП РФ: <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/> (дата посещения - 20.03.2018).

В заключение отметим, что практика российских государственных судов по поводу ст. 22 Закона о МКА не так уж и велика: так, например, в СПС "КонсультантПлюс" имеется всего шесть судебных актов, упоминающих о ней <107>. Один из них, что любопытно, Определение КС РФ от 19 октября 2010 г. N 1310-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью "Восход" на нарушение конституционных прав и свобод статьями 19 и 22 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже". Впрочем, ничего интересного с точки зрения проблематики языка в международном коммерческом арбитраже в этом Определении не имеется.

<107> Определение КС РФ от 19.10.2010 N 1310-О-О; Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 07.06.2002 N 5-Г02-63; Определение ВАС РФ от 26.07.2010 N ВАС-7815/10; Постановления ФАС Московского округа от 13.10.2008 N КГ-А40/9294-08-1,2, от 06.09.2010 N КГ-А40/9874-10 по делу N А40-128523/09-68-1003; Определение АС г. Москвы от 14.08.2008 по делу N А40-28757/08-25-228.

Из оставшихся актов интерес представляет лишь Определение ВАС РФ от 26 июля 2010 г. N ВАС-7815/10, в котором указывалось (в связи с Регламентом МКАС при ТПП РФ 2005 г.) следующее: "Довод общества о том, что при рассмотрении дела в МКАС был нарушен основополагающий принцип российского права - принцип равноправия сторон, поскольку при согласованном в арбитражной оговорке условии о применении русского языка в качестве языка разбирательства арбитражного дела доказательства фирмой и страховой компанией были представлены на иностранном языке без перевода, не может быть принят во внимание.

В соответствии с частью 1 статьи 24 Закона об арбитраже договоренность сторон о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитражного разбирательства, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению третейского суда. При этом не установлено, что договоренность о языке распространяется и на предоставляемые сторонами доказательства.

В части второй той же статьи предусмотрено право, но не обязанность третейского суда распорядиться о том, чтобы любые документальные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом.

В соответствии с пунктом 2 параграфа 34 Регламента МКАС, согласованного сторонами для регламентации арбитражного разбирательства, также предусмотрено право (но не обязанность) стороны предоставить письменные доказательства в оригинале или в виде заверенной ею копии оригинала, а также предусмотрено право (но не обязанность) состава арбитража [важно отметить, что сегодня использовать понятие "состав арбитража" не следует. Согласно ст. 2 Закона об арбитраже "арбитраж (третейское разбирательство) - процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (арбитражного решения)". Таким образом, состава процесса быть не может. - Прим.

авт. параграфа] потребовать перевода этих доказательств на другой язык в случаях, когда это необходимо в интересах рассмотрения дела.

Параграф 9 Регламента МКАС, устанавливающий порядок предоставления документов, предусматривает альтернативную возможность для стороны предоставить документы на языке контракта, или на языке, на котором стороны вели между собой переписку, или на русском языке. МКАС по своему усмотрению или по просьбе одной из сторон может потребовать от другой стороны перевода на русский язык представленных ею документов либо обеспечить такой перевод за ее счет.

Таким образом, язык арбитражного разбирательства и язык, на котором предоставляются доказательства в ходе разбирательства, не тождественны друг другу, представляют собой различные правовые категории и регламентируются по-разному. Предоставление одной из сторон в ходе рассмотрения дела доказательств не на языке арбитражного разбирательства само по себе не означает нарушения согласованной сторонами арбитражной процедуры и принципа равенства как основополагающего принципа российского права (публичного порядка)".

Выводы в этом Определении представляются отчасти верными, но в то же время во многом ошибочными и спорными. Однако их дальнейшее рассмотрение выходит за рамки настоящего анализа.

Из общедоступных материалов в отношении практики, например, МКАС при ТПП РФ интерес также могут представлять следующие выдержки из решений данного суда:

1) от 24 апреля 2008 г. по делу N 23/2007: "Между сторонами имелись разногласия по вопросу о языке арбитражного разбирательства: Истец, основываясь на положениях арбитражного соглашения, просил провести устное слушание на английском языке, а Ответчик ходатайствовал о проведении разбирательства на русском языке.

В соответствии с п. 1 ст. 22 Закона о МКА стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитражного разбирательства. § 23 Регламента МКАС предусматривает, что арбитражное разбирательство ведется на русском языке, однако по соглашению сторон МКАС может провести арбитражное разбирательство и на другом языке. Документы, касающиеся арбитражного разбирательства, представляются сторонами на языке арбитражного разбирательства, или на языке контракта, или на языке, на котором стороны вели между собой переписку. Письменные доказательства представляются на языке оригинала.

Руководствуясь арбитражным соглашением сторон, состав арбитража провел устное слушание дела на английском языке. При этом обеим сторонам были предоставлены равные возможности для изложения своей позиции по делу, поскольку обе стороны имели переводчиков, которые в ходе заседания вели перевод с английского языка на русский и обратно. Учитывая то, что Договор аренды 2 был составлен сторонами как на английском, так и на русском языках, а переписка сторон велась на русском языке, стороны имели право представлять документы, касающиеся арбитражного разбирательства, как на английском, так и на русском языках. Кроме того, в ходе заседания представители Истца выразили свое согласие с тем, что решение состава арбитража будет вынесено на русском языке";

2) от 5 сентября 2002 г. по делу N 179/2000: "В арбитражном заседании рассматривались поступившие от Ответчика материалы - отзыв на иск на немецком языке и его перевод на русский язык. МКАС не счел возможным принять во внимание приведенные в этих материалах доводы Ответчика, учитывая, что в соответствии со ст. 22 Закона РФ от 7 июля 1993 г. "О международном коммерческом арбитраже" и параграфом 10 Регламента МКАС любые письменные сообщения сторон должны предъявляться на языке разбирательства дела, т.е. в данном случае на русском языке, а представленный Ответчиком перевод отзыва на иск при внешнем сопоставлении с оригиналом на немецком языке позволил выявить существенные расхождения. В своем постановлении МКАС предложил Ответчику представить надлежаще оформленный отзыв на иск";

3) от 28 апреля 2000 г. по делу N 25/1999: "Согласно п. 6 контракта "язык арбитража - английский". В ходе рассмотрения дела стороны выразили согласованное желание о слушании дела на русском языке. С учетом мнения сторон, руководствуясь п. 1 ст. 22 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", а также параграфом 10 Регламента, МКАС признал, что разбирательство дела должно производиться на русском языке" <108>.

<108> См.: СПС "КонсультантПлюс" (впрочем, следует понимать, что эта система дает весьма приблизительное понимание практики МКАС при ТПП РФ: от вопросов конфиденциальности никуда не деться).

С практикой государственных и третейских судов в других странах в отношении вопросов языка в международном коммерческом арбитраже можно ознакомиться при помощи системы CLOUT <109> или "Сборника ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже" <110>.

<109> www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law.html (дата посещения - 20.03.2018).

<110> UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. P. 107 - 108.

Отмеченные непростые вопросы выбора языка возникают в международном коммерческом арбитраже не так уж редко <111>. Так что можно без преувеличения утверждать, что вопросу выбора языка арбитража следует уделять особое внимание (без ущерба, разумеется, для вопроса о выборе арбитражного учреждения, администрирующего арбитраж, равно как и для вопроса о выборе компетентных арбитров).

<111> См., например: Hof J.J. van. Op. cit. P. 114 - 118.

Глава 13. НАЧАЛЬНЫЙ ЭТАП АРБИТРАЖНОЙ ПРОЦЕДУРЫ

13.1. Начало арбитража

Близость подходов в регламентации проведения процедуры арбитража в разных юрисдикциях допускает различия по ряду вопросов, в том числе относительно порядка инициации и отправной точки этой процедуры.

Традиционно сложились две базовых модели начального этапа арбитража. По одной из них в арбитраж изначально представляется исковое заявление с развернутым изложением позиции истца с приложением всех доказательств (такая процедурная особенность характерна для судов и арбитражей в России и иных стран СНГ). Вторая модель предполагает подачу лишь краткого заявления (уведомления или просьбы об арбитраже), в котором содержится тезисное изложение позиции истца по существу, его исковые требования и предложения по организации разбирательства. Ответчик в своем отзыве аналогичным образом формулирует свои пояснения и возражения.

Отмечается, что преимуществом второй модели является то, что иногда направление просьбы об арбитраже способствует урегулированию спора на раннем этапе. Кроме того, в ряде случаев оказывается нецелесообразным до момента признания арбитражем своей компетенции (особенно в спорных ситуациях) истцу проделывать трудоемкую работу по тщательному обоснованию своей правовой позиции по существу спора, сбору доказательств. Также развернутое описание может быть невозможным либо затруднительным до ознакомления истца с позицией ответчика по основным вопросам, которую истец может узнать из ответа на уведомление (просьбу) об арбитраже.

Определение момента начала арбитража может иметь важное значение и с точки зрения прерывания срока исковой давности.

Согласно ст. 21 "Начало арбитража" Закона о МКА (в ред. Закона N 409-ФЗ), если стороны не договорились об ином, арбитраж в отношении конкретного спора считается начавшимся в день, когда исковое заявление получено ответчиком.

В силу § 2 Правил арбитража МКС МКАС арбитражное разбирательство начинается подачей искового заявления. Датой подачи искового заявления считается день его вручения МКАС при ТПП РФ, а при отправке искового заявления по почте - дата штемпеля почтовой организации места отправления, при экспресс-доставке - дата накладной.

На начальном этапе арбитража важное значение имеет подготовка разбирательства дела сформированным составом арбитров.

Согласно § 27 Правил арбитража МКС МКАС председатель третейского суда проверяет состояние подготовки дела к разбирательству и по согласованию с другими членами третейского суда принимает меры по подготовке дела к разбирательству.

Такие меры могут состоять, в частности, в установлении графика разбирательства, в котором в зависимости от обстоятельств дела определяются порядок и сроки представления сторонами дополнительных письменных заявлений, доказательств и иных документов; даются другие указания сторонам с определением сроков их выполнения; могут определяться время, место и порядок устного слушания дела, а также круг вопросов, предполагаемых к рассмотрению на нем, исходя из возможных стадий разбирательства дела и др.

График разбирательства выполняет следующие функции: улучшает подготовку устного слушания во избежание последующих осложнений; переносит части тяжбы на стадию, предшествующую слушаниям; стимулирует заблаговременное представление доказательств, формирование позиций; предоставляет возможности спорящим сторонам заранее оценить позиции друг друга, а арбитрам изучить позиции спорящих сторон. Вместе с тем следует учитывать, что содержание графика разбирательства может существенно варьироваться в зависимости от обстоятельств дела <1>.

<1> Зыкин И.С. К вопросу о повышении оперативности арбитражных разбирательств // Трансграничный торговый оборот и право: Liber amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова: Сб. ст. и эссе / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М., 2013. С. 81.

Практика показывает, что по сложным делам целесообразным может быть установление двух и более раундов обмена состязательными бумагами, а при подаче встречного иска - обеспечение темпоральной синхронизации подачи бумаг по первоначальному и встречному искам с целесообразностью ограничения дублирования совпадающих доказательств.

В период до устного слушания уместно осуществлять мониторинг выполнения графика и запрашивать мнение сторон в отношении мер по подготовке дела к разбирательству.

В зависимости от сложности дела третейский суд может провести организационное совещание с участием сторон и их представителей с личным присутствием либо с использованием телефонной связи или систем видео-конференц-связи.

Председатель третейского суда по согласованию с другими членами третейского суда в дальнейшем может принять дополнительные меры по подготовке дела к разбирательству или внести изменения в график разбирательства с учетом сложившихся обстоятельств.

При представлении письменных документов сторонами возникает вопрос о выборе последовательного или одновременного способа подачи данных документов. В большинстве случаев более оправдан подход последовательной подачи письменных заявлений, чтобы право на "последний выстрел" ("**the last shot**"), т.е. подачу последней бумаги по существу спора, было у второй стороны (стороны, отвечающей инициатору ходатайства или заявления). Чаще всего такую роль играет ответчик, однако по ряду процессуальных предложений и возражений, например при оспаривании компетенции, право на последнее письменное заявление может принадлежать истцу <2>.

<2> Там же. С. 83.

Ведущие арбитражные центры разработали собственные руководства для арбитров и сторон по применению арбитражных регламентов. Одним из такого рода документов, к примеру, является Пояснение для сторон и арбитражных трибуналов по применению Арбитражного регламента МТП от 1 марта 2017 г. (Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration) <3>. Для этих же целей арбитры могут обратиться к Комментариям ЮНСИТРАЛ и иным авторитетным документам.

<3> См.: <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/> (дата посещения - 24.03.2018).

13.2. Уведомление сторон об арбитражной процедуре

Важное значение в международном арбитраже имеет надлежащее извещение спорящих сторон об арбитражной процедуре, что дает им возможность представить свои объяснения по имеющемуся спору.

В силу нормы ст. 3 Закона о МКА ("Получение письменных сообщений"), если стороны не договорились об ином, любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному месту жительства или почтовому адресу; когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному месту нахождения коммерческого предприятия, постоянному месту жительства или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения.

Данное сообщение считается полученным в день такой доставки (фиксации попытки доставки) (в ред. Закона N 409-ФЗ).

Указанная статья регулирует общие правила направления материалов сторонами друг другу и правила направления различных материалов от арбитражного учреждения сторонам, в том числе отправки уведомлений о принятии иска, выборе арбитра, месте, дате и времени устного слушания и пр. В силу диспозитивности указанной нормы стороны могут определить иные правила в арбитражном соглашении, в том числе путем ссылки на применение определенных правил арбитража.

Вместе с тем ограничение на использование определенных способов отправки может быть установлено императивными предписаниями правил арбитража. К примеру, может быть ограничено использование способов отправки материалов, не обеспечивающих надлежащей фиксации вручения (попытка вручения); пересылка в электронном виде материалов, архивированных с применением программного обеспечения специализированного назначения (проектная документация и т.п.), при отсутствии технической возможности их расшифровки.

Соглашением сторон, в том числе правилами арбитража, может быть установлен порядок направления документов и иных материалов сторонами друг другу непосредственно либо через арбитражное учреждение. При этом правила арбитража могут установить императивное либо диспозитивное правило, касающееся определенного количества копий представляемых материалов, которые направляются стороной в арбитраж. Количество копий зависит среди прочего от количества арбитров, входящих в состав коллегии.

Необходимо учитывать, что ч. 3 ст. 24 Закона о МКА установлено императивное предписание о том, что все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, должны быть также направлены другой стороне. Сторонам должны быть направлены копии любых заключений экспертов или других документов, которые имеют доказательственное значение и на которых третейский суд может основываться при принятии своего решения. Это предписание обеспечивает наиболее полную реализацию принципов состязательности и равного отношения к сторонам в контексте одного из ключевых аспектов процедуры.

Специальные правила, а также последствия их несоблюдения установлены для отдельных видов

используемых в процедуре арбитража документов.

Законом закреплено императивное правило, в соответствии с которым сторонам заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании третейского суда, в том числе проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов (п. 2 ст. 24 Закона о МКА).

В то же время непредставление документов не является препятствием для проведения арбитража и принятия арбитражного решения.

Соглашением сторон и правилами арбитража могут предусматриваться дополнительные права и обязанности сторон и арбитражного учреждения (включая порядок их осуществления) по направлению документов и материалов. В любом случае необходимо надлежащее информирование сторон о возможности выбора арбитров (если таковой предусмотрен), а также о сформированном по делу составе арбитров. Это позволяет заинтересованной стороне своевременно и наиболее полным образом реализовать свои процессуальные возможности.

Подпункт (b) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. предусматривает основание для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, когда сторона, против которой вынесено арбитражное решение, не имела никакой или разумной возможности представить свои объяснения, так как 1) не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или 2) по другим причинам не могла представить свои объяснения.

Если сторона участвовала в разбирательстве, она впоследствии не сможет ссылаться на то, что не была уведомлена надлежащим образом. Когда ответчик в разбирательстве не участвует, то доказательству уведомления следует уделять серьезное внимание на всех стадиях процесса <4>. В таких случаях арбитражный институт, арбитры и истец в арбитражном разбирательстве должны сделать все, что может быть разумно сделано, чтобы довести до сведения ответчика проведение арбитражного разбирательства и назначение состава арбитров и получить независимые доказательства, подтверждающие предпринятые усилия. Если они этого не сделают, в принудительном исполнении вынесенного в результате этого разбирательства арбитражного решения может быть отказано.

<4> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М.; Берлин, 2012 (http://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf; дата посещения - 24.03.2018).

В деле **Lenmorniiproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag** Верховный суд Швеции отказал в принудительном исполнении арбитражного решения, посчитав, что арбитры проигнорировали тот факт, что отправления, направленные по ранее существовавшему адресу шведской стороны, были возвращены за невозможностью доставки <5>.

<5> Sweden: N 7. **Högsta** Domstolen, 16 April 2010 (**Lenmorniiproekt OAO v. Arne Larsson & Partner Leasing Aktiebolag**) // Yearbook Commercial Arbitration. 2010. Vol. XXXV. P. 456 - 457.

В подобных случаях целесообразным может быть выяснение актуального адреса ответчика путем обращения к его официальному сайту, а также к торговому реестру либо иной официальной базе учета компаний и предпринимателей соответствующей страны.

В соответствии с положениями процессуального законодательства Российской Федерации представление стороной, против которой принято решение третейского суда, доказательств того, что она не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда, является основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на подобное решение третейского суда либо отмены этого решения компетентным государственным судом (п. 5 ч. 3 ст. 233, п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ; п. 5 ч. 3 ст. 421, п. 3 ч. 3 ст. 426 ГПК РФ).

В отношении вопроса об уведомлении российских юридических лиц следует также обратиться к положениям российского законодательства. В соответствии с п. 2 ст. 54 ГК РФ место нахождения юридического лица определяется местом его государственной регистрации. Государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения его постоянно действующего исполнительного органа, а в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа - иного органа или лица, имеющего право действовать от имени юридического лица без доверенности.

В соответствии с п. 2 ст. 51 ГК РФ юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, поступивших по его адресу, указанному в ЕГРЮЛ, а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя. Такое юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, добросовестно полагавшимися на данные ЕГРЮЛ об адресе юридического лица, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр, а также на недостоверность данных, содержащихся в нем.

Вопросы вручения юридически значимых сообщений в гражданских правоотношениях урегулированы в ст. 165.1 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г.

С учетом разъяснения, приведенного в п. 68 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. N 25, ст. 165.1 ГК РФ подлежит применению также к судебным извещениям и вызовам, если гражданским процессуальным или арбитражным процессуальным законодательством не предусмотрено иное <6>.

<6> Постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 N 25 "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

Представляется возможным применение данных подходов, имеющих универсальный характер, для восполнения пробелов Закона об арбитраже по вопросам направления и получения материалов в арбитражном разбирательстве.

В соответствии с указанным Постановлением ВС РФ (п. 63) юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, должно быть направлено по адресу его регистрации по месту жительства или пребывания либо по адресу, который гражданин указал сам (например, в тексте договора), либо его представителю (п. 1 ст. 165.1 ГК РФ).

С учетом положения п. 2 ст. 165.1 ГК РФ юридически значимое сообщение, адресованное гражданину, осуществляющему предпринимательскую деятельность в качестве индивидуального предпринимателя, или юридическому лицу, направляется по адресу, указанному соответственно в ЕГРИП или ЕГРЮЛ либо по адресу, указанному самим индивидуальным предпринимателем или юридическим лицом.

При этом необходимо учитывать, что гражданин, индивидуальный предприниматель или юридическое лицо несут риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, а также риск отсутствия по указанным адресам своего представителя. Гражданин, сообщивший кредиторам, а также другим лицам сведения об ином месте своего жительства, несет риск вызванных этим последствий (п. 1 ст. 20 ГК РФ). Сообщения, доставленные по названным адресам, считаются полученными, даже если соответствующее лицо фактически не проживает (не находится) по указанному адресу.

При наличии у иностранного юридического лица представителя на территории Российской Федерации сообщения, доставленные по адресу такого представителя, считаются полученными иностранным юридическим лицом (п. 3 ст. 54 ГК РФ).

Как указано в п. 67 Постановления ВС РФ N 25, юридически значимое сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено, но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним (п. 1 ст. 165.1 ГК РФ). Например, сообщение считается доставленным, если адресат уклонился от получения корреспонденции в отделении связи, в связи с чем она была возвращена по истечении срока хранения. Риск неполучения поступившей корреспонденции несет адресат.

КС РФ в Определении от 2 июля 2013 г. N 1045-О указал, что стороны спора, заключая соглашение о

его передаче на рассмотрение третейского суда, добровольно соглашаются подчиняться правилам, установленным для конкретного третейского суда <7>.

<7> Определение КС РФ от 02.07.2013 N 1045-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Беличко Артура Витальевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 113 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 2 статьи 4 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

Указывая в договоре, содержащем третейское соглашение, свои адреса регистрации по месту жительства (фактического проживания), сторона договора должна осознавать, что именно по этим адресам в случае начала третейской процедуры будет направляться соответствующая корреспонденция. Учитывая это, сторона для реализации своих прав, действуя добросовестно, разумно и осмотрительно, должна предпринять необходимые и достаточные меры для получения предназначенной ей корреспонденции по указанным ею адресам. В противном случае все риски, связанные с неполучением или несвоевременным получением корреспонденции, возлагаются на ее получателя. Иное истолкование нормы права могло бы повлечь злоупотребления со стороны недобросовестных участников третейского процесса, которые, уклоняясь от получения корреспонденции, могли бы парализовать само третейское разбирательство, несмотря на свое согласие участвовать в нем.

До обнародования вышеприведенной правовой позиции КС РФ применительно к уведомлению юридических лиц (Определение N 1045-О) сложилась практика ВАС РФ, согласно которой действия участника третейского процесса, не предпринявшего должных мер по получению корреспонденции по сообщенным им адресам и ссылающегося впоследствии на собственную неосмотрительность в доказательство нарушения его права, не признавались отвечающими принципу добросовестности. Истолкование закона, в соответствии с которым отказ в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда допускается по мотиву неполучения участником третейского процесса корреспонденции по указанным им собственным адресам, может поставить под угрозу существование самого института третейского разбирательства ввиду высокого риска отмены арбитражных решений по формальным основаниям <8>.

<8> Определение ВАС РФ от 10.02.2009 по делу N 17412/08; Постановление Президиума ВАС РФ от 31.03.2009 по делу N 17412/08 // СПС "КонсультантПлюс".

Наряду с изложенным заслуживает внимания важная констатация КС РФ в Определении N 1045-О того факта, что государственные суды, рассматривая возражения стороны, против которой вынесено решение третейского суда, не ограничиваются установлением только формальных оснований применения норм законодательства, а оценивают реально существующие обстоятельства уведомления (направления, вручения, доставки и др.) сторон третейского разбирательства о предстоящем слушании дела.

При оценке фактических обстоятельств следует принимать во внимание совокупность разумных мер, предпринятых для фактического уведомления отсутствующей (не представленной) стороны, в том числе возможность наведения справок о ее статусе и месте нахождения, достаточность попыток вручения корреспонденции. Также в соответствующих случаях следует учитывать процессуальное поведение уклоняющейся от арбитража стороны.

Кроме того, в арбитражном соглашении сторон целесообразно предусматривать условие, в соответствии с которым каждая из сторон обязуется сообщать другой стороне об изменении своих почтовых адресов, адресов электронной почты и абонентских устройств связи, а после начала арбитража уведомлять об указанных изменениях соответствующее арбитражное учреждение.

В отсутствие соглашения сторон направление документов и материалов сторонам осуществляется любым способом, предусматривающим фиксацию их доставки.

Как указано в п. 63 Постановления ВС РФ N 25, адресат юридически значимого сообщения,

своевременно получивший и установивший его содержание, не вправе ссылаться на то, что сообщение было направлено по неверному адресу или в ненадлежащей форме (ст. 10 ГК РФ). Соответственно, допускается личное вручение документов и материалов стороне, а равно любому из ее представителей, которое не требует, если иное не предусмотрено соглашением сторон, дополнительного направления таких документов.

Отправка почтовой корреспонденции различных видов, в том числе осуществляемая ФГУП "Почта России", в Российской Федерации регламентируется Правилами оказания услуг почтовой связи <9>, которые в п. 13 устанавливают, что операторы почтовой связи оказывают услуги почтовой связи только при наличии у них соответствующей лицензии, выданной в соответствии с Федеральным законом от 04.05.2011 N 99-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности".

<9> Приказ Минкомсвязи России от 31.07.2014 N 234 "Об утверждении Правил оказания услуг почтовой связи" // СПС "КонсультантПлюс".

Российская судебная практика при направлении материалов курьерскими службами доставки исходит из того, что организация, осуществившая доставку и зафиксировавшая невозможность вручения отправления, должна иметь статус оператора связи, что в соответствующих случаях требует лицензии Роскомнадзора <10>.

<10> Постановление АС Московского округа от 23.03.2015 по делу N А40-119303/14-69-1002 // СПС "КонсультантПлюс".

В международной практике применяется подход, согласно которому попытка доставки юридически значимых сообщений может быть признана надлежащей лишь при использовании независимой и не контролируемой отправителем курьерской службы.

Сообщения третейского суда и (или) арбитражного учреждения небольшого объема (сообщение о выборе арбитров, дате, времени, месте арбитража) могут направляться сторонам телеграммами.

При разрешении международных коммерческих споров в современных условиях широко используется обмен материалами между сторонами, арбитражными учреждениями и арбитрами по электронной почте. Использование такого способа с условием фиксации доставки электронного сообщения адресату, в том числе с подтверждением успешного прочтения (расшифрования) полученных электронных файлов, предусмотрено регламентами ряда российских и иностранных арбитражных учреждений.

Как указано в п. 65 Постановления ВС РФ N 25, если иное не установлено законом или договором и не следует из обычая или практики, установившейся во взаимоотношениях сторон, юридически значимое сообщение может быть направлено посредством электронной почты, факсимильной и другой связи; осуществляться в иной форме, соответствующей характеру сообщения и отношений, информация о которых содержится в таком сообщении, когда можно достоверно установить, от кого исходило сообщение и кому оно адресовано.

13.3. Отказ от права на возражение

Правило об отказе от права на возражение было изначально включено в Закон о МКА (ст. 4), будучи, как и многие иные положения, имплементировано из Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Указанное принципиальное положение основано на распространенной в общем праве, нашедшей успешное практическое применение в международном праве и набирающей распространение в континентальном частном праве концепции **эстоппеля**, или утраты права на возражение (**estoppel - venire contra factum proprium**). Согласно этой концепции сторона утрачивает право ссылаться на определенное право или обстоятельства, имеющие процессуально-правовое значение, если из ее действий другая сторона могла разумно предположить, что вышеупомянутая сторона отказалась от

возможности ссылаться на такое право или обстоятельства.

Данный правовой инструмент среди прочих процессуальных средств направлен на повышение эффективности арбитражной процедуры, стимулирование процессуальной добросовестности сторон и противодействие тактикам, направленным на затруднение или затягивание процесса посредством некорректных "запоздалых" процессуальных маневров. Применение положения об отказе от права на возражение, по сути, препятствует тактике "накопления" сторонами свидетельств действительного либо мнимого отступления от правил процедуры с целью их "предъявления" на завершающей стадии арбитражного разбирательства или в ходе государственного судебного контроля, чтобы доказать нелегитимность окончившейся стадии арбитражной процедуры или (если речь идет о государственном суде) арбитражного разбирательства в целом.

Наступление соответствующих последствий обычно связывается с одновременным наличием следующих условий:

1) несоблюдение какой-либо диспозитивной нормы применимого законодательства о международном коммерческом арбитраже, или положений арбитражного соглашения, или правил арбитража. Следует подчеркнуть, что правило об отказе от права на возражение не затрагивает действия соответствующих императивных предписаний;

2) стороне объективно известно или должно было быть известно о факте несоблюдения диспозитивного положения закона или требования арбитражного соглашения. Очевидно, слово "известно" следует толковать не в том смысле, что сторона осознает допущенное в ходе процедуры отступление, а в том смысле, что сторона, в частности ее представитель, проинформированы либо признаются проинформированными о соответствующих фактах. При этом "участием в арбитраже" следует признавать не только участие стороны или ее представителя в устных слушаниях, если таковые проводятся, но и иные формы участия: знакомство с материалами дела, направление любых письменных объяснений и т.д.;

3) соответствующее возражение заявлено несогласной стороной своевременно. Если подлежащей применению нормой, регулирующей третейскую процедуру, срок не установлен, то сторона должна заявить возражение без "неоправданной задержки". Оправданность или неоправданность задержки будет оцениваться с учетом конкретных обстоятельств. В частности, согласно широко принятому подходу задержка может быть признана "уважительной", если возражающая сторона докажет, что с учетом обстоятельств дела незаявление ею возражения было обоснованным.

В ст. 32 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ положение об отказе от права на возражение (**waiver of right to object**) значительно отличается от соответствующей нормы (ст. 30) первоначального текста этого Регламента (1976), которая почти идентична норме об отказе от права на возражение, содержащейся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Данное положение было переформулировано таким образом, что условия наличия "отказа" стали более гибкими: "То обстоятельство, что какая-либо из сторон не возразила незамедлительно против любого несоблюдения настоящего Регламента или любого требования арбитражного соглашения, считается отказом от права этой стороны заявить такое возражение, если только эта сторона не сможет доказать, что с учетом обстоятельств незаявление возражения было обоснованным".

Представляется, что правило об отказе от права на возражение охватывает также случаи, когда имеется не только молчаливое согласие сторон при отступлении от соответствующих диспозитивных "параметров" арбитражной процедуры, но и их конклюдентное согласие с установленным третейским судом порядком ведения процедуры, предписаниями третейского суда, постановлениями арбитражного учреждения, в том числе в тех случаях, когда соответствующие полномочия реализуются в целях восполнения пробелов в применимых процессуальных правилах.

Подобные дополнения содержатся в ряде недавно принятых арбитражных регламентов, например в Регламенте ICC в редакции 2017 г. (ст. 40).

Важно учитывать, что поведение стороны, рассматриваемое как отказ от дальнейших возражений против имевших место отступлений от изначально определенных параметров арбитражной процедуры, ведет к тому, что такой отказ будет иметь правовое значение не только в рамках арбитражного

(третейского) разбирательства, но и при рассмотрении заявлений об отмене и (или) признании и приведении в исполнение соответствующего решения третейского суда в государственном суде.

Не признается отказавшейся от права на возражение сторона, которая, заявив надлежащим образом о допущенном в ходе третейской процедуры нарушении, продолжает участие в разбирательстве дела, своевременно сделав надлежащим образом выраженную оговорку, т.е. "под протестом".

В соответствии с Правилами арбитража МКС МКАС (2017; § 44 "Отказ от права на возражение"), "если сторона не заявляет в предусмотренный срок или, когда таковой не установлен, то без неоправданной задержки, возражение против несоблюдения в ходе арбитражного разбирательства какого-либо предписания Правил либо иных положений и правил МКАС, арбитражного соглашения или применимых диспозитивных норм законодательства об арбитраже, она считается отказавшейся от своего права на возражение".

Данное правило впервые появилось в правилах МКАС в подобном виде с принятием Регламента МКАС при ТПП РФ 2005 г.

При оценке специалистами положений Типового закона ЮНСИТРАЛ, аналогичных нормам Закона о МКА, имела место дискуссия относительно того, должна ли осведомленность стороны о процессуальном "отступлении" быть фактической либо допускается вмененная осведомленность, т.е. охватываются ли нормой случаи, когда сторона "должна была знать" <11>.

<11> Никифоров И.В. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году): Рабочая тетрадь. М., 2015. С. 519.

Практика высших судебных органов РФ пошла по пути допущения вмененной осведомленности. Так, Президиум ВАС РФ при наличии основания для применения аналогичных комментируемым положений ст. 4 Закона о МКА пришел к выводу, что уклонение стороны, надлежаще извещенной об арбитражном разбирательстве, от представления своих возражений в ходе такого разбирательства, участия в устном слушании дела влечет утрату данной стороной права заявить возражения по поводу толкования составом арбитрагов арбитражного соглашения, когда соответствующими государственными судами рассматривается ходатайство об отмене арбитражного решения. Президиум ВАС РФ также указал, что "необоснованное уклонение надлежащим образом извещенной стороны от участия в процессе не может рассматриваться как неучастие в третейском разбирательстве" <12>.

<12> Постановление Президиума ВАС РФ от 11.05.2005 N 207/04 // СПС "КонсультантПлюс".

Правило об утрате права на возражение было применено ВАС РФ при отказе в передаче дела в Президиум по заявлению об отмене решения МКАС при ТПП РФ в деле N ВАС-2861/11 <13>. Данное правило применялось и ВС РФ в качестве процессуального принципа в связи с делом, рассмотренным на основании Закона о третейских судах, т.е. до нормативного закрепления соответствующего правила в законодательстве, регулирующем арбитраж внутренних споров. В Определении ВС РФ от 24 февраля 2015 г. по делу N 304-ЭС14-495 было констатировано, что если сторона, против которой вынесено третейское решение, участвовала в третейском разбирательстве и не заявляла несогласия с ходом третейского разбирательства на соответствующей его стадии, возражений против фактов, о которых стороне было известно, такие возражения после принятия третейским судом решения по делу могут быть расценены как недопустимое злоупотребление правом в целях неисполнения третейского решения, состоявшегося не в пользу недобросовестной стороны <14>.

<13> Определение ВАС РФ от 18.04.2011 N ВАС-2861/11 // СПС "КонсультантПлюс".

<14> Определение ВС РФ от 24.02.2015 по делу N 304-ЭС14-495 // СПС "КонсультантПлюс".

13.4. Иск и отзыв на иск, встречный иск, требования в целях зачета <*>

<*> Автор параграфа благодарит А.С. Антонова за помощь в подготовке материалов.

13.4.1. Порядок подачи и требования к исковому заявлению и отзыву

Законодательное регулирование достаточно сжато затрагивает вопросы предъявления иска (отзыва на иск) в международном коммерческом арбитраже. Так, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ данному вопросу посвящена ст. 23, закрепляющая обязанность сторон в течение согласованного ими срока либо срока, определенного арбитражем, предъявить исковое заявление, в котором необходимо изложить:

- факты, обосновывающие иск;
- вопросы, подлежащие разрешению;
- суть требования.

Ответчик вправе представить возражения по каждому из заявленных пунктов. Типовой закон ЮНСИТРАЛ предусматривает право стороны приложить все доказательства, которая она считает относимыми к делу, а также возможность в будущем изменить либо дополнить свои требования, если это не противоречит предварительным договоренностям сторон. Данное положение дословно инкорпорировано в ст. 23 Закона о МКА.

Ключевым правовым источником, на который в первую очередь следует обратить внимание при изучении требований к иску и отзыву, является конкретный арбитражный регламент, выбранный сторонами для разрешения спора. В табл. 13.1 представлено сравнение положений наиболее популярных арбитражных регламентов.

Таблица 13.1

Арбитражный регламент	Просьба, заявление или уведомление об арбитраже	Исковое заявление	Отзыв/Возражения
<p>ЮНСИТРАЛ</p>	<p>Статья 3 Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Требование о передаче спора на арбитражное разбирательство 2. Наименования и контактные данные сторон 3. Указание на соответствующее арбитражное соглашение 4. Указание на какой-либо договор или другой юридический документ, из которого или в отношении которого возникает спор, или, в отсутствие такого договора или документа, краткое описание соответствующего правоотношения 5. Краткое описание искового требования и указание в соответствующем случае размера спорной суммы 6. Заявляемое требование или средство правовой защиты 7. Предложение относительно числа арбитров, языка и места арбитражного разбирательства, если это не было ранее согласовано сторонами 8. Подтверждение оплаты необходимых сборов 9*. Предложение о назначении компетентного органа 10*. Предложение о назначении единоличного арбитра 11*. Уведомление о назначении арбитра 	<p>Статья 20 Форма: 1.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. В уведомлении об арбитраже при условии его соответствия установленным для искового заявления требованиям либо 2. Отдельное исковое заявление <p>Срок: Устанавливается арбитражем</p> <p>Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Наименования и контактные данные сторон 2. Изложение обстоятельств, подтверждающих искомые требования 3. Спорные вопросы 4. Испрашиваемое удовлетворение или средство правовой защиты 5. Юридические основания или аргументы, подкрепляющие исковое требование <p>Приложения:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Копии любого договора или другого юридического документа, из которого или в отношении которого возникает спор 2. Копия арбитражного соглашения 3*. Все документы и другие доказательства, на которые опирается истец, или ссылки на них (насколько возможно) 	<p>Статья 21 Форма:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ответ на уведомление об арбитраже при условии его соответствия требованиям, установленным для отзыва либо 2. Отдельные возражения на исковое заявление <p>Срок: Устанавливается арбитражем</p> <p>Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ответ на обстоятельства, указанные истцом в подтверждение исковых требований 2. Ответ на юридические основания или аргументы, подкрепляющие исковое требование <p>Приложение: Все документы и другие доказательства, на которые опирается ответчик, или ссылки на них (насколько возможно)</p>

<p>МКАС при ТПП РФ (2017)</p>	<p>Не регламентируется</p>	<p style="text-align: center;">§ 2 Срок:</p> <p>Не устанавливается. Арбитражное разбирательство начинается подачей искового заявления</p> <p style="text-align: center;">§ 3 Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Наименование, почтовые адреса, номера телефонов, факсов и адреса электронной почты сторон 2. Требования истца 3. Обоснование компетенции 4. Изложение фактических обстоятельств, на которых основаны исковые требования 5. Подтверждающие эти обстоятельства доказательства 6. Обоснование исковых требований с учетом применимых норм права 7. Цена иска (общая сумма всех требований) 8. Расчет суммы каждого требования 9. Перечень документов, прилагаемых к исковому заявлению 10. Подпись полномочного лица 11. При необходимости сведения, касающиеся формирования состава арбитров (избранный истцом арбитр, запасной арбитр и т. д.) <p style="text-align: center;">Приложения:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Документальное подтверждение полномочий 2. Подтверждение оплаты необходимых сборов 3. Остальные приложения, имеющие значение для рассмотрения спора 	<p style="text-align: center;">§ 6 Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Наименование, почтовый адрес, номер телефона, факса и адрес электронной почты ответчика 2. Заявление ответчика о признании или возражении против исковых требований 3. Изложение фактических обстоятельств, на которых основана позиция ответчика 4. Подтверждающие эти обстоятельства доказательства 5. Обоснование позиции ответчика с учетом применимых норм права 6. Перечень документов, прилагаемых к отзыву на исковое заявление 7. Отзыв на исковое заявление подписывается полномочным лицом; прилагается документальное подтверждение его полномочий <p style="text-align: center;">Срок:</p> <p>Не более 30 дней с даты получения копии искового заявления представить отзыв на исковое заявление</p>
--	----------------------------	--	---

<p>SCC (2017)</p>	<p>Статья 6 Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Наименования, адреса, телефонные номера, а также адреса электронной почты сторон и их представителей 2. Краткое изложение существа спора 3. Предварительное изложение требований истца с оценкой денежной стоимости требований 4. Копия или описание арбитражного соглашения или оговорки, на основе которой спор должен быть разрешен 5. Если требования основаны более чем на одном арбитражном соглашении, - указание на арбитражное соглашение, в рамках которого каждое из требований было заявлено 6. Комментарии в отношении количества арбитров и места арбитража 7*. Если это применимо, имя, адрес, телефонный номер, а также адрес электронной почты арбитра, назначаемого истцом 	<p>Статья 29 Форма:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. В уведомлении об арбитраже при условии его соответствия установленным для искового заявления требованиям или 2. Отдельное исковое заявление <p>Срок: Устанавливается арбитрами</p> <p>Содержание: Информация, ранее не представленная по делу, должна содержать:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Изложение конкретных требований 2. Фактическую и правовую основу, на которой заявитель базирует свои требования 3. Любые доказательства, на которых заявитель основывает свои требования 	<p>Статья 29 Срок: Устанавливается арбитрами</p> <p>Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Любые возражения в отношении существования, действительности или применимости арбитражного соглашения 2. Заявление о том, признает ли ответчик и в каком размере он признает или отвергает требования истца 3. Фактическая и правовая основа заявлений и возражений ответчика 4. Встречный иск или требование о зачете с соответствующими обоснованиями 5. Любые доказательства, на которых основывается ответчик
<p>LCIA (2014)</p>	<p>Статья 1 Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Полное наименование и все контактные данные истца, его представителей и всех сторон арбитражного разбирательства 2. Полные условия арбитражного соглашения 3. Заявление с кратким изложением природы и обстоятельств спора 4. Денежная оценка спора или стоимость спорного объекта 5. Связанная со спором сделка (сделки) 6. Исковые требования, предъявленные истцом 	<p>Статья 15 Срок: В течение 28 дней после получения письменного уведомления от регистратора о формировании состава арбитров</p> <p>Форма:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Письменный документ о том, что просьба об арбитраже должна рассматриваться в качестве его искового заявления 2. Письменное исковое заявление лица, направившего такую просьбу 	<p>Статья 15 Срок: В течение 28 дней с момента получения искового заявления истца или письменного документа истца, в соответствии с которым просьба об арбитраже должна рассматриваться в качестве искового заявления лица, направившего такую просьбу</p> <p>Форма:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Письменный документ о том, что ответ должен рассматриваться в качестве заявления о защите 2. Письменное заявление о защите

	<p>7. Заявление по тем процессуальным вопросам арбитража, по которым стороны уже достигли письменного соглашения или в отношении которых истец вносит свои предложения</p> <p>8. Подтверждение оплаты регистрационного сбора</p> <p>9. Подтверждение доставки просьбы об арбитраже остальным участникам арбитража</p>	<p>Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Подробное изложение имеющих значение фактов и правовые аргументы 2. Испрашиваемые средства правовой защиты 3. Приложение всех существенных для рассмотрения спора документов 	<p>Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Указание имеющих значение фактов и правовые аргументы 2. Испрашиваемые средства защиты 3. Приложение всех существенных для рассмотрения спора документов
<p>ICC (2017)</p>	<p>Статья 4 Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Полное наименование, описание, адрес и другие контактные данные каждой из сторон 2. Полное наименование, адрес и другие контактные данные представителей истца в арбитражном производстве 3. Изложение характера и обстоятельств спора, послуживших причиной заявления требований и правовых оснований, по которым они заявлены 4. Изложение исковых требований вместе с указанием размера требований, подлежащих оценке и по возможности денежная оценка любых других требований 5. Все имеющие значение для дела соглашения, в частности арбитражные соглашения 6. Если требования заявлены на основании более чем одного арбитражного соглашения, - указание арбитражного соглашения, на основании которого заявлено каждое требование 7. Все имеющие значение сведения и 	<p>Не регламентируется</p>	<p>Статья 5 Форма:</p> <p>Возражение на исковое заявление отсутствует, его функции выполняет отзыв на заявление об арбитраже</p> <p>Срок:</p> <p>В течение 30 дней после получения заявления об арбитраже</p> <p>Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Полное наименование, описание, адрес и другие контактные данные ответчика 2. Полное наименование, адрес и другие контактные данные представителей ответчика в арбитражном производстве 3. Пояснения относительно характера и обстоятельств спора, послуживших причиной для заявления требований и оснований, по которым они заявлены 4. Ответ относительно исковых требований 5. Любые соображения или предложения относительно числа арбитров и их выбора с учетом предложений истца 6. Любые соображения или

	<p>любые соображения или предложения относительно числа арбитров и их выбора</p> <p>8. Все необходимые сведения и любые соображения или предложения, касающиеся места арбитража, применимого права и языка арбитража</p> <p>9. Копии заявления по числу лиц и арбитров</p> <p>10. Подтверждение оплаты сбора за подачу заявления</p> <p>11*. Иные документы или информация, которые истец считает уместным предоставить или которые могут способствовать эффективному разрешению спора</p>		<p>предложения, касающиеся места арбитража, применимого права и языка арбитража</p> <p>7. Копии отзыва по числу лиц и арбитров</p> <p>8*. Вместе с отзывом ответчик может представить иные документы или информацию, которые он считает уместными или которые могут способствовать эффективному рассмотрению спора</p>
<p>НКИАС (2013)</p>	<p>Статья 4 Содержание:</p> <p>1. Требование о том, чтобы спор был передан на рассмотрение в арбитражное разбирательство</p> <p>2. Имена и (если известны) адреса, номера телефонов и факсов, адреса электронной почты сторон и их представителей</p> <p>3. Копия арбитражного соглашения (соглашений)</p> <p>4. Ссылка на договор (договоры) или иной документ (документы), из которых или в отношении которых возник спор</p> <p>5. Изложение общей природы исковых требований и предварительное указание размера исковых требований в денежном выражении, если возможно</p> <p>6. Испрашиваемое возмещение или иное средство правовой защиты</p> <p>7. Предложение относительно числа арбитров</p>	<p>Статья 16 Форма:</p> <p>1. В уведомлении об арбитраже</p> <p>2. Уведомление об арбитраже в целом рассматривается как исковое заявление либо</p> <p>3. Отдельное исковое заявление</p> <p>Срок: Устанавливается арбитражем</p> <p>Содержание:</p> <p>1. Имена, адреса, номера телефонов и факсов, электронные адреса сторон</p> <p>2. Изложение обстоятельств, на которых основаны исковые требования</p> <p>3. Спорные вопросы</p> <p>4. Юридическое основание или аргумент, подтверждающий исковое требование</p> <p>5. Испрашиваемое удовлетворение или</p>	<p>Статьи 17 Форма:</p> <p>1. В тексте ответа на уведомление об арбитраже</p> <p>2. Ответ на уведомление об арбитраже в целом рассматривается как возражение по иску либо</p> <p>3. Отдельные возражения по иску</p> <p>Срок: Устанавливается арбитражем</p> <p>Содержание:</p> <p>1. Ответы на спорные вопросы, содержащиеся в исковом заявлении</p> <p>2. Описание фактических обстоятельств и юридических аргументов в поддержку оспаривания юрисдикции арбитражного суда или несогласием с тем, что состав арбитров сформирован</p>

	<p>8. Предложение истца относительно назначения единоличного арбитра</p> <p>9. Подтверждение того, что копии уведомления об арбитраже и все приложения к нему направлены сторонам</p> <p>10. Подтверждение оплаты регистрационного сбора</p>	<p>средство правовой защиты</p> <p>6. Все документы, на которые ссылается истец</p>	
SIAC (2016)	<p>Статья 3 Содержание:</p> <p>1. Требование о передаче спора на рассмотрение в арбитраж</p> <p>2. Наименования, адреса, телефонные номера, номера факса и адреса электронной почты сторон и их представителей</p> <p>3. Указание на арбитражное соглашение с приложением его копии</p> <p>4. Указание на договор или иной документ, из которого или в связи с которым возник спор, с приложением копий</p> <p>5. Краткое изложение характера и обстоятельств спора с указанием требований и, если возможно, предварительного расчета цены иска</p> <p>6. Изложение любых вопросов, касающихся ведения арбитражного разбирательства, по которым стороны ранее достигли соглашения или в отношении которых истец желает сделать предложение</p> <p>7. Предложение относительно количества арбитров, если оно не определено арбитражным соглашением</p>	<p>Статьи 3, 20 Форма:</p> <p>1. В тексте уведомления об арбитраже либо</p> <p>2. Отдельное исковое заявление</p> <p>Срок: Устанавливается арбитрами</p> <p>Содержание:</p> <p>1. Фактические обстоятельства, на которых основывается иск</p> <p>2. Правовые основания или доводы, на которых основывается иск</p> <p>3. Заявленные требования с указанием суммы всех требований, поддающихся количественному исчислению</p>	<p>Статьи 4, 20 Форма:</p> <p>1. В тексте ответа на уведомление об арбитраже либо</p> <p>2. Отдельное возражение срок: Устанавливается арбитрами</p> <p>Содержание:</p> <p>1. Фактические обстоятельства, на которых основываются возражения на исковое заявление</p> <p>2. Правовые основания или доводы, на которых основываются возражения</p> <p>3. Заявленные требования</p>

<p>8. Выдвижение кандидатуры арбитра, если арбитражное соглашение предусматривает трех арбитров, или предложение кандидатуры единоличного арбитра</p> <p>9. Комментарии о применимом праве</p> <p>10. Комментарии в отношении языка арбитража</p> <p>11. Оплата предусмотренного Регламентом регистрационного сбора</p> <p>12*. Исковое заявление</p>		
---	--	--

Примечание: * отмечены факультативные требования.

Читатель наверняка заметил сравнение в табл. 13.1 не только иска и отзыва, но и уведомления об арбитраже. Рассматривая вопрос предъявления искового заявления в арбитраж, необходимо учитывать, что в отличие от привычной системы в государственных судах, где иск является основным документом, с которого все начинается и которым часто все ограничивается, в коммерческом арбитраже возможно разделение данного документа на два обособленных: уведомление об арбитраже и исковое заявление.

Так, из анализа табл. 13.1 видно, что можно выделить три основных подхода для инициации арбитража и момента подачи иска:

1. Подается уведомление об арбитраже, а на следующем этапе подается сам иск.
2. Подается уведомление об арбитраже, которое может содержать иск "внутри себя". Заявитель может ограничиться этим документом либо позднее подать более полный самостоятельный иск.
3. Подается только исковое заявление, которое включается в себя, помимо обстоятельств дела и правовой позиции, необходимые сведения для инициации арбитража, такие как выбор арбитров, оплата арбитражного сбора и т.п.

В зависимости от выбранных правил и избранного истцом способа их реализации аналогичные правила применяются к отзыву и форме его изложения.

Компаративный анализ приведенных правил позволяет выявить общие требования к содержанию иска. Так, он должен содержать следующую информацию (исключая те случаи, когда уведомление об арбитраже необходимо включать в иск):

- фактические обстоятельства дела;
- правовую позицию;
- требования (способ защиты права).

Отзыв должен быть структурирован аналогичным образом. Дополнительно в него могут быть включены аргументы процессуального характера, например оспаривающие юрисдикцию арбитража, поскольку истец **ipso facto** считает, что у трибунала она имеется.

Следовательно, для определения требований к исковому заявлению и отзыву на него необходимо изучать применимые правила арбитража с оглядкой на **lex arbitri**.

Теперь для сравнения рассмотрим регулирование подачи искового заявления и отзыва и требования к ним во внутреннем арбитраже. Поскольку законодательство в сфере регулирования третейских судов и ПДАУ на территории РФ менее обременено международными стандартами и Типовым законом ЮНСИТРАЛ, законодатель позволил себе большую интервенцию в эту область.

Нельзя не обратить внимания на ст. 25 Закона об арбитраже, которая нетипично подробно для подобного нормативного акта регулирует требования к рассматриваемым процессуальным документам. В ней дается широкий перечень требований к содержанию искового заявления:

- наименования и контактные данные сторон;
- дата искового заявления;
- наименования (фамилия, имя и, если имеется, отчество) и место нахождения (проживания) сторон арбитража;
- обоснование компетенции третейского суда;
- требования истца;

- обстоятельства, на которых истец основывает свои требования;
- доказательства, подтверждающие основания исковых требований;
- цена иска;
- перечень прилагаемых к исковому заявлению документов и иных материалов.

Такая подробность связана с рецепцией статьи из Закона о третейских судах (ст. 23), которая закрепляла аналогичный список с оговоркой, что дополнительные условия могут быть предусмотрены правилами третейского суда. При этом Закон о третейских судах устанавливал данные критерии как императив, а его правопреемник оставляет сторонам возможность договориться об ином. Следует помнить, что избрание конкретного регламента третейского суда также квалифицируется как избрание сторонами иного порядка.

Закон не устанавливает специальных требований к содержанию отзыва на исковое заявление. Отзыв по своей сути состоит из контраргументов на то, что ранее заявил истец. Вопрос же сроков и порядка подачи остается на усмотрение правил конкретных локальных арбитражей.

В целом *lex arbitri* для внутренних споров на территории РФ традиционно стремится к унификации с требованиями, установленными процессуальными законами для судебных споров (см., например, ст. 125 АПК РФ и ст. 131 ГПК РФ).

В третейских судах, как правило, не разделяется момент инициации споров с моментом подачи иска в арбитражное учреждение (например, ст. 5 Регламента Арбитражного центра при РСПП), что симптоматично, учитывая законодательные требования к содержанию исковых заявлений, которые, по сути, включают в себя условия, обычно предъявляемые к уведомлениям об арбитраже.

13.4.2. Порядок предъявления встречного иска. Требования к зачету

Усложнение экономических отношений, а следовательно, и споров приводит к тому, что у сторон может возникнуть несколько требований друг к другу как из одного контракта или группы связанных сделок, так и из независимых правоотношений, в которых есть совпадение лишь по субъектам.

Для повышения эффективности разрешения данных конфликтов, упрощения их рассмотрения и избавления сторон от необходимости по очереди платить друг другу при наличии встречных требований появились такие институты, как встречный иск и зачет требований. Во всех известных автору юрисдикциях встречный иск является процессуальным инструментом, зачет же может регулироваться и материальными нормами.

Несмотря на то, что оба инструмента направлены на достижение процессуальной экономии и схожей экономической цели, между ними есть ряд существенных различий.

Так, ст. 410 ГК РФ под зачетом понимает прекращение полностью или частично встречного однородного требования, срок которого наступил либо не указан или определен моментом востребования. Иными словами, зачет - это метод прекращения взаимных встречных обязательств сторон, если такие обязательства отвечают требованиям применимого материального права <15>. При этом требования должны быть монетарными, такими как долг или убытки, а не исполнением обязательства в натуре <16>.

<15> Scherer M. Set-off in International Arbitration // Austrian Yearbook on International Arbitration 2015 / Ed. by Ch. Klausegger, P. Klein, etc. Manz, 2015. P. 451 - 474.

<16> **Tony Lee Motors Ltd. v. M.S. McDonald & Son** (1974) // New Zealand Law Reports. 1981. Vol. 2. P. 281; **Hamilton Ice Arena Ltd. v. Perry Developments Ltd.** // New Zealand Law Reports. 2002. Vol. 1. P. 309.

В то же время встречный иск является полностью процессуальным инструментом, который в первую

очередь должен отвечать требованиям, предъявляемым к исковому заявлению. Это могут быть как однородные, так и иные требования; в зависимости от юрисдикции и арбитражных правил широта применения встречного иска варьируется: от частичного совпадения круга лиц по разным правоотношениям (хотя требование ответчика так или иначе должно быть направлено к истцу) до строгого совпадения сторон, правоотношения и арбитражной оговорки <17>.

<17> Koller Ch. Contemplations on Set-off and Counterclaim in International Commercial Arbitration // Austrian Arbitration Yearbook 2008 / Ed. by Ch. Klausegger, P. Klein, etc. Manz, 2008. P. 59 - 85.

Как отмечает профессор К. Бергер в своей работе "Зачет в международном экономическом арбитраже", зачет и встречный иск по своему предназначению находятся на "расстоянии вытянутой руки" друг от друга, поскольку оба:

- служат одной институциональной цели - эффективному отправлению правосудия, препятствующему приумножению споров;

- способствуют экономической цели ответчика - уменьшению долга по отношению к истцу <18>.

<18> Berger K.P. Set-off in International Economic Arbitration // Arbitration International. 1999. Vol. 15. P. 53 - 84.

Для иллюстрации отличий между этими двумя институтами профессор Бергер ссылается на английское судебное решение XIX в. по делу **Stooke v. Taylor**, в котором зачет сравнивается со зчетом, а встречный иск - с мечом <19>. Ответчик, уповающий на зачет, может только снизить (вплоть до нуля) требования истца, даже если зачет производится против требования, которое превышает первоначальное требование истца <20>.

<19> Stooke v. Taylor // Queen's Bench Division. 1880. Vol. 5. P. 569 - 575.

<20> Berger K.P. Op. cit. P. 53 - 84.

Встречный иск может быть направлен не на зачет или не только на него, а на получение арбитражного решения против истца. В связи с этим в большинстве случаев за встречный иск необходимо оплачивать арбитражный сбор, в то время как зачет не требует дополнительных взносов. Однако ряд арбитражных регламентов приравнивают эти два института и предъявляют к ним одинаковые требования. Табл. 13.2 демонстрирует сравнение требований, предъявляемых различными арбитражными институтами к зачету и встречному иску.

Таблица 13.2

Арбитражный регламент	Встречный иск	Зачет
Юнситрал	<p style="text-align: center;">Статья 21 Срок:</p> <p>1. В момент направления возражения - в составе возражений 2. На более поздней стадии (с позволения третейского суда) - отдельно</p> <p style="text-align: center;">Содержание:</p> <p>1. Наименования и контактные данные сторон 2. Изложение обстоятельств, подтверждающих искомые требования 3. Спорные вопросы 4. Испрашиваемое удовлетворение или средство правовой защиты 5. Юридические основания или аргументы, подтверждающие искомое требование</p> <p style="text-align: center;">Приложения:</p> <p>1. Копии любого договора или другого юридического документа, из которого или в отношении которого возникает спор 2. Копия арбитражного соглашения 3*. Все остальные документы, на которых основывается ответчик (насколько возможно)</p> <p style="text-align: center;">Условие:</p> <p>Наличие у арбитража компетенции</p>	
МКАС при ТПП РФ (2017)	<p style="text-align: center;">§ 13 Регламента, § 5 Положения об арбитражных сборах и расходах Общие требования для встречного иска и зачета Срок:</p> <p>Не более 30 дней с даты получения искового заявления</p> <p style="text-align: center;">Условие:</p> <p>1. Наличие арбитражного соглашения, предусматривающего возможность предъявления встречного иска или требования в порядке зачета 2. Оплата арбитражного сбора</p> <p style="text-align: center;">Содержание:</p> <p>1. Наименование, почтовые адреса, номера телефонов, факсов и адреса электронной почты сторон 2. Требования ответчика</p>	Сбором не облагается
		Нет дополнительных требований

	<p>3. Обоснование компетенции 4. Изложение фактических обстоятельств, на которых основаны встречные иски 5. Подтверждающие эти обстоятельства доказательства 6. Обоснование встречных исковых требований с учетом применимых норм права 7. Цена встречного иска 8. Расчет суммы каждого требования 9. Перечень документов, прилагаемых к встречному исковому заявлению</p>	
<p>SCC (2017)</p>	<p style="text-align: center;">Статьи 9, 29, 30</p> <p>Встречный иск и требования о зачете могут быть поданы: 1) вместе с объяснениями ответчика на просьбу об арбитраже; 2) вместе с отзывом на исковое заявление; 3) в порядке внесения изменения в ответ на исковое заявление</p>	
<p>LCIA (2014)</p>	<p style="text-align: center;">Статья 15 (п. 15.3)</p> <p style="text-align: center;">Срок:</p> <p>В течение 28 дней с момента получения искового заявления истца или письменного документа истца, в соответствии с которым просьба об арбитраже должна рассматриваться в качестве искового заявления лица, направившего такую просьбу</p> <p style="text-align: center;">Форма:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. В составе письменного документа о том, что ответ должен рассматриваться в качестве заявления о защите 2. В составе письменного заявления о защите <p style="text-align: center;">Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Полное наименование и все контактные данные ответчика, его представителей и всех сторон арбитражного разбирательства 2. Полные условия арбитражного соглашения 3. Заявление со сжатым изложением природы и обстоятельств спора 4. Денежная оценка спора или стоимость спорного объекта 5. Связанная со спором сделка (сделки) 6. Исковые требования, предъявленные истцом 7. Заявление в отношении тех процессуальных вопросов арбитража, по которым стороны уже достигли письменного 	<p>Не регламентируется</p>

	соглашения или в отношении которых ответчик вносит свои предложения 8. Подтверждение оплаты регистрационного сбора	
ICC (2017)	<p style="text-align: center;">Статья 5 Форма:</p> <p>Вместе с отзывом на заявление об арбитраже</p> <p style="text-align: center;">Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Описание характера и обстоятельств спора, послуживших причиной для заявления встречных требований, перечисление оснований, по которым они заявлены 2. Изложение встречных исковых требований вместе с указанием размера встречных требований, подлежащих оценке, и по возможности денежная оценка любых других встречных требований 3. Все соответствующие соглашения, в частности арбитражные соглашения 4. Если встречные требования заявлены на основании более чем одного арбитражного соглашения, - указание арбитражного соглашения, на основании которого заявлено каждое встречное требование 5*. Вместе со встречными требованиями ответчик может представить иные документы или информацию, которые он считает уместными или которые могут способствовать эффективному рассмотрению спора 	<p style="text-align: center;">Статья 36</p> <p>Если одна из сторон предъявляет требования к зачету по любому требованию, такой зачет принимается в расчет при определении аванса на покрытие арбитражных расходов таким же образом, как и по отдельному требованию, в той мере, в какой это может потребовать от третейского суда рассмотрения дополнительных вопросов</p>
НКИАС (2013)	<p style="text-align: center;">Статьи 5, 17 Форма:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. В тексте ответа на уведомление об арбитраже 2. В возражениях по иску <p style="text-align: center;">Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ссылка на договор (договоры) или иной документ, из которого или в отношении которого возникает встречный иск или требование для целей зачета 2. Изложение общей природы встречного иска с указанием размера такого иска или требования в денежном выражении, если возможно 3. Изложение фактических обстоятельств в поддержку встречного иска или требования для целей зачета 4. Спорные вопросы 5. Юридическое основание или аргумент, подкрепляющие встречный иск или требования для целей зачета 	

	6. Испрашиваемое удовлетворение или средство правовой защиты 7. Подтверждение оплаты необходимых сборов	
SIAC (2016)	<p align="center">Статья 4, 20 Форма:</p> <p>В тексте ответа на уведомление об арбитраже с указанием:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) фактических обстоятельств, на которых основываются возражения на исковое заявление; 2) правовых оснований или доводов, на которых основываются такие возражения; 3) заявленных требований 	<p align="center">Статья 28 (п. 5) Форма:</p> <p>Сторона может заявлять требование о зачете или возражать против основного требования, заявляя о возможности применения зачета в пределах, допустимых регламентом и применимым правом</p>
ICDR (2014)	<p align="center">Статья 3</p> <p>Ответчик может предъявить любые встречные требования или требования в целях зачета, охватываемые арбитражным соглашением</p> <p align="center">Содержание:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Требование о передаче спора в арбитраж 2. Имена, адреса, номера телефонов, номера факсов и адреса электронной почты сторон и, если известно, их представителей 3. Копия арбитражной оговорки или соглашения 4*. При предъявлении встречного иска по нескольким арбитражным соглашениям - копия арбитражного соглашения, в соответствии с которым составляется каждое требование 5. Ссылка на контракт, из которого или в связи с которым возникает спор 6. Описание претензии и подтверждающие ее факты 7. Испрашиваемое требование или средство правовой защиты 8. Предложения относительно назначения и числа арбитров, места арбитража, языков арбитража, а также предложения касательно проведения процедуры медиации 9. Подтверждение оплаты необходимых сборов 	

Примечание: * отмечены факультативные требования.

Как видно из приведенных правил, единообразия в восприятии и дифференциации зачета и встречного иска нет. Можно лишь отметить, что правила стремятся ограничить возможность рассмотрения требования из зачета или встречного иска либо правоотношением, по которому истец инициировал арбитраж, либо арбитражной оговоркой, прямо предусматривающей возможность рассмотрения требований о зачете и встречных исков из других правоотношений в рамках одного спора. Данный подход видится оправданным, так как согласно Нью-Йоркской конвенции 1958 г. выход за пределы арбитражной оговорки является безусловным основанием для отказа в признании и приведении в исполнение решения коммерческого арбитражного суда.

В национальном регулировании арбитража в России обращают на себя внимания весьма широкие формулировки арбитражного законодательства. Единственное упоминание о встречном иске в Законе о МКА можно найти в ст. 2, которая определяет "термины и правила толкования". В ней говорится о том, что встречный иск должен отвечать всем требованиям обычного иска. Из этого можно сделать вывод, что если **lex arbitri** - право РФ, то больше шансов быть принятым у того встречного иска, который вытекает из той же арбитражной оговорки и того же правоотношения, что и требование истца. В отношении зачета Закон о МКА не предусматривает специального регулирования.

Регулирование внутреннего арбитража уделяет больше внимания рассматриваемым институтам. Так, в п. п. 7, 8 ст. 25 Закона об арбитраже предусматривается, что, если стороны не договорились об обратном, ответчик вправе предъявить встречный иск, который будет существенно связан с первоначальным иском. Такая формулировка расширяет вариативность встречных требований, так как "существенная связь" может быть у правоотношения из другой сделки, однако наличие арбитражной оговорки для этого требования также императивно.

Вернемся к рассмотрению проблематики зачета через призму международного опыта. Необходимо принимать во внимание следующие аспекты. В различных юрисдикциях зачет воспринимается по-разному, он может быть закреплен как в материальном, так и в процессуальном праве. В то время как материальное право регулирует вопросы возникновения и существования права, процессуальное - порядок его защиты. Материальное право устанавливает обязательства для сторон, процессуальное - для суда либо арбитража <21>.

<21> Hohfeld W.N. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays / Ed. by W. Coke. New Haven, 1920. P. 36 - 38. См. также: Balganesch S. Demystifying the Right to Exclude: Of Property, Inviolability, and Automatic Injunctions // Harvard Journal of Law and Public Policy. 2008. Vol. 31. P. 593.

В романо-германских юрисдикциях зачет воспринимается с материально-правовой точки зрения, согласно которой существует два вида зачета. Зачет **ipso facto** - это зачет, возникший в силу самого факта, - с момента возникновения встречного требования. Данный подход присутствует во Франции, Бельгии, Испании, Италии и Канаде (Квебек) <22>. Зачет **ipso iure** - это зачет, возникающий с момента волеизъявления ответчика. Это декларативный подход, свойственный России, Германии, Австрии, Нидерландам, Швейцарии и Аргентине <23>.

<22> Статья 1290 ГК Франции; ст. 1290 ГК Бельгии; ст. 1195 - 1202 ГК Испании; ст. 1242 ГК Италии; ст. 1673 ГК Квебека.

<23> Hohfeld W.N. Op. cit. P. 36 - 38.

Если же применимое право воспринимает зачет как процессуальную норму, он возникает с момента вынесения судебного акта. Такой подход применяется, например, в США, Англии и даже во Франции (в случае, когда недостаточно условий для зачета **ipso facto**). Определение момента возникновения зачета необходимо для расчета требований и санкций за их неисполнение.

В случае возникновения проблемы определения юрисдикции рассмотрения требования о зачете, если она не возникает из сделки, по которой инициирован спор, арбитры могут обратить свое внимание на следующие источники: арбитражное соглашение, правила арбитража и **lex arbitri** <24>.

<24> См.: уже упоминавшиеся дела **Tony Lee Motors Ltd. v. M.S. McDonald & Son, Hamilton Ice Arena Ltd. v. Perry Developments Ltd.**

При этом, за редким исключением, ни один из упомянутых в табл. 13.2 источников не дает однозначного ответа на вопрос о допустимости зачета. В большинстве случаев стороны не упоминают в арбитражной оговорке возможность заявления защиты путем зачета. Ряд авторов склоняется к тому, что такое молчание исключает возможность зачета <25>; другие же (которых большинство) полагают, что такое право все-таки сохранено, так как, заявляя свое требование, истец должен ожидать все возможные средства защиты от него <26>.

<25> Dissenting opinion of Seyed K.K. **Sedco, Inc. v. Iran Marine Industrial Co.** // Iran-U.S. Claims Tribunal Reports. 1990. Vol. 21. P. 62 - 78; Mourre A. The Set-off Paradox in International Arbitration // Arbitration International. 2008. Vol. 24. P. 387 - 403.

<26> Poudret J.-F. Compensation et arbitrage // Le droit en action. Lausanne, 1996. P. 380; Pascal P., Louise G. Set-Off in Arbitration and Commercial Transactions. Oxford University Press, 2014. P. 14; Berger K.P. Op. cit. P. 53 - 84.

В отношении зачета арбитражные правила можно разделить на три типа:

- прямо запрещающие зачет;
- допускающие зачет во всех случаях (даже из споров, не покрытых арбитражной оговоркой);
- допускающие зачет, если он связан с предметом спора, что позволяет расширительное толкование.

Если ни арбитражная оговорка, ни правила арбитража не прояснили ситуацию, арбитры могут обратиться к **lex arbitri**. В РФ Закон о МКА не затрагивает вопрос зачета, а Закон об арбитраже указывает, что если стороны прямо не запретили зачет своим соглашением, то к нему применяются правила встречного иска. Иными словами, в России нельзя предъявить к зачету требование, которое не подпадает под действие арбитражной оговорки, обеспечивающей юрисдикцию конкретного внутреннего арбитража.

Даже если третейский суд определил, что имеет юрисдикцию рассматривать спор, возникает вопрос, какое право применять к требованию из зачета. В данном случае также существует несколько подходов:

1. Применение **lex fori/lex arbitri**, т.е. арбитраж при определении действительности зачета применяет право места проведения арбитража <27>.

<27> Allen v. Kemble // Moore's Privy Council Cases. 1848. Vol. 6. P. 314; **Rouquette v. Overmann** // Law Reports, Queen's Bench. 1875. Vol. 10. P. 525; **Maspous y Hermano v. Mildred, Goyeneche & Co.** // Queen's Bench Division. 1882. Vol. 9. P. 530, 541.

2. Применение права, регулирующего основное требование истца <28>.

<28> **Schöll M.** Set-off Defenses in International Arbitration Best Practices in International Arbitration / Ed.

by M. Wirth. [Zürich](#), 2006. P. 118, 120.

3. Кумулятивный подход, согласно которому зачет должен пройти тест на действительность в соответствии с правом, применимым как к требованию истца, так и к зачету. Как указывает профессор М. Шоль, с одной стороны, данный подход делает чрезмерным бремя доказывания, с другой - он является наиболее объективным и честным <29>.

<29> Ibid.

4. Подход **tronc commun**, который был разработан специально для арбитража и заключается в том, что арбитры сравнивают **lex arbitri**, право, применимое к основному спору, и право, применимое к встречному требованию; выделяют общие критерии к зачету и проверяют его соответствие только этим общим критериям. Данный подход хорошо себя зарекомендовал в деле ICC Case N 5917 <30>. Тем не менее есть у него и обратная сторона - исследование права трех юрисдикций требует значительных затрат времени и денег.

<30> Blessing M. *Introduction to Arbitration - Swiss and International Perspectives*. Basel, 1999. P. 192; Fountoulakis C. *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*. Bloomsbury Publishing, 2011. P. 188.

5. Использование международных инструментов для анализа зачета, таких как Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Принципы европейского контрактного права и т.п. Основной минус данного подхода - очень общие формулировки критериев оценки <31>.

<31> [Schöll M.](#) Op. cit.

Следовательно, применяя такие методы защиты, как встречный иск либо зачет, необходимо проанализировать, разрешает ли арбитражная оговорка их заявление (или не запрещает ли), как регулируется данный вопрос выбранным арбитражным регламентом, а также как регулирует данный вопрос законодательство места арбитража. Кроме того, важно понимать, что, если встречные требования возникли из иного договора, который не содержит арбитражное соглашение, национальные суды могут отказать (полностью или в части зачета) в признании вынесенного арбитражного решения на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 г. в связи с выходом за пределы оговорки.

13.4.3. Предъявление нескольких требований и требования к нескольким лицам

В практике нередко встречаются случаи, когда участниками правоотношения, подчиненного арбитражной оговорке, являются более двух лиц. Кроме того, как указывалось в предыдущем параграфе, между сторонами может быть заключено несколько сделок с типовой арбитражной оговоркой.

В таких случаях возникают следующие вопросы: можно ли предъявить исковое заявление от лица нескольких истцов, либо к нескольким ответчикам; можно ли объединить в одно дело несколько независимых требований между одинаковыми субъектами? Закон о МКА и Закон об арбитраже, как и многие другие **lex arbitri**, не регулируют данные вопросы. В связи с этим нам вновь необходимо обратиться к арбитражным регламентам.

Как арбитражные регламенты регулируют данные аспекты, показано в табл. 13.3.

Таблица 13.3

Арбитражный регламент	Положения о множественности
ЮНСИТРАЛ	Статьи 3, 10 Допускается множественность сторон
МКАС при ТПП РФ (2017)	<p style="text-align: center;">§ 15 Общие положения о множественности требований и участников арбитражного разбирательства</p> <p>Выражая согласие на передачу споров в МКАС при ТПП РФ, лицо соглашается с возможностью соединения нескольких требований в одном иске, объединением арбитражных разбирательств по нескольким делам, привлечением дополнительных сторон</p> <p style="text-align: center;">§ 11 Множественность договоров в иске</p> <p>Такой иск принимается к рассмотрению, если договоры охватываются одним арбитражным соглашением или несколькими арбитражными соглашениями, предусматривающими передачу споров в МКАС и совместимыми друг с другом по своему содержанию, а также связаны между собой в материально-правовом отношении</p> <p style="text-align: center;">§ 13 Участие дополнительной стороны</p> <p>Сторона арбитражного разбирательства вправе предъявить иск против дополнительной стороны, который может быть рассмотрен при условии, если требования против дополнительной стороны охватываются тем же арбитражным соглашением, на котором основан первоначальный иск либо</p> <p>Требования против дополнительной стороны охватываются другим арбитражным соглашением, предусматривающим передачу споров в МКАС и совместимым с первым арбитражным соглашением по своему содержанию, а также связаны с первоначальным иском в материально-правовом отношении</p> <p>Предъявление иска к дополнительной стороне или дополнительной стороной после завершения формирования третейского суда допускается при условии, что дополнительная сторона примет арбитраж в том состоянии, в котором он находится на такой момент, и откажется от оспаривания процессуальных действий по проведению арбитражного разбирательства, имевших место до этого момента, включая выдвижение возражений по процедуре формирования и составу третейского суда</p> <p>Третейский суд может не разрешить предъявление иска к дополнительной стороне или дополнительной стороной, принимая во внимание степень связи такого иска с первоначальным иском, стадию разбирательства, а также целесообразность наиболее эффективного ведения процесса. В этом случае такой иск может быть заявлен в самостоятельном разбирательстве</p>
SCC (2017)	Статья 14 Множественность договоров в иске
	<p>Принимается к рассмотрению, если:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) есть связь более чем с одним договором; 2) отсутствуют возражения какой-либо из сторон при отсутствии обстоятельств, явно свидетельствующих об отсутствии компетенции у арбитража в соответствии со ст. 12 (I)

LCIA (2014)	Статьи 7, 15 Допускается множественность сторон
ICC (2017)	Статья 14 Допускается множественность договоров в арбитраже, но учитывается следующее: 1. Были ли заключены надлежащие арбитражные оговорки 2. Возникает ли требование из той же сделки или серии сделок 3. Эффективность и оперативность разбирательства 4. Любые другие соответствующие обстоятельства Статья 17 Допускается множественность сторон
HKIAC (2013)	Статьи 8 - 9 Допускается множественность сторон и договоров при условии заключения надлежащей арбитражной оговорки
SIAC (2016)	Статья 6 Множественность договоров в иске Допускается множественность договоров, в этом случае возможно: 1. Отдельное уведомление и возбуждение арбитража с последующим объединением дел 2. Единое уведомление, но включающее заявление, содержащее указание на каждый договор и арбитражное соглашение, а также описание, каким образом применимые требования ст. 8.1 соблюдены Статья 12 Допускается множественность сторон

Сравнение арбитражных правил в очередной раз демонстрирует плюрализм подходов. Так, можно выделить ряд арбитражных правил, которые позволяют рассматривать требования из нескольких не связанных между собой договоров при условии наличия арбитражных соглашений. Другие же требуют, помимо оговорки, обязательную связь совокупности сделок между собой.

В отношении же множественности сторон проблем не возникает, если все стороны подписали арбитражное соглашение или если все стороны процесса, включая лицо, не подписавшее первоначальное соглашение, выразили согласие на его участие в деле. В таком случае происходит фактическое "подписание заново" оговорки конклюдентными действиями.

Глава 14. ЗАСЕДАНИЕ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

14.1 Устное слушание

Устное слушание в международном коммерческом арбитраже - один из важных этапов арбитражного разбирательства, который может играть весьма значимую роль в его исходе.

На особое место устного слушания в процедуре рассмотрения дела международным коммерческим арбитражем указывал В.А. Мусин, констатируя, что, во-первых, именно на данной стадии спорящие стороны (и иные участвующие в деле лица) имеют возможность непосредственно перед составом третейского суда изложить свои позиции и представить дополнительные аргументы в их обоснование; во-вторых, на этой стадии делаются выводы о допустимости, относимости, существенности и значимости представленных сторонами доказательств; и в-третьих, именно на данной стадии состав третейского суда в ходе заслушивания лиц, участвующих в деле, свидетелей и экспертов дает окончательную оценку доказательствам (которая может отличаться от первоначальной, сложившейся до слушания дела), на этой основе у состава арбитров формируется убеждение, каким образом следует разрешить спор по существу <1>.

<1> Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. СПб.; М., 2012. С. 202. Профессор В.А. Мусин, памяти которого посвящено данное (второе) издание настоящего учебника, был автором соответствующей главы первого издания учебника.

Вместе с тем устное слушание не является обязательным элементом арбитражного разбирательства, поскольку по отдельным категориям дел (как правило, несложным) регламентами многих арбитражных центров предусматривается упрощенное производство, предполагающее осуществление арбитражного разбирательства исключительно на основе письменных документов.

В соответствии с п. 1 ст. 24 Закона о МКА при условии соблюдения любого иного соглашения сторон третейский суд принимает решение о том, проводить ли устное слушание дела для представления доказательств или для устных прений, либо осуществлять разбирательство только на основе документов и других материалов. Однако, кроме того случая, когда стороны договорились не проводить устного слушания, третейский суд должен провести такое слушание на сообразной стадии арбитражного разбирательства, если об этом просит любая из сторон.

Указанная статья практически аналогична ст. 24 Типового закона ЮНСИТРАЛ, в пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к которому указанное право стороны рассматривается в качестве ее основного процедурного права.

Таким образом, дискреционные полномочия третейского суда по вопросу о том, проводить или не проводить устное слушание, ограничены усмотрением сторон. Третейский суд может воздержаться от проведения устного слушания в двух случаях:

- 1) когда стороны договорились не проводить устного слушания;
- 2) когда при отсутствии такой договоренности ни от одной из сторон не поступит просьбы провести такое слушание.

Если при наличии соглашения сторон о разбирательстве без проведения устного слушания одна из них тем не менее обращается к третейскому суду с просьбой провести такое слушание, третейский суд формально легитимирован на отказ в проведении устного слушания при изложенных обстоятельствах со ссылкой на принцип **pacta sunt servanda**. Такая точка зрения высказана в специальной литературе <2>.

<2> См.: Practitioner's Handbook on International Arbitration / Ed. by F. Weigand. München, 2002. P. 1243.

Однако необходимо учитывать, что подобный отказ может дать повод проигравшей дело стороне "торпедировать" решение третейского суда в компетентном государственном суде ввиду того, что данная сторона именно по этой причине не могла представить свои объяснения третейскому суду, а отсутствие такой возможности носит более весомый характер, нежели следование соответствующей договоренности, поскольку и предусмотрено в качестве одного из оснований как для отмены решения третейского суда, так и для отказа в его принудительном исполнении (см. п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., п. 1(b) ст. IX Европейской конвенции 1961 г., а также национальное процессуальное законодательство <3>).

<3> Международный коммерческий арбитраж: Учебник... С. 203.

Рядом арбитражных регламентов предусмотрено правило **expressis verbis**, согласно которому, если представленные сторонами материалы при разбирательстве по документам окажутся недостаточными, третейский суд вправе назначить устное слушание.

В РФ, если состав арбитров убедится в том, что он не в состоянии разрешить спор без проведения

устного слушания, против которого возражают стороны, ему остается воспользоваться нормой п. 2 ст. 32 Закона о МКА и вынести постановление о прекращении арбитражного разбирательства по основанию, когда "третейский суд находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным" <4>.

<4> Там же.

Устное слушание дела проводится для представления (демонстрации) доказательств и устных прений. Устные прения состоят из устных выступлений (речей) лиц, участвующих в деле, и их представителей; они могут сопровождаться графической или иной визуализацией представляемого материала с использованием электронных средств, например презентацией на экране в зале заседаний.

Особенности проведения устных слушаний диктуются различными факторами, к которым относятся правовая культура и традиции в различных юрисдикциях, стиль ведения дел отдельными арбитрами и т.д.

В арбитражных регламентах, как правило, не содержится детального регулирования процедуры устного слушания дела. Порядок проведения устных слушаний определяется арбитрами. Такой порядок может быть согласован со сторонами. Практика породила устойчивые традиции при определении порядка проведения устных слушаний. В значительной степени эти традиции соответствуют тому порядку, который складывается при проведении судебных разбирательств в государственных судах, и отражают закономерности развития процесса. Как правило, первыми свои показания представляют представители истца. Далее такое же право предоставляется представителям ответчика. В случае участия свидетелей затем показания представляют свидетели истца, после которых наступает очередь свидетелей ответчика. После допроса свидетелей любая сторона вправе задать им вопросы. Затем истец может представлять показания своих экспертов. После этого наступает очередь представлять показания экспертов ответчика. Каждая из сторон вправе задать вопросы свидетелям. Кроме того, если эксперт назначен третейским судом, то заслушиваются и его показания, после чего этому эксперту задают вопросы представители сторон. Разумеется, арбитры вправе задавать вопросы как свидетелям, так и экспертам в любое время, однако активность арбитров при формулировании вопросов не должна нарушать принципы состязательности и равного отношения к сторонам.

Указанная последовательность выступлений может быть с учетом обстоятельств дела изменена, например, при оспаривании компетенции ответчиком возможность выступить первым по этому вопросу может быть предоставлена его представителю.

Арбитры по предложению сторон либо по своей инициативе с учетом мнений сторон (в первую очередь если речь идет о сложных и длительных арбитражных разбирательствах) могут заранее определить последовательность проведения слушаний, подготовить график их проведения, особенно в случаях, когда планируется участие свидетелей, экспертов с определением хронометража соответствующих стадий устного слушания, перерывов.

При наличии соответствующих технических возможностей с согласия сторон устное слушание дела может быть осуществлено с применением средств видео-конференц-связи.

Так, согласно ст. 47 Регламента Арбитражного центра при РСПП по предложению третейского суда или по согласованию с ним проведение предварительного собеседования со сторонами, устного слушания дела, заслушивание показаний свидетелей или экспертов и иных действий, которые третейский суд считает необходимыми, возможно посредством видео-конференц-связи или иного технического способа передачи данных.

Такая практика заслуживает активного распространения, поскольку при использовании видео-конференц-связи обеспечивается значительная экономия времени и финансовых средств, поскольку отпадает необходимость собирать в одном месте представителей сторон и других привлекаемых к рассмотрению спора лиц, которые нередко находятся на значительных расстояниях друг от друга, в том числе в разных странах.

Проведение устных слушаний вовсе не означает запрета сторонам представлять письменное

резюме своих доводов, которые были изложены в устной форме. В некоторых случаях соответствующие письменные документы представляются арбитрам и другой стороне до начала арбитражного разбирательства.

При определении порядка проведения слушания целесообразно обратиться к таким рекомендательным документам, как Комментарии ЮНСИТРАЛ, в частности, следует обратить внимание на разд. 17 "Слушания", где среди прочего указывается на полезность ограничения общего времени, предоставляемого каждой стороне для выступлений с устными заявлениями, времени для опроса представленных ею свидетелей и экспертов и опроса свидетелей и экспертов, представленных другой стороной или сторонами. Как правило, каждой стороне предоставляется равное общее время, если только третейский суд не сочтет обоснованным какое-либо иное распределение времени. Также констатируется полезность соблюдения сроков во время слушаний, поскольку распределение времени - при условии его реалистичности, справедливости, а также контроля со стороны третейского суда - облегчит для сторон планирование процесса представления различных доказательств и доводов, снизит вероятность возникновения в конце слушаний недостатка времени и позволит избежать какой-либо фактической или предполагаемой несправедливости, вызванной предоставлением сторонам неодинакового количества времени (п. п. 118, 119 Комментариев ЮНСИТРАЛ).

При разделении арбитражного разбирательства на части (обычно на две, что называется **bifurcation**) каждая часть посвящается решению определенного вопроса, и только в случае положительного ответа на предыдущий вопрос процесс переходит в следующую стадию. Чаще всего подобное деление процесса и, соответственно, изначальное планирование двух заседаний третейского суда происходит при наличии весомых возражений ответчика против компетенции третейского суда и достаточного обоснования им необходимости проведения "первичных" слушаний и вынесения отдельного постановления о компетенции. Вместе с тем проведение дополнительных слушаний может приводить к удорожанию и необоснованному затягиванию арбитражного разбирательства и далеко не всегда является целесообразным. Бывают также случаи, когда решение вопроса о компетенции невозможно либо крайне затруднительно без исследования существа спора. В таких случаях деление разбирательства на части с учетом конкретных обстоятельств дела обычно не производится.

Устное слушание проводится, как правило, при закрытых дверях. На слушании присутствуют надлежащим образом уполномоченные представители истца и ответчика. Иные лица, не участвующие в арбитражном разбирательстве, могут присутствовать на слушании только с разрешения третейского суда и с согласия представителей сторон. Это правило направлено на обеспечение конфиденциальности рассмотрения спора, сохранение коммерческой тайны.

В силу императивного требования п. 2 ст. 24 Закона о МКА сторонам заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании и о любом заседании третейского суда, проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов.

Конкретные сроки направления уведомлений устанавливаются правилами арбитража. Так, в силу п. п. 2, 3 § 30 Правил арбитража МКС МКАС о времени и месте проведения устного слушания стороны извещаются заблаговременно повестками, направляемыми им с таким расчетом, чтобы каждая из сторон получила соответствующее уведомление не менее чем за 20 дней до даты устного слушания. По соглашению сторон этот срок может быть сокращен. Однако при необходимости проведения последующих устных слушаний даты их проведения устанавливаются третейским судом с учетом конкретных обстоятельств.

Согласно ч. 3 ст. 46 Регламента Арбитражного центра при РСПП уведомление о времени и месте заседания третейского суда направляется заблаговременно, чтобы каждое лицо, участвующее в деле, располагало необходимым с учетом обстоятельств дела сроком для подготовки и прибытия на заседание третейского суда.

Организация устного слушания относится к числу важнейших совместных задач состава арбитров и лиц, осуществляющих администрирование разбирательства, в части принятия всех необходимых мер, направленных на предотвращение "торпедирования" будущего решения со ссылкой стороны на невозможность изложить свою позицию третейскому суду. В этой связи надлежащее уведомление сторон о предстоящем слушании имеет немаловажное значение.

В силу п. 3 ст. 24 Закона о МКА все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, должны быть переданы другой стороне. Сторонам должны быть переданы любые заключения экспертов или другие документы, имеющие доказательственное значение, на которых третейский суд может основываться при вынесении своего решения.

Приведенная формулировка исходит из необходимости обеспечения принципа равного отношения к сторонам, в силу которого каждая из сторон должна обладать всей полнотой информации, связанной с арбитражным разбирательством, чтобы иметь возможность заявить свои объяснения (возражения, контрдоводы, доказательства в опровержение) по всем материалам, которые могут быть положены в основу решения третейского суда.

Не заслуживающим поощрения "моветоном" в международном арбитраже считается представление новых письменных материалов непосредственно перед устным слушанием либо в самом заседании, причиной чего могут быть как процессуальная недисциплинированность стороны либо ее представителя, так и их недобросовестная попытка лишить другую сторону возможности полноценно отреагировать на новые материалы либо желание затянуть арбитражное разбирательство, что метко именуется в арбитражной доктрине **unfair surprise** (нечестный сюрприз) <5>.

<5> Зыкин И.С. Новый Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 224.

Общим принципом, в частности зафиксированным в ч. 1 ст. 35 Регламента Арбитражного центра при РСПП, является то, что сторона вправе знать о доводах и аргументах другой стороны до заседания третейского суда.

Правилами арбитража может устанавливаться возможность для арбитров не принимать от сторон дополнительные материалы, представленные с нарушением сроков, установленных процессуальным графиком, или предпринимать иные меры для демотивации подобных и иных неблагоприятных процедурных тактик (например, учесть соответствующие обстоятельства при распределении арбитражных расходов), что, в частности, предусмотрено в § 28, 29 Правил арбитража МКАС МКАС, п. 2 ст. 38 Регламента Арбитражного центра при РСПП.

Представляется, что такой подход ни в коей мере не является ограничивающим или отрицающим фундаментальное право любой стороны на изложение ее позиции. Ссылка на нарушение данного права в подобных обстоятельствах была бы аналогична тому, что сторона ссылалась бы на нарушение этого ее права тогда, когда представитель стороны явился бы в место проведения заседания в то время, когда устное слушание уже завершено.

В тех случаях, когда спор не может быть разрешен в рамках одного заседания, слушание откладывается на иную дату. При наличии правовых либо фактических препятствий для разрешения спора в заседании, время для устранения которых определить затруднительно, разбирательство дела может быть приостановлено.

Закон о МКА соответствующих норм не содержит, оставляя данные вопросы на усмотрение сторон и арбитров. Регламентам некоторых постоянно действующих арбитражных институтов известны отдельные правила на этот счет, носящие, однако, весьма общий характер.

Например, согласно Правилам арбитража МКАС МКАС "при необходимости проведения последующих устных слушаний даты их проведения устанавливаются третейским судом с учетом конкретных обстоятельств" (п. 3 § 30), и далее: "В случае необходимости, в том числе в целях мирного урегулирования спора, в частности для проведения процедуры медиации, по заявлению сторон или инициативе третейского суда разбирательство дела может быть отложено или приостановлено, о чем выносится постановление" (§ 32).

Проведение устного слушания при уклонении сторон от арбитража. Практика арбитражного

разбирательства исходит из того, что сторона, заявляющая ходатайство об отложении слушания дела, должна обосновать, чем именно обусловлена такая необходимость. Вопрос о необходимости отложения слушания рассматривается третейским судом и в случае молчаливого уклонения сторон от участия в устных слушаниях.

В силу ст. 25 Закона о МКА, если стороны не договорились об ином, в тех случаях, когда без указания уважительной причины ответчик не представляет своих возражений по иску, третейский суд продолжает разбирательство, не рассматривая такое непредставление само по себе как признание утверждений истца; если любая сторона не является на слушание или не представляет документальные доказательства, третейский суд может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств.

Игнорирование надлежаще уведомленным истцом или ответчиком устных слушаний или непредставление любой стороной письменных позиций, доказательств или иных материалов не рассматривается как надлежащая процессуальная тактика и не парализует арбитраж.

Соответственно, сторона, не представившая свои позиции и доказательства и/или не обеспечившая явку представителя, несет риск неблагоприятных для себя последствий, вызванных проведением разбирательства и принятием арбитражного решения без учета позиции такой стороны.

Вместе с тем абз. 3 ст. 25 Закона о МКА указывает на пределы состязательности, не давая арбитрам в подобных случаях права молчаливо соглашаться с позицией инициатора иска, и наделяет арбитраж определенной активностью по исследованию и проверке обоснованности представленных истцом фактических доказательств и правовых выводов.

Разработчики Типового закона ЮНСИТРАЛ, формулируя схожую норму, исходили из того, что в таких случаях арбитраж должен презюмировать отрицание уклоняющимся от разбирательства ответчиком требований истца в полном объеме <6>.

<6> Аналитический комментарий к проекту текста Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. Документ ЮНСИТРАЛ A/CN.9/264: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/201/98/IMG/V8520198.pdf?OpenElement> (дата посещения - 27.03.2018).

Тем не менее арбитры при оценке позиции истца в подобных ситуациях, исходя из принципов состязательности и равного отношения к сторонам, должны соблюдать баланс интересов сторон, не проявляя избыточной инициативы в опровержение позиций истца, поскольку очевидна недопустимость какого-либо поощрения ненадлежащих тактик, в том числе предоставление ответчику возможности получать преимущества от его уклонения от арбитражного разбирательства.

Третейский суд наделен полномочием оценивать уважительность причин, во-первых, непредставления стороной документов и иных материалов; во-вторых, неявки в заседание самой стороны (когда речь идет о физическом лице, включая лицо, имеющее статус индивидуального предпринимателя) либо ее представителя, когда речь идет о физическом либо юридическом лице.

Представление стороной, против которой принято решение третейского суда, доказательств того, что она не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда либо по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения, влечет негативные процессуальные последствия для арбитражного решения, принятого по итогам разбирательства, имеющего указанные изъяны, в рамках соответствующей процедуры в государственном суде (п. 5 ч. 3 ст. 233, п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ; п. 5 ч. 3 ст. 421, п. 3 ч. 3 ст. 426 ГПК РФ).

Необходимо учитывать, что оценка уважительности причин значительно различается от того, какой субъект является стороной спора - юридическое или физическое лицо (граждане, в том числе не имеющие статуса индивидуального предпринимателя, все чаще становятся участниками международных арбитражных разбирательств как в коммерческих, так и в корпоративных спорах).

Имеется весьма ограниченное число случаев, когда можно считать причины неактивности юридического лица, среди прочего в части ненаправления им своего представителя в арбитраж, уважительными. Как правило, арбитрами делается, а компетентными судами поддерживается иной вывод в этом отношении, т.е. причины неявки не признаются уважительными.

Так, при рассмотрении спора по иску российской организации к компании из Кыргызстана (решение от 14.07.2008 по делу N 108/2007) в МКАС при ТПП РФ поступило ходатайство ответчика об отложении слушания дела со ссылкой на болезнь генерального директора организации-ответчика, не имеющего по этой причине возможности лично принять участие в разбирательстве. Поскольку в силу правил арбитража стороны могут вести свои дела в МКАС непосредственно или через должным образом уполномоченных представителей, назначаемых сторонами по своему усмотрению, в том числе из числа иностранных организаций и граждан, арбитры пришли к выводу о том, что невозможность присутствия генерального директора в арбитражном разбирательстве не лишает юридическое лицо возможности направить в заседание любого иного представителя.

Наряду с этим арбитры отметили, что ответчиком не представлены доказательства уважительности причин отсутствия других представителей, способных представлять интересы ответчика в МКАС при ТПП РФ, а также им никак не обоснована необходимость личного участия именно генерального директора компании-ответчика в устном слушании. Кроме того, в нарушение п. 4 § 32 Регламента МКАС при ТПП РФ 2013 г. ответчик представил в МКАС свое ходатайство не заблаговременно, а за один день до назначенной даты разбирательства. Слушание указанного дела состоялось в отсутствие надлежащим образом извещенного о времени и месте заседания ответчика <7>.

<7> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2010. С. 404 - 405. Сборник также размещен в СПС "КонсультантПлюс".

Подобная практика поддерживается и российскими государственными судами. Так, ВАС РФ в Определении N ВАС-17654/09 не признал уважительной причиной для непредставления документа в третейский суд болезнь генерального директора. Аналогичным образом АС Волго-Вятского округа не было расценено уважительным нахождение представителя стороны в командировке <8>.

<8> Определение ВАС РФ от 13.01.2010 N ВАС-17654/09; Постановление АС Волго-Вятского округа от 08.09.2014 по делу N А11-657/2014 // СПС "КонсультантПлюс".

Тем не менее практика компетентных судов при исследовании уважительности причин имеет отличия, что обусловлено неодинаковым набором обстоятельств в конкретных делах, а также зависит от того, какое действие и в связи с чем не было совершено - непредставление материалов или неявка в заседание.

Наряду с изложенным при проведении арбитража и последующем осуществлении государственного судебного контроля необходимо учитывать совокупность обстоятельств, в том числе характер процессуальной тактики отсутствующей или не представленной в арбитраже стороны, в частности принимать во внимание, заявляла ли своевременно такая сторона просьбу о предоставлении ей разумного дополнительного времени для подготовки письменной позиции, сообщила ли своевременно эта сторона (если имела такую возможность) до арбитражного заседания о наличии у нее причины, вызвавшей невозможность/затруднительность присутствия на заседании, и какие доказательства наличия такой причины были представлены, заявляла ли сторона заблаговременно ходатайство об отложении устных слушаний. При этом реализация принципа равного отношения к сторонам предполагает также учет мнения другой стороны, которая (на практике это, как правило, истец) может возражать против отложения разбирательства со ссылкой на недопустимость несения ею избыточных дополнительных расходов (к примеру, при запоздалой просьбе другой стороны об отложении слушаний), обоснование риска невозможности либо существенной затруднительности последующего фактического исполнения решения арбитража в случае, когда арбитражное разбирательство становится излишне продолжительным, существенно превышающим стандартные сроки разбирательства, установленные в правилах арбитража.

В международном арбитраже устное слушание, как правило, не заканчивается оглашением резолютивной части решения, что было обязательным ранее во внутреннем арбитраже в РФ в силу положений Закона о третейских судах и установлено в судопроизводстве в судах ряда стран, в том числе в России.

После завершения устного слушания арбитры должны тщательно проанализировать все заявленные сторонами позиции, оценить их и дать мотивированный ответ на каждый поставленный перед ними вопрос, сделать и перепроверить соответствующие расчеты.

В соответствии с п. 8 § 30 Правил арбитража МКС МКАС с учетом обстоятельств дела после устного слушания третейский суд может предложить сторонам представить в установленные сроки дополнительные письменные заявления, доказательства и иные документы по ограниченному кругу вопросов, касающихся заявленных требований или возражений, например об издержках, возникших в связи с арбитражным разбирательством. Такие дополнительные письменные материалы могут быть рассмотрены третейским судом без проведения последующего устного слушания.

При организации устного слушания важно определить круг лиц, которые могут присутствовать в заседании. Этот вопрос решается в третейских судах иначе, чем в государственных. Как ГПК РФ (ст. 10), так и АПК РФ (ст. 11) объявляют судебные заседания открытыми, за исключением случаев, когда суду предстоит рассматривать вопросы, связанные с государственной, коммерческой или иной охраняемой законом тайной.

Одним же из принципов арбитражного разбирательства является конфиденциальность. Будучи **expressis verbis** закреплен в Законе об арбитраже (данный принцип, несомненно, распространяется и на международный арбитраж, однако с некоторых пор за исключением инвестиционного арбитража), он не носит абсолютного характера, и пределы его реализации определяются соглашением сторон.

Не случайно Правила арбитража МКС МКАС предусматривают, что арбитры, докладчики, назначенные третейским судом эксперты, лица, входящие в состав органов МКАС при ТПП РФ, и его уполномоченные лица, ТПП РФ и ее сотрудники обязаны не разглашать без согласия сторон ставшую им известной информацию о спорах, разрешаемых МКАС, которая может нанести ущерб законным интересам сторон (п. 3 § 46).

Протокол устного слушания. С организацией устного слушания связан и вопрос о его фиксации, т.е. о ведении протокола заседания. Следует отметить, что юридическое значение протокола заседания в государственном и третейском судах существенно различается. В российских государственных судах ведение протокола заседания обязательно, а его отсутствие отнесено к процессуальным нарушениям, влекущим безусловную отмену решения суда (см. ст. ст. 228 - 232, п. 6 ч. 4 ст. 330, п. 7 ч. 2 ст. 364 ГПК РФ; ст. 155, п. 6 ч. 4 ст. 270, п. 6 ч. 4 ст. 288 АПК РФ).

Закон о МКА вообще не затрагивает эту проблему, а в регламентах постоянно действующих арбитражных институтов она решается по-разному.

Ранее действовавший Регламент МКАС 2005 г. предписывал составление протокола во всех случаях проведения разбирательства. Ныне действующие Правила арбитража МКС МКАС содержат правило о том, что, если третейский суд посчитает целесообразным, о проведении устного слушания составляется протокол, где, в частности, может содержаться краткое описание хода слушания дела (п. 7 § 30).

Согласно ст. 49 Регламента Арбитражного центра при РСПП "в ходе проведения устного слушания дела ведется протокол, за исключением случая, когда в заседание третейского суда не явилось ни одно из лиц, участвующих в деле, или иное лицо".

В протоколе устного слушания указываются: номер рассматриваемого дела; год, месяц, день и место проведения заседания третейского суда; фамилии, имена и, если имеются, отчества членов третейского суда и докладчика; сведения о явке в заседание третейского суда лиц, участвующих в деле, и иных лиц, в том числе свидетелей, экспертов, переводчиков; сведения о представленных третейскому суду и предъявленных для обозрения документах, удостоверяющих личность и подтверждающих полномочия лиц, участвующих в деле, и их представителей; краткое описание хода заседания третейского

суда; заявления и ходатайства лиц, участвующих в деле; акты, вынесенные третейским судом в ходе и по итогам заседания; иные сведения, фиксируемые в протоколе по ходатайству сторон и указанию третейского суда.

Третейским судом может вестись аудиозапись заседания для целей ее использования при составлении протокола заседания. Лица, участвующие в деле, вправе вести аудиозапись заседания, уведомив об этом третейский суд.

По ходатайству стороны и с учетом мнения лиц, участвующих в деле, третейский суд может разрешить осуществлять видеозапись заседания третейского суда.

Важно подчеркнуть, что протокол не является стенограммой заседания, т.е. не представляет собой дословное воспроизведение всего, что было произнесено представителями сторон и другими лицами, участвующими в устном слушании. Зачастую выступления представителей сторон в значительной степени повторяют обстоятельства дела и правовую аргументацию, ранее подробно представленные в материалах дела, поэтому отсутствует необходимость в их фиксации в протоколе <9>.

<9> Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. комментарий / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2012. С. 151. Книга также размещена в СПС "КонсультантПлюс".

Если стороны считают необходимым полностью фиксировать ход ведения заседания, они могут самостоятельно делать это, например, путем ведения аудиозаписи.

Правила арбитража обычно не устанавливают срока, в течение которого протокол устного слушания должен быть подписан арбитрами, однако данный протокол подписывается арбитрами до вынесения окончательного арбитражного решения.

В протоколе, в частности, фиксируются сведения о том, поддерживает ли истец (или ответчик при предъявлении им встречного иска) в ходе устного слушания в полном объеме заявленные иски, требования, ходатайствует ли он об их увеличении, уменьшении, изменении или дополнении. В протокол также заносятся сведения обо всех дополнительных письменных доказательствах, которые были представлены представителями сторон и приобщены третейским судом к материалам дела.

Протокол обычно заканчивается указанием на процедурные итоги устного слушания, т.е. записью о том, что слушание завершено, а третейский суд приступил к вынесению окончательного арбитражного акта (решения или постановления о прекращении арбитражного разбирательства), либо указанием на то, что арбитражный суд принял постановление об отложении слушания дела или о приостановлении разбирательства. Отложение слушания дела необходимо отличать от объявления перерыва в рамках одного заседания по делу. Факт объявления перерыва фиксируется в протоколе, при этом составляется один протокол устного слушания, в то время как при отложении слушания дела протокол составляется отдельно для каждого заседания третейского суда <10>.

<10> Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате... С. 154.

Протокол устного слушания составляется в одном оригинальном экземпляре, который хранится в материалах дела. Арбитражные регламенты, как правило, не предусматривают обязательного направления сторонам копии подписанного протокола. Если сторона желает получить копию протокола, она должна направить третейскому суду соответствующую просьбу.

Регулирование вопросов составления протоколов в регламентах ведущих российских арбитражных центров в целом следует подходам, содержащимся в рекомендательных документах международных организаций, а также в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (в ред. 2010 г.).

14.2. Разбирательство на основе документов

Правовые основы разбирательства на основе документов. Российское арбитражное законодательство по общему правилу требует проведения устного слушания, если этого требует хотя бы одна из сторон (ч. 1 ст. 27 Закона об арбитраже; ч. 1 ст. 24 Закона о МКА). Это правило основано на аналогичном положении Типового закона ЮНСИТРАЛ (ч. 1 ст. 24) и соответствует подходу многих арбитражных законодательств <11>, поскольку является своего рода продолжением принципа необходимости предоставить сторонам возможность представить свои объяснения.

<11> Ср., например, ст. 1047 ГПК Германии, ст. 19.1 английского Закона "Об арбитраже" 1996 г. При этом, к примеру, швейцарское законодательство не требует проведения устного слушания по просьбе одной из сторон.

Таким образом, разбирательство на основе документов возможно по отечественному законодательству только при условии, что обе стороны с этим согласны, т.е. ни одна из сторон не требует проведения устного слушания. Следует отметить, что в соответствии с Законом об арбитраже стороны имеют возможность заранее исключить необходимость проведения устного слушания своим прямым соглашением (ч. 1 ст. 27), в то время как в Законе о МКА аналогичное положение отсутствует.

Следовательно, при принятии решения о проведении разбирательства на основе документов состав арбитров должен убедиться, что имеется прямое соглашение сторон об исключении проведения устного слушания (если применим Закон об арбитраже) или что ни одна из сторон не требует проведения заседания. Необходимо также учитывать, что состав арбитров может принять решение о проведении заседания даже в том случае, если ни одна из сторон этого не требует.

Разрешение спора на основе документов и разрешение отдельных вопросов на основе документов. Хотя проведение устных слушаний по делам довольно распространено в практике международного арбитража, необходимо понимать, что далеко не все вопросы, возникающие в ходе арбитражного разбирательства, требуют проведения заседания. В действительности многие вопросы могут разрешаться и разрешаются на практике без проведения заседания. Речь, в частности, может идти как о разрешении процессуальных ходатайств (например, об истребовании документов, о принятии обеспечительных мер и т.п.), так и о некоторых вопросах предварительного характера (например, о применимом праве). Требование законодательства о проведении разбирательства по просьбе одной из сторон, которое обсуждалось ранее, относится именно к рассмотрению спора по существу, но не должно применяться при разрешении каждого промежуточного или предварительного вопроса.

Разбирательство на основе документов как способ оптимизации расходов. Устные слушания преследуют различные цели в разных правовых традициях. Так, в англо-американском процессе слушания нацелены на исследование доказательств, прежде всего показаний свидетелей и экспертов, поэтому они могут занимать от нескольких дней до нескольких недель. Континентальный гражданский процесс традиционно строится на основании документальных доказательств, поэтому устные слушания посвящены во многом изложению правовых позиций и аргументов сторон. Соответственно, слушания редко продолжаются дольше одного дня. Российская практика международного арбитража в этом отношении тяготеет именно к континентальной традиции.

Международная практика арбитражных разбирательств сложилась таким образом, что именно допрос свидетелей и экспертов занимает основное время устного слушания, в то время как правовые аргументы сторон обычно представляются в письменном виде, а на слушании освещаются лишь для того, чтобы сфокусировать внимание арбитров на наиболее важных для оценки доказательств моментах.

Очевидно, что, с одной стороны, при таком подходе слушание необходимо проводить далеко не во всех делах, поскольку не всегда стороны полагаются на показания свидетелей или экспертные заключения, а с другой - устные слушания оказываются едва ли не самым дорогим элементом арбитражного процесса. Это объясняется необходимостью интенсивной подготовки больших команд юристов к слушанию, продолжительным участием в заседании юристов и арбитров, а также зачастую свидетелей, команд экспертов, переводчиков, стенографистов. К этому прибавляются накладные расходы на организацию и проведение слушаний (например, аренда помещений для их проведения) и на

командировки и проживание всех участвующих в деле лиц.

Дороговизна арбитражных процессов - одна из самых распространенных жалоб пользователей международного арбитража, поэтому неудивительно, что отказ от проведения устных слушаний по некоторым категориям дел стал наиболее удобным и очевидным способом экономии средств на ведение арбитражного разбирательства.

По этой причине в правилах ускоренной или упрощенной процедуры возможность отказа от устного слушания прописывается обычно наиболее подробно. В частности, в соответствии с п. 4 § 33 Правил арбитража МКС МКАС "разбирательство дела осуществляется на основе только письменных материалов без проведения устного слушания, если без неоправданной задержки ни одна из сторон не попросит его проведения или третейский суд не посчитает целесообразным его проведение с учетом обстоятельств дела". Аналогичное правило содержится в ст. 33(1) Правил ускоренного арбитража SCC. Презумпция рассмотрения спора только на основании письменных доказательств также устанавливается ст. 41.2(d) Регламента НКІАС, а также ст. 4.3.2 Регламента арбитража онлайн РАА, при этом решение о проведении устного слушания остается на усмотрение арбитров (ст. 4.3.3) <12>.

<12> "В случае необходимости Арбитр может принять решение о проведении слушания с помощью средств видеоконференции или телеконференции. В исключительных случаях Арбитр может также провести слушание с непосредственным присутствием сторон Арбитражного разбирательства онлайн".
Цит. по: Регламент арбитража онлайн РАА:
<http://arbitrations.ru/upload/medialibrary/e91/online-arbitration-rules.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

Другие арбитражные регламенты при определении порядка рассмотрения спора по ускоренной процедуре оставляют вопрос о необходимости устного слушания исключительно на усмотрение состава арбитров. Например, ст. 3(5) нового прил. VI к Регламенту МТП, которая вступила в силу только с 1 марта 2017 г., устанавливает, что "состав арбитража вправе, после консультаций со сторонами, разрешить спор исключительно на основании документов, представленных сторонами, без проведения заседания и допроса свидетелей или экспертов". Аналогичные правила устанавливаются также ст. 5.2(с) Регламента SIAC.

Преимущества и недостатки разбирательства на основе документов. Как уже было отмечено, главным преимуществом разрешения спора на основе документов без проведения устного заседания является возможность значительно сократить расходы сторон на процесс. При этом указанный эффект является более заметным в рамках разбирательства в иностранных арбитражных учреждениях, где слушания могут продолжаться от нескольких дней до нескольких недель. На стоимость разбирательства в российских арбитражных учреждениях, которая в любом случае обычно оказывается заметно ниже разбирательства за рубежом, отказ от устного слушания может влиять гораздо меньше. Это связано с тем, что продолжительность самого заседания редко превышает один день. Кроме того, стороны обычно не несут расходы на аренду помещений для слушаний, поскольку помещения предоставляются арбитражными учреждениями. Также нередко отсутствует необходимость в использовании переводчиков, а арбитрам и представителям сторон реже приходится путешествовать для участия в устном слушании. Тем не менее даже в международном арбитражном разбирательстве в России отказ от устного слушания ведет к пропорциональному уменьшению стоимости процесса.

Еще одним преимуществом отказа от устного заседания является возможное ускорение рассмотрения дела. Как правило, арбитры и представители в арбитражном разбирательстве - занятые и востребованные профессионалы. К сожалению, это нередко приводит к сложностям в выборе дат для проведения слушания - таких, когда все участники процесса будут свободны для участия в заседании. В результате проведение слушания может отодвигаться во времени не в связи с объективными потребностями конкретного спора, а по причине отсутствия более ранних дат, когда все участники процесса смогут принять участие в разбирательстве. Разумеется, согласование более поздней даты заседания автоматически ведет к удлинению срока рассмотрения спора. Отказ от устного слушания позволяет избежать необходимости поиска дат для заседания, устраивающих всех участников процедуры. Соответственно, процессуальный график в таком случае диктуется в первую очередь потребностями соответствующего дела. В большинстве случаев это позволит рассмотреть спор за более короткий срок.

Однако отказ от проведения устного слушания, наряду с очевидными преимуществами с точки зрения сроков и стоимости рассмотрения дела, имеет также ряд недостатков.

Во-первых, не следует забывать, что заседание предоставляет уникальную возможность для взаимодействия между арбитрами и представителями сторон лицом к лицу. У арбитров появляется возможность непосредственного общения с представителями сторон для прояснения интересующих их вопросов и получения пояснений от представителей обеих сторон в режиме диалога. Представители сторон могут, наблюдая за реакцией арбитров на тот или иной аргумент, оценить эффективность своей аргументации и адаптировать ее в случае, если она не воспринимается арбитрами должным образом. Кроме того, задаваемые арбитрами вопросы "приоткрывают дверцу" в мысли арбитров и позволяют представителям сторон изменить или дополнить свою аргументацию, чтобы представить позицию клиента более убедительно для данного состава арбитров. Также заседание предоставляет возможность для живой дискуссии с вовлечением всех участников процесса. Очевидно, что все эти преимущества недоступны при разрешении спора на основании документов.

Проведение заседания предоставляет исключительную возможность для взаимодействия между самими арбитрами в совещательной комнате. Поскольку весь состав третейского суда собирается вместе для проведения заседания, у арбитров появляется возможность лицом к лицу обсудить спор, поделиться своими соображениями, а после заседания обсудить, каким образом их мнение изменилось по результатам слушания. Разумеется, аналогичный обмен мнениями должен происходить и в том случае, если заседание не проводится. Как правило, в этом случае арбитры могут провести совещание с использованием телефонной связи или обменяться мнениями по электронной почте (что менее эффективно), однако практика показывает, что телефонные переговоры не могут служить полной заменой обсуждению лицом к лицу.

Также у арбитров может возникать соблазн обсудить спор в усеченном составе, например, когда двое из трех арбитров встречаются в рамках какого-либо мероприятия или другого дела. Это, безусловно, является неприемлемым, поскольку приводит к нарушению равноправия арбитров при принятии решения по спору.

Некоторые практические рекомендации при проведении разбирательства на основе документов. Королевский институт арбитров (CIArb) в 2016 г. выпустил Руководящие принципы по арбитражному разбирательству на основе документов (International Arbitration Practice Guidelines - Documents - Only Arbitration Procedures), в которых обобщаются лучшие современные практики в этой области <13>. В частности, Руководящие принципы обобщают факторы, которые арбитрам следует принимать во внимание при определении того, подходит ли арбитражный процесс или отдельные его вопросы для разрешения на основе документов, а также рекомендации по организации такого процесса.

<13> Текст на английском языке см.:
<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015guideline-on-documents-only-arbitration-proceedings.pdf?sfvrsn=12> (дата посещения - 27.03.2018).

Поскольку разрешение спора только на основе документов существенно сократит временные и финансовые затраты на проведение арбитражного разбирательства, такая процедура зачастую используется при рассмотрении дел с небольшой суммой спора, в которых расходы сторон могут иметь большее значение. Тем не менее факторы, которые необходимо учитывать при принятии решения о рассмотрении спора исключительно на основании доказательств, выходят за рамки стоимости спора и включают в себя, в частности, природу спора, сложность спорных вопросов, виды доказательств, используемых сторонами, и суть их аргументов, а также то, насколько использование такого подхода будет способствовать достижению целей процессуальной эффективности и экономии.

Так, разбирательство только на основании документов подходит для споров, 1) в которых доказательственная база ограничивается письменными доказательствами; 2) когда между сторонами в основном отсутствует спор по фактам или техническим вопросам в споре; 3) когда спорные вопросы могут быть разрешены без использования свидетельских показаний и экспертных заключений; 4) когда спор

ограничивается толкованием положений договора; 5) когда одна из сторон не участвует в разбирательстве.

При этом возможность использовать данный вид процедуры даже в тех случаях, когда спор может быть разрешен исключительно на основании письменных доказательств, будет ограничиваться правом стороны потребовать проведения слушания, поэтому арбитры должны убедиться, что имеется либо предварительное, либо последующее согласие сторон на отказ от проведения устного слушания (поскольку такой отказ возможен с точки зрения применимого законодательства - *lex arbitri*). В том случае, если стороны не договорились об отказе от проведения слушания, но арбитры полагают, что рассмотрение спора на основе документов будет более подходящей процедурой, арбитрам следует предложить сторонам отказаться от проведения слушания. Однако, если одна из сторон не желает отказываться от проведения устного слушания, арбитрам следует руководствоваться изначальным соглашением сторон. Разумеется, требование о проведении устного слушания может служить исключительно целям затягивания процесса или его удорожания. Вместе с тем арбитры в большинстве случаев могут учесть недобросовестное поведение стороны при вынесении решения о распределении арбитражных расходов в конце разбирательства, в то время как неисполнение законного требования стороны о проведении устного слушания может привести в результате к отмене арбитражного решения.

Нередко в ходе арбитражного разбирательства может стать ясно, что проведение слушания все-таки необходимо. Если, несмотря на заявленный ранее отказ от проведения слушания, одна из сторон требует его проведения, составу арбитров необходимо понять, изменились ли обстоятельства или иные факторы по сравнению с тем, как стороны и состав арбитров представляли себе процесс в начале дела. Если арбитры соглашаются, что проведение заседания было бы желательным, то им надлежит предложить сторонам согласиться на проведение слушания. Однако отступить от более раннего соглашения сторон по организации процесса арбитры могут только при наличии согласия всех сторон. Таким образом, если одна из сторон настаивает на ранее согласованной процедуре, арбитры не могут своим решением преодолеть это возражение, поскольку этим поставят под удар арбитражное решение <14>. Аналогичным образом должны действовать арбитры, если они приходят к выводу, что проведение слушания является желательным, несмотря на процессуальное соглашение сторон об обратном. В этом случае проведение заседания также возможно, только если обе стороны подтвердят свое согласие на проведение устного слушания.

<14> Недовольная сторона, скорее всего, будет заявлять, что арбитражное разбирательство проводилось не в соответствии с соглашением сторон, что может послужить основанием для отмены или отказа в исполнении арбитражного решения.

Процессуальные соглашения сторон, отказ от проведения слушаний или согласие на их проведение должны быть зафиксированы в протоколах или процессуальных определениях (приказах), а позднее также в окончательном решении по существу спора. Это необходимо, чтобы избежать жалоб проигравшей стороны на лишение ее возможности представить свои объяснения и доказательства.

Поскольку при проведении процесса на основе документов возможности живого диалога между сторонами и арбитрами существенно снижены, возрастает роль состава арбитров в управлении процессом. Желательно, чтобы уже при принятии решения о проведении разбирательства только на основании документов арбитры дали сторонам также детальные инструкции относительно того, какие действия и в какие сроки должны быть предприняты каждой из сторон для представления своей позиции по делу и доказательств. В идеале такие инструкции должны разрабатываться с учетом мнения сторон.

После того как письменные позиции и доказательства сторон будут представлены в соответствии с указаниями состава арбитров, последний должен будет убедиться в том, что представленных объяснений и доказательств достаточно для разрешения стоящих перед ним вопросов. Если же арбитры полагают, что представленные объяснения и доказательства не позволяют разрешить спорные вопросы, они должны пригласить одну из сторон или обе стороны представить дополнительные пояснения и доказательства по специфическим вопросам, которые оказались не до конца понятными для арбитров.

Разумеется, во всех случаях арбитры должны обеспечить равное отношение к сторонам, а также

убедиться, что каждой из сторон была предоставлена разумная возможность представить свои объяснения. В противном случае вынесенное решение может быть отменено или в его приведении в исполнение может быть отказано.

Безусловно, рассмотрение дела или отдельных вопросов на основании документов в подходящих для этого случаях должно обеспечить сокращение издержек и времени рассмотрения споров. Вместе с тем необходимо учитывать, что эта процедура требует большего контроля со стороны арбитров за действиями сторон и активного участия третейского суда в составлении процессуального графика и обеспечении равного отношения ко всем сторонам и разумной возможности для каждой из них представить свои объяснения. При этом, если дело эволюционировало таким образом, что отказ от проведения устного слушания становится нежелательным, сторонам и составу арбитров следует еще раз обсудить возможность проведения устного слушания, несмотря на ранее достигнутые договоренности.

14.3. Использование информационных технологий при проведении арбитражного разбирательства

Современную деловую и повседневную жизнь невозможно представить без использования средств электронной связи. Технологии электронной связи и хранения информации позволяют обмениваться ею почти мгновенно, а также значительно сокращать связанные с этим расходы. Тем не менее использование не каждой информационной технологии приводит к удешевлению процесса или повышению его эффективности.

Использование информационных технологий при проведении арбитражного разбирательства: законодательное регулирование. Действующее российское законодательство об арбитраже не содержит специальных норм об использовании информационных технологий в арбитражном разбирательстве. При этом п. 6 ст. 45 Закона об арбитраже позволяет ПДАУ регулировать в своих правилах "вопросы документооборота и переписки с использованием электронных документов, передаваемых по каналам связи, принятия таких документов в качестве доказательств и проведения заседаний с использованием телефонной связи и систем видео-конференц-связи".

Правила арбитража МКС МКАС предусматривают, что секретариат или третейский суд могут предложить сторонам подавать документы в электронной форме (п. 2 § 9). При этом исковые заявления, отзывы на исковые заявления, повестки, арбитражные решения и постановления все же должны направляться в бумажном виде (п. 3 § 10; см. также п. 2 § 4 Правил арбитража внутренних споров МКАС).

Правила арбитража МКС МКАС также допускают использование телефонных конференций или видео-конференц-связи для проведения организационного совещания (абз. 4 п. 1 § 27) или устного слушания (п. 6 § 30).

Следует отметить, что подача документов в электронной форме, а также использование телефонной или видео-конференц-связи давно стали распространенной практикой в иностранных арбитражных разбирательствах <15>. Некоторые арбитражные учреждения, например ЛМТС, даже предоставляют сторонам возможность подать просьбу об арбитраже с помощью специальной электронной системы <16>.

<15> См., например: ст. ст. 3(2), 24(4) Регламента МТП; ст. ст. 1.2, 2.2, 4, 13.3, 14.1, 19.2, 26.7 Регламента ЛМТС; ст. 5(2) Регламента SCC.

<16> МТП также в свое время предлагала использование такой системы подачи документов, однако она была недостаточно совершенна, поэтому ее использование было свернуто. Тем не менее МТП планирует предложить улучшенную версию системы в самое ближайшее время.

Согласование использования информационных технологий в рамках арбитражного разбирательства. В принципе, стороны арбитражного соглашения могут договориться об использовании тех или иных информационных технологий (например, электронной почты для обмена документами) еще на стадии заключения арбитражного соглашения. На практике, однако, такое встречается достаточно

редко.

Включение такого условия на стадии заключения арбитражного соглашения является скорее нежелательным, поскольку скорость развития современных информационных технологий такова, что ко времени возникновения спора все или часть упомянутых в арбитражной оговорке информационных технологий может морально устареть или стать в принципе недоступными. В то же время нарушение такого условия арбитражного соглашения может потенциально рассматриваться как нарушение согласованной сторонами процедуры, что является основанием для отмены арбитражного решения (абз. 5 пп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА) или отказа в его приведении в исполнение (ч. 1(d) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.).

Кроме того, необходимо иметь в виду потенциальные изменения в законодательстве или судебной практике к моменту возникновения спора, что также может повлиять на использование тех или иных технических решений в ходе процесса. Поэтому, если включение каких-либо условий об использовании информационных технологий в рамках арбитражного разбирательства все-таки рассматривается, такие условия лучше формулировать максимально широко, чтобы сохранить необходимую гибкость при возникновении спора в будущем.

Как отмечается в п. 56 Комментариев ЮНСИТРАЛ <17>, при выборе средств связи желательно принимать во внимание необходимость обеспечения:

<17> См.: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-ebook-r.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

a) доступа к документам и их беспрепятственного извлечения сторонами и третейским судом, в том числе путем использования базы данных для ввода документов и обмена ими;

b) возможности подтверждения получения сообщения;

c) приемлемости таких средств связи согласно применимому арбитражному законодательству;

d) разумного уровня расходов, связанных с использованием выбранных средств связи.

Таким образом, обычно согласование использования тех или иных информационных технологий происходит уже после того, как спор возник. В идеале стороны самостоятельно должны согласовать применение тех или иных технологий при проведении арбитражного разбирательства. При этом, конечно, необходимо обеспечить соблюдение принципа равенства сторон и возможность для каждой стороны представить свои объяснения. В частности, необходимо обеспечить сторонам и арбитрам равные возможности в использовании тех или иных технологий. Например, использование платного специализированного программного обеспечения (например, системы автоматизированного проектирования CAD) может быть недоступно всем участникам процесса. Кроме того, информационные технологии необходимо соотносить с потребностями конкретного спора таким образом, чтобы их использование не приводило к непропорциональному и неоправданному удорожанию процесса. К примеру, создание электронных процессуальных документов (так называемый **e-briefs**), т.е. документов, в которых уже содержатся гиперссылки на все приложения, может упростить работу арбитров и сторон в делах с большим объемом доказательств, но значительная стоимость этой технологии сводит на нет многие ее преимущества.

Если стороны не могут договориться об использовании тех или иных информационных технологий, но одна из сторон настаивает на их применении, этот вопрос должен быть разрешен составом арбитров. При этом состав арбитров должен проанализировать разумность и обоснованность заявленных возражений и учесть необходимость обеспечить эффективность рассмотрения спора, равное отношение к сторонам и возможность каждой из сторон представить свои объяснения.

Электронная почта. Наиболее простая и, соответственно, распространенная технология в международном арбитражном разбирательстве - это электронная почта.

В зарубежном арбитражном разбирательстве с помощью электронной почты происходит обмен

практически всеми сообщениями и документами между секретариатом, арбитрами и сторонами <18>.

<18> См., например, п. 59 Комментариев ЮНСИТРАЛ: "Обмен сообщениями обычно осуществляется непосредственно между третейским судом и сторонами, за исключением случаев, когда в качестве посредника выступает арбитражное учреждение. Обычной практикой является направление копий всех сообщений, поступающих в третейский суд и исходящих из него, всем сторонам".

В российской арбитражной практике использование электронной почты менее распространено. Это связано прежде всего с тем, что арбитражные регламенты, действовавшие до арбитражной реформы, не содержали прямых указаний на возможность использовать электронные сообщения для обмена документами. По всей вероятности, использование электронной почты будет становиться все более распространенным. Это связано как с новыми положениями арбитражных правил (п. 2 § 9 Правил арбитража МКС МКАС), так и с распространением электронной почты в бизнес-среде за последние годы.

Тем не менее все еще остаются объективные препятствия для повсеместного использования электронных сообщений. Так, многие небольшие компании и частнопрактикующие юристы могут не иметь корпоративных адресов электронной почты и, соответственно, пользоваться общедоступными и бесплатными почтовыми системами (такими как mail.ru; gmail.com и т.п.). То же самое относится ко многим арбитрам, которые также могут не иметь корпоративной электронной почты. Это потенциально может создать ряд проблем в случае спора о том, кем было направлено и кому было доставлено соответствующее электронное сообщение. Кроме того, использование незащищенных почтовых серверов может создавать угрозы в области кибербезопасности: от распространения вирусов до взлома почтовых ящиков и потери конфиденциальной информации.

Недавний доклад Арбитражной комиссии МТП об использовании информационных технологий в международном арбитраже выделяет как минимум три ситуации, когда передача материалов дела с помощью электронных сообщений может оказаться нежелательной или невозможной: 1) когда существуют обоснованные опасения в отношении сохранения конфиденциальности переданной информации; 2) когда объем документов слишком большой для передачи по электронной почте; 3) когда существуют обоснованные сомнения, что электронные сообщения будут получены адресатом <19>.

<19> ICC Commission Report - Information Technology in International Arbitration. P. 9 (<https://iccwbo.org/publication/information-technology-international-arbitration-report-icc-commission-arbitration-a-dr/>; дата посещения - 27.03.2018).

В этой связи необходимо также отметить, что, когда ответчик не принимает участия в арбитражном разбирательстве, желательно направление всех документов по делу почтой или курьерской службой - как минимум в дополнение к электронной переписке. Это позволит уменьшить риск того, что ответчик сможет в дальнейшем оспаривать решение или возражать против его признания и приведения в исполнение на том основании, что какие-либо документы или уведомления не были им получены <20>.

<20> По этой же причине МКАС при ТПП РФ предписывают направление повесток в бумажном виде (п. 3 § 10 Правил арбитража МКС МКАС; п. 2 § 4 Правил арбитража внутренних споров МКАС).

Нередко наряду с направлением документов электронной почтой используются и иные способы их передачи (например, дополнительно могут направляться бумажные копии документов либо приложения на электронных носителях (CD- или DVD-дисках)). В этом случае сторонам и составу арбитров необходимо определить, какой способ направления будет учитываться для целей определения процессуальных сроков <21>. На практике процессуальные приказы обычно определяют, что именно направление документов по электронной почте учитывается для целей проверки соблюдения процессуальных сроков, но при этом может требоваться направление документов дополнительными способами не позднее чем на следующий рабочий день.

<21> Ср. п. 57 Комментариев ЮНСИТРАЛ.

Системы электронного хранения документов. Многие арбитражные дела насчитывают тысячи, если не десятки тысяч страниц документов, представленных сторонами в качестве доказательств. Распечатка и пересылка такого объема документов по всему миру могут сами по себе существенно увеличивать расходы сторон на проведение арбитражного разбирательства. Хранение и использование такого объема бумажных документов создают объективные сложности как для сторон, так и для арбитров. Пересылка такого объема информации по электронной почте также зачастую невозможна или по крайней мере затруднительна.

В связи с указанными причинами нередко для обмена доказательствами пользуются системами хранения и обмена данными (FTP-серверы, облачные хранилища, дата-румы и т.п.). Это могут быть как общедоступные и бесплатные сервисы (такие как docs.google.com и аналоги), так и специализированные серверы юридических фирм или нейтральных провайдеров. В первом случае возникают те же самые вопросы по поводу сохранения конфиденциальной информации и защиты данных, что и при использовании бесплатных почтовых служб. Во втором случае потенциально могут возникать вопросы, касающиеся доступа к сервисам, которые находятся под контролем одной из сторон арбитража, или распределения стоимости услуг сторонних провайдеров.

Кроме того, при использовании любых сервисов могут возникать проблемы с доступом к файлам в конкретный момент времени; технические проблемы, связанные с недостаточной пропускной способностью интернет-канала одного из участников процесса, и т.п.

При согласовании того или иного способа обмена и хранения файлов необходимо обеспечить беспрепятственный доступ к такому хранилищу всех авторизованных участников процесса, не допустить несанкционированный доступ к конфиденциальной информации, обеспечить сохранность и неизменность файлов. Специализированные сервисы, как правило, обеспечивают выполнение этих требований. Необходимо также согласовать допустимые форматы файлов, единую систему их наименования и организации, чтобы базой данных было удобно пользоваться всем участникам процесса.

В связи с использованием электронных документов также может возникать вопрос о риске изменения информации в них. В реальности манипуляции с документами в любой форме (как электронной, так и на бумажном носителе) исключить невозможно. Однако, если речь идет об электронных документах, следует помнить, что копии одного и того же файла практически наверняка хранятся в нескольких местах и у нескольких участников процесса. Соответственно, выявление случаев манипулирования электронными документами не должно представлять существенных сложностей. При этом следы манипулирования могут оставаться в метаданных соответствующего файла и могут быть обнаружены с помощью специализированной экспертизы. С этой точки зрения использование электронных документов вряд ли несет **большие** риски, чем использование документов на бумажном носителе.

Использование информационных технологий на устном слушании. Представляется, что именно устное слушание предоставляет наиболее широкие возможности для применения информационных технологий - начиная от использования слайдов и заканчивая проведением слушаний по видео-конференц-связи.

Рассмотрим информационные технологии, которые применяются в устном слушании наиболее часто.

1. **Презентации.** Визуализация аргументов с помощью слайдов получила в последнее время очень широкое распространение, прежде всего за счет упрощения и удешевления технологии подготовки и, главное, воспроизведения презентаций. Разумеется, презентации часто используются на арбитражных слушаниях как средство визуализации.

Если одна из сторон намерена использовать слайды или иные способы визуализации на устном слушании, об этом принято ставить в известность другую сторону и арбитров заранее. Это позволяет

обеспечить наличие необходимого оборудования в зале заседаний, а также избежать возражений другой стороны на слушании.

К сожалению, информация для представления в презентации не всегда подобрана правильно, что значительно понижает эффективность как самой презентации, так и аргументов по делу.

Так, слайды презентаций могут быть использованы для краткого изложения выступления представителя стороны. Это отвлекает внимание арбитров от самого выступления и заставляет их сосредоточиться на чтении слайдов. Это также значительно снижает гибкость выступления и возможность для представителя адаптировать свое выступление к происходящему на слушании, выступлению другой стороны.

При этом слайды могут эффективно использоваться для воспроизведения выдержек из законов, судебной практики, приложений (например, цитаты из писем, отдельные положения договора), сравнения различных приложений для высвечивания противоречий, демонстрации схем или фото- и видеоматериалов, визуализации технических процессов или моделей.

Тем не менее слайды не следует использовать во всех процессах, где имеется соответствующая техническая возможность. Следует взвесить, насколько визуализация тех или иных аргументов может оказаться полезной для процесса.

2. Стенограмма слушания в реальном времени. В иностранных арбитражных разбирательствах нередко используется дословная стенограмма заседания в реальном времени. Специализированное программное обеспечение (например, LiveNote и аналоги) позволяет пользователям видеть стенограмму заседания на своем экране по мере ее появления, т.е. практически в реальном времени. Это дает возможность делать необходимые пометки прямо во время слушания, а также позволяет следить за ходом слушания лицам, не имеющим возможности присутствовать в зале заседания (например, части команды юридических представителей стороны, которые из офиса осуществляют поддержку юристов, выступающих на слушании).

Однако на практике эта технология может использоваться только при ведении процесса на английском языке, поскольку судебные стенографисты, способные вести стенограмму заседания в реальном времени, могут делать это только на английском. Соответственно, такие возможности отсутствуют при ведении процесса, например, на русском языке.

3. Проведение слушания с использованием телефонной связи или видео-конференц-связи. Использование телефонной или видео-конференц-связи при проведении организационных совещаний или даже слушаний является распространенным способом сокращения издержек сторон на ведение арбитражного разбирательства. Это особенно актуально в тех случаях, когда всем или большинству участников разбирательства необходимо путешествовать до места арбитража.

Хотя проведение заседаний по телефонной или видео-конференц-связи не является на данный момент распространенной практикой в российских арбитражных разбирательствах, представляется, что новые правила арбитража подтолкнули развитие арбитража в этом направлении (абз. 4 п. 1 § 27, п. 6 § 30 Правил арбитража МКС МКАС).

Современные технологии позволяют проводить слушания с минимальными расходами (например, с использованием Skype или аналогичных сервисов). Однако потенциально использование информационных технологий в этой сфере может создавать определенные трудности.

Очевидные сложности могут возникать с качеством связи по телефону или видео-конференц-связи. Низкое качество связи или обрывы соединения, которые, к сожалению, все еще являются относительно частыми явлениями, могут существенно затруднить или даже сделать невозможным участие кого-либо из сторон или свидетелей в слушании. Это, в свою очередь, может привести к необходимости отложения заседания.

Также потенциально могут возникнуть проблемы с идентификацией участников процесса. Как правило, установление личности лиц, участвующих в заседании по телефонной или видео-конференц-связи, невозможно обеспечить таким же образом, как это можно сделать в случае

личного участия в слушании (ср. ч. 3 ст. 153.1 АПК РФ). Кроме того, практически невозможно исключить получение доступа к телефонной линии или к видеоконференции лиц, не уполномоченных на это надлежащим образом. Это порождает риски в отношении конфиденциальной информации по делу.

Для состава арбитров использование указанных информационных технологий также создает дополнительные трудности, поскольку требует поддержания определенной дисциплины выступлений и участия в слушании, чтобы оно не превратилось в неразличимый хор голосов.

Проблемы могут возникать и в случае участия переводчика или стенографиста в процессе.

Несмотря на все указанные сложности, использование телефонной или видео-конференц-связи для проведения организационных совещаний очень распространено. Использование информационных технологий при проведении устных слушаний и допросе свидетелей также расширяется; можно с уверенностью говорить, что указанные технологии будут шире применяться и в российских арбитражных разбирательствах.

Глава 15. ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ В АРБИТРАЖЕ

15.1. Общие положения о доказательствах и доказывании в международном коммерческом арбитраже

Доказательства - это сердцевина состязательного процесса <1>. Значение их представления в международном коммерческом арбитраже сложно переоценить. Третейское разбирательство, будучи состязательной процедурой, почти всецело состоит из доказывания. К примеру, А. Редферн и М. Хантер высказывают предположение, что 60 или 70% всех арбитражных разбирательств связаны с вопросами факта, а не права. Оставшиеся дела основаны на комбинации фактических и правовых вопросов <2>.

<1> Доказательства в арбитраже - это сведения об обстоятельствах, на которые ссылаются стороны спора и которые имеют значение для его разрешения. Как и в отечественной доктрине, в науке зарубежного гражданского процесса судебные доказательства (**judicial evidence**) отличаются от средств доказывания (**means of proof**) (см.: Tapper C. Cross & Tapper on Evidence. 12th ed. Oxford University Press, 2010. P. 53), хотя грань эта проводится далеко не всегда. Н.Г. Елисеев полагает, что взаимозамещение категорий "доказательства" и "средства доказывания" отражает диалектическое единство содержания (информации) и формы (материального носителя информации) (см.: Елисеев Н.Г. Основные понятия доказательственного права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. N 1. С. 10). В соответствии с общепринятой в международном коммерческом арбитраже традицией эти термины выступают как синонимы.

<2> International Arbitration / N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter. 6th ed. Oxford University Press, 2015. § 6.75.

В первую очередь к вопросам факта в арбитраже следует отнести распространенные противоречия, возникающие в ходе договорных отношений и передаваемые на разрешение третейского суда, такие как: недостатки в качестве товара, просрочка исполнения обязательств, наличие обстоятельств непреодолимой силы и т.п. В некоторых случаях вопросы факта возникают уже в самом начале процедуры при установлении наличия компетенции состава арбитров на рассмотрение спора (например, при решении вопроса о заключенности арбитражного соглашения, определении круга его участников, переходе прав по арбитражному соглашению в порядке универсального или сингулярного правопреемства, распространении действия арбитражного соглашения на лиц, его не подписывавших). Выбор применимого к существу спора права также может зависеть от определенных фактических обстоятельств, особенно когда такое право определяется исходя из критерия наиболее тесной связи. Доказывания подчас требует даже содержание норм иностранного права.

Одна из основных проблем, с которой стороны могут столкнуться в процессе доказывания в международном коммерческом арбитраже, заключается в том, что большинство источников регулирования международного арбитража не слишком подробно описывают процедуру доказывания,

предоставляя практически полную дискрецию в этом третейским судьям.

Второй проблемой, связанной с доказыванием в арбитражном разбирательстве и вытекающей из первой, является различие в тех подходах к этой процедуре и статусу отдельных доказательств, которые существуют в правовых системах. Разница в подходах к доказыванию зачастую присутствует также и внутри одной системы, например, процедура доказывания в США существенным образом отличается от аналогичной процедуры в других странах общего права. То же самое касается подходов, используемых в странах германской и романской подсистем.

В качестве еще одной проблемы может выделяться проблема отнесения правового регулирования тех или иных аспектов процедуры либо к нормам процессуального, либо к нормам материального права. Подчас различия между тем, к материальному или процессуальному праву стоит отнести тот или иной элемент доказывания, достаточно сложно установить. Однако такое различие напрямую влияет на арбитражное разбирательство, поскольку в случае, когда речь идет о материально-правовом аспекте, арбитры обладают большей дискрецией, будучи зачастую свободны в выборе применимого права <3>.

<3> К примеру, такая дискреция имеется у арбитров согласно ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ, в соответствии с которой при отсутствии какого-либо указания сторон арбитражный суд применяет право, установленное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

15.2. Источники правового регулирования доказательств и доказывания

Международные источники правового регулирования арбитража, как упоминалось, практически не затрагивают вопросы, связанные с доказательствами и доказыванием в международном коммерческом арбитраже. Вместе с тем некоторые их положения могут являться полезными для определения тех ключевых принципов арбитражной процедуры, которые могут повлиять на сбор доказательственного материала. Кроме того, ряд положений международных договоров регламентирует отдельные аспекты доказывания в рамках самостоятельных этапов, связанных с арбитражным разбирательством. К примеру, Нью-Йоркская конвенция 1958 г. возлагает бремя доказывания большинства обстоятельств, которые являются основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, на сторону, которая возражает против такого признания и приведения в исполнение (п. п. 1(a) - (e) ст. V).

Определяя основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йоркская конвенция среди прочего указывает на противоречие публичному порядку страны суда (п. 2 (b) ст. V). Это положение влияет на многие аспекты арбитражной процедуры, в том числе и на доказательственную деятельность субъектов разбирательства, которая при наличии в ней грубых нарушений правил доказывания может привести в итоге к противоречию арбитражного решения публичному порядку.

Аналогичным образом международные источники влияют на установление отдельных фактических обстоятельств по делу. К примеру, та же Нью-Йоркская конвенция регламентирует вопрос о требованиях к форме и порядку заключения арбитражного соглашения <4>. Положение п. 2 ст. II с учетом специальных толкований о применении данной нормы, подготовленных ЮНСИТРАЛ <5>, а также положений национальных законов об арбитраже фактически определяет круг доказательств, которые должны быть представлены в пользу подтверждения заключенности арбитражного соглашения.

<4> В п. 2 ст. II установлено, что термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами.

<5> Рекомендация относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке

http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html (дата посещения - 27.03.2018).

Самостоятельную группу источников по вопросам доказательств в арбитраже образуют документы ЮНСИТРАЛ в сфере международного коммерческого арбитража. Так, п. 2 ст. 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ предоставляет арбитражу широкую дискрецию в отношении определения правил процедуры разбирательства. При отсутствии выбора сторон таких правил арбитражный суд может с учетом положений Типового закона вести арбитражное разбирательство таким образом, который он считает надлежащим. Полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства.

Подробные разъяснения в отношении порядка представления доказательств также содержат Комментарии ЮНСИТРАЛ <6>.

<6> <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-ebook-r.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

Национальное законодательство, как правило, не регулирует процедуру международного арбитража, предоставляя составу арбитров и сторонам полную свободу в определении ее правил <7>. Тем не менее Закон о МКА содержит ряд норм, относящихся к доказательствам: в п. 2 ст. 19 дублируется ранее приведенное положение Типового закона ЮНСИТРАЛ о широкой дискреции арбитров. Помимо нормы ст. 19 Закон о МКА также указывает на право сторон представить вместе с иском и отзывом на иск документы, которые они считают относящимися к делу, либо сделать ссылку на документ или другие доказательства, которые они представят в дальнейшем (ст. 23). Процесс доказывания также регулируется ст. 24 Закона о МКА, которая в п. 1 определяет, следует ли составу арбитров проводить устное слушание дела для представления доказательств или для устных прений, либо осуществить разбирательство только на основе документов и других материалов. Статья 25 Закона о МКА, устанавливающая последствия неявки стороны, также косвенно влияет на процесс исследования и оценки доказательств; в ст. 26 устанавливается порядок назначения составом арбитров экспертизы; содействие государственного суда в получении доказательств регулируется ст. 27.

<7> O'Malley N. Rules of Evidence in International Arbitration. An Annotated Guide. London, 2012. P. 2.

Хотя в большинстве случаев процедура арбитражного разбирательства в целом определяется регламентом, о применении которого договорились стороны, арбитражные регламенты, как правило, опять-таки не содержат подробного регулирования вопросов доказывания.

В качестве примера можно привести § 29 "Доказательства" Правил арбитража МКС МКАС. Указанный параграф в весьма емкой форме регулирует бремя доказывания, полномочия третейского суда по истребованию доказательств, назначению экспертизы, допросу свидетелей (п. 1), порядок представления письменных доказательств (п. 2), оценку и срок представления доказательств (п. п. 3 - 5). Помимо § 29 отдельные положения Правил также содержат нормы о доказательствах: § 30 регулирует рассмотрение дела в отсутствие неявившейся стороны, § 31 посвящен разбирательству на основе письменных материалов.

Отсутствие в регламентах международных арбитражных институций развернутых положений, касающихся представления доказательств, связывается с тем, что указанные институции рассматривают споры сторон из стран с различными правовыми традициями, поэтому сложно установить универсальные правила, которые были бы одинаково привычны и удобны для всех <8>.

<8> Комментарий к арбитражным регламентам ведущих арбитражных институтов / Под ред. Р. Хлупа. СПб.; М.; Берлин, 2012. С. 52. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 4.)

Феноменом современного международного коммерческого арбитража является использование в нем в качестве одного из основных регуляторов большого числа источников частного характера. Некоторые из таких актов, носящие рекомендательный характер, созданы специализированными институтами и организациями, занимающимися проблемами третейского разбирательства. Так, несколько инструментов в сфере организации арбитражной процедуры и доказывания были подготовлены Международным институтом по предотвращению и разрешению конфликтов (The International Institute for Conflict Prevention and Resolution - CPR) и Королевским институтом арбитров (CIArb).

Международный институт по предотвращению и разрешению конфликтов - американская некоммерческая организация, созданная в 1979 г. и объединяющая корпоративных юристов различных компаний с целью выработки оптимальных подходов к процедуре разрешения споров в государственных и третейских судах. В сфере доказательственного права указанной организацией был подготовлен Протокол о раскрытии документов и представлении свидетельских показаний в третейском разбирательстве <9>.

<9> CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration (2009) / The International Institute for Conflict Prevention & Resolution: <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration> (дата посещения - 27.03.2018).

Королевский институт арбитров разработал ряд документов в сфере представления доказательств, таких как Протокол об электронном раскрытии в арбитраже <10>, Протокол об использовании эксперта-свидетеля, назначенного стороной, в международном арбитраже <11> и Практическое руководство об использовании экспертов, назначенных составом арбитров, юридических советников и консультантов <12>.

<10> CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration / Chartered Institute of Arbitrators: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-protocols/e-disclosureinarbitration.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

<11> Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration (2007) / Chartered Institute of Arbitrators: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/protocol-for-the-use-of-party-appointed-experts.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

<12> Guidelines on the use of Tribunal-Appointed Experts, Legal Advisers and Assessors / Chartered Institute of Arbitrators: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/international-arbitration-guidelines-2011/2011tribunalappointedexperts.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

Весьма полезными для поиска универсальных правил процедуры в сфере международного коммерческого арбитража могут быть Принципы трансграничного гражданского процесса <13>, подготовленные Американским институтом права (American Law Institute - ALI) и Институтом по унификации международного частного права (УНИДРУА) в 2004 г. В Принципах говорится, что они равно применимы и к международному арбитражу, за исключением положений, несовместимых с арбитражным разбирательством.

<13> Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / Пер. с англ. Е.А. Виноградовой, М.А. Филатовой. М., 2011.

Активную деятельность по разработке актов рекомендательного характера ведут комитеты Международной ассоциации юристов, создаваемые по отдельным отраслям права.

Первый акт рекомендательного характера в области доказательственного права был принят МАЮ в 1983 г. и назывался Дополнительные правила, регулирующие представление и получение доказательств в международном коммерческом арбитраже. В 1999 г. указанные Правила были заменены Правилами о получении доказательств в международном арбитраже, 29 мая 2010 г. Советом МАЮ была принята новая редакция этих Правил <14>.

<14> Правила Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже: Пер. с англ. МАЮ: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence (дата посещения - 27.03.2018).

Правила МАЮ о доказательствах отражают процедуры, используемые во многих правовых системах, и являются результатом компромисса между национальными традициями, существующими в странах общего и континентального права. Правила регулируют представление письменных доказательств, свидетельских показаний, заключений экспертов, осмотр места, а также порядок проведения слушания для исследования доказательств.

Правила МАЮ о доказательствах могут применяться, когда стороны прямо договорились о них в арбитражном соглашении либо впоследствии, уже в ходе арбитражного разбирательства. В то же время все более распространенной становится практика, в соответствии с которой указанные Правила применяются составом арбитров при отсутствии соглашения сторон в качестве некоей модели или международного стандарта, определяющего процедуру разбирательства. В одном из своих процедурных решений МЦУИС так высказался о Правилах МАЮ: "Правила МАЮ используются в международном арбитраже повсеместно даже тогда, когда не являются обязательными для состава арбитров. Неофициальные документы, такие как Правила МАЮ, отвечают опыту признанных специалистов в области и черпают свою силу из собственных достоинств и убедительности, а не из обязательного характера" <15>.

<15> **Railroad Development Corp. (USA) v. The Republic of Guatemala**, ICSID Case N ARB/07/23. Decision on Provisional Measures. October, 2008. Par. 15.

Целый ряд значимых документов был разработан специально для субсидиарного применения в отдельных постоянно действующих арбитражных институциях совместно с регламентами. Примером таких актов может являться Руководство по контролю за продолжительностью и расходами в третейском разбирательстве ICC <16>, а также Руководство для арбитров по вопросу обмена информацией ICDR <17>.

<16> ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration (2012) / ICC: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/> (дата посещения - 27.03.2018).

<17> International Centre for Dispute Resolution Guidelines for Arbitrators on Exchange of Information (31 May 2008) / International Centre for Dispute Resolution: https://apps.adr.org/cs/idcplg?IdcService=GET_FILE&dDocName=ADRSTAGE2021624&RevisionSelectionMethod=LatestReleased (дата посещения - 27.03.2018).

По общему правилу нормы гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства непосредственно не распространяются на процедуру международного коммерческого арбитража в Российской Федерации. Однако, по мнению Н.Г. Елисеева, "допустимо и необходимо надлежащий подход к решению вопросов доказывания в арбитраже отыскивать в процессуальном праве", которое "представляет собой воплощение многовекового опыта рассмотрения и разрешения правовых

споров" <18>. При этом следует использовать не только процессуальное право государства места арбитража, но и правила иностранного гражданского процесса <19>.

<18> Елисеев Н.Г. Доказывание в судебном производстве и арбитражном разбирательстве // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 2. С. 31.

<19> Там же.

Не только документы и правила могут служить источником регулирования в международном арбитраже. Как полагает австралийский исследователь Д. Вайнсаймер, объединяющими для процедуры доказывания здесь будут общепризнанные принципы, которые подлежат применению в ходе арбитражного разбирательства (**norms of due process**) <20>. Среди этих принципов право стороны представить свою правовую позицию по спору, право сторон на равное обращение, а также обязанность по добросовестному содействию составу арбитров в установлении обстоятельств дела <21>.

<20> Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. The Hague, 2012. P. 744.

<21> Роль последнего является основополагающей для процедуры представления доказательств. Указанный принцип зафиксирован, например, в ст. 15.7 Швейцарского регламента международного арбитража.

15.3. Письменные доказательства

Как правило, письменные доказательства пользуются в третейском суде наибольшим доверием. Такой подход к оценке значимости этого вида доказательств родился в далеком прошлом - еще международные трибуналы конца XIX - начала XX в. отдавали им абсолютное предпочтение. В некоторых случаях регламенты проведения таких арбитражей содержали прямой запрет на представление устных доказательств, которые не могли быть заявлены кроме как при исключительных обстоятельствах <22>.

<22> O'Malley N. Op. cit. P. 23.

В отношении процедуры раскрытия письменных доказательств международный коммерческий арбитраж воспринял традицию стран континентальной системы. Отказ от английской модели раскрытия обусловлен общим желанием арбитров, сторон и арбитражных институтов снизить расходы, связанные с арбитражным разбирательством <23>.

<23> Lazareff S. Foreword // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication N 698 / Ed. by T. Giovannini, A. Mourre. Paris, 2009. P. 5.

Сказанное, однако, не означает, что общее право не оказало какого-либо воздействия на процедуру представления письменных материалов. Несмотря на имеющееся сопротивление, процедура раскрытия доказательств в ее англо-американском варианте (**disclosure** в Англии и **discovery** в США), когда от стороны требуется представить даже те документы, в представлении которых она не заинтересована, проникает в практику международных третейских разбирательств.

Говоря о закреплении того или иного подхода на уровне источников регулирования, следует подчеркнуть, что предыдущие редакции Правил МАЮ о доказательствах были несколько ближе к континентальному подходу, нежели редакция 2010 г. В частности, согласно ст. 4.4 редакции 1983 г. сторона должна была, как это принято в континентальных системах, указать конкретный документ (специфическое письмо, договор и т.п.) в качестве доказательства, подлежащего истребованию <24>. Именно такой подход практикуется и в российских государственных судах. Сторона по делу не может ходатайствовать о предоставлении группы или класса документов, хотя и объединенных признаком

относимости, но не конкретизированных.

<24> O'Malley N. Op. cit. P. 39.

После появления Правил МАЮ о доказательствах в новой редакции многие специалисты в области арбитража стали утверждать, что формулировка "категории документов", содержащаяся в ст. 3.3, свидетельствует о восприятии Правилами как раз англо-американской модели <25>. Однако английский Закон "Об арбитраже" 1996 г. <26> в этой части противоречит Правилам МАЮ о доказательствах. Аналогично и Регламент ЛМТС (п. (е) ст. 22.1) предусматривает, что состав арбитров имеет полномочие обязать стороны предъявить для осмотра арбитражным судом и другой стороной любые документы или классы документов, имеющиеся в их владении или распоряжении. Таким образом, вместо узкой категории документов, предусмотренной Правилами МАЮ о доказательствах, раскрытию подлежат целые классы документов <27>.

<25> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. § 1907.

<26> Arbitration Act 1996 (England and Wales): enacted June 17, 1996 // Legislation.gov.uk: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23> (дата посещения - 27.03.2018).

<27> Пеллю Д. Письменная стадия разбирательства в международном арбитраже: некоторые особенности процедуры английского типа // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 296.

В российской доктрине также обсуждался вопрос о том, возможно ли применение англо-американской процедуры раскрытия доказательств в отечественном международном коммерческом арбитраже. О.Н. Зименкова полагает, что требования английского законодательства о полном раскрытии документов сторонами разбирательства не могут применяться в отечественном международном коммерческом арбитраже (например, в МКАС при ТПП РФ в силу положения § 31 современного Регламента МКАС, возлагающего бремя доказывания на стороны) <28>.

<28> Зименкова О.Н. Доказательства в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 127.

Представляется, что классический англо-американский подход к процедуре раскрытия доказательств действительно несовместим с некоторыми принципами, заложенными в основу международного коммерческого арбитража в его современном понимании. В частности, необходимость представления всех документов, имеющихся в распоряжении стороны спора и могущих иметь какое-либо отношение к нему, способна погубить саму идею быстрого и эффективного разбирательства. В то же время и континентальный подход в чистом виде не совсем соответствует задачам международной третейской процедуры, где, к примеру, иностранный контрагент не всегда может с точностью обозначить документ, имеющийся в распоряжении оппонента и необходимый ему для обоснования своей позиции, в силу элементарных языковых и культурных барьеров, различий в обычаях делового оборота, документооборота и иных формальных препятствий.

Обмен состязательными бумагами и письменными доказательствами в МКАС при ТПП РФ происходит при помощи институционального арбитража, что отличается от принятой за рубежом практики, в соответствии с которой сторона вынуждена сама направлять большую часть документов процессуальному оппоненту и арбитрам. Согласно § 9 Правил арбитража МКАС все документы, касающиеся начала и осуществления арбитражного разбирательства, должны быть представлены сторонами в МКАС при ТПП РФ в шести экземплярах одинаковой комплектности, а в случае рассмотрения спора единоличным арбитром - в четырех экземплярах с соответствующим увеличением количества

экземпляров при участии в споре более двух сторон, если иное в случае необходимости не будет определено ответственным секретарем МКАС или третейским судом. Все документы, представляемые одной из сторон в Секретариат, должны быть переданы им другой стороне, если эти документы не были переданы в ходе арбитражного разбирательства самой этой стороной другой стороне. Сторонам также должны быть переданы любые заключения экспертов или другие документы, имеющие доказательственное значение, на которых может основываться арбитражное решение (п. п. 2, 6 § 10 Правил арбитража МКАС).

Представляется, что в условиях крайне слабой процессуальной дисциплины российских участников арбитражных разбирательств у такого подхода есть преимущества, поскольку таким образом обеспечивается равенство сторон спора в возможности ознакомления со всеми материалами: суд гарантирует, что документы, поступившие в его адрес, будут представлены также и оппоненту.

Примером альтернативного порядка является Регламент SCC, где обмен письменными доказательствами между участниками разбирательства происходит непосредственно, а не через секретариат арбитражного института <29>.

<29> Зыков Р.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М., 2014. С. 133.

Для того чтобы определить форму представления доказательств, а также сроки их представления, арбитры, как правило, в своем первом процессуальном приказе, выносимом на самой ранней стадии, дают подробные разъяснения по этим вопросам.

Д. Вайнсаймер констатирует, что в международном коммерческом арбитраже существует как минимум три презумпции в отношении представленных документов. Первая касается того, что представленный документ относится по своему происхождению к тому лицу или органу, который в нем указан. Вторая презумпция заключается в том, что отправленный документ был получен адресатом. Третья презумпция состоит в том, что копия документа, как правило, в полной мере передает содержание оригинала. Для того чтобы оспорить указанные презумпции, вторая сторона должна сделать соответствующее заявление <30>.

<30> Waincymer J. Op. cit. P. 828 - 829.

В результате в современном международном третейском разбирательстве документальные доказательства обычно представляются сторонами в копиях. При наличии сомнения в действительности документа сторона по запросу состава арбитров должна представить на его обозрение оригинал, однако в большинстве случаев этого не требуется.

Так, согласно п. 2 § 29 Правил арбитража МКАС МКАС сторона может представить письменные доказательства в оригинале или в виде заверенной ею копии оригинала <31>. Проверка доказательств производится способом, устанавливаемым составом арбитров, при этом состав может возложить производство проверочных действий на одного из арбитров.

<31> Для сравнения согласно ст. 71 ГПК РФ, п. 8 ст. 75 АПК РФ письменные доказательства представляются в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии, хотя на практике арбитражные суды допускают заверение копии стороной или ее представителем. В российских государственных судах документы приобщаются с копиями по числу лиц, участвующих в деле. Особые требования гражданский процесс РФ предъявляет к письменным доказательствам, полученным за рубежом.

Согласно п. (d) ст. 3.12 Правил МАЮ о доказательствах переводы документов необходимо подавать вместе с оригиналами и помечать их как переводы с указанием языка оригинала. Здесь Правила явно выходят за пределы регулирования, установленного большинством арбитражных регламентов, -

представление переводов письменных доказательств не является обязанностью стороны по умолчанию. Предполагается, что арбитры международного коммерческого арбитража могут владеть не только языком разбирательства, но и иными языками, в том числе тем, на котором составлено письменное доказательство. В этом случае не существует какой-либо необходимости в представлении сторонами переводов.

Если такая потребность все же возникла, арбитры могут обязать сторону представить соответствующий перевод <32>, при этом, в отличие от государственного гражданского процесса, в международном коммерческом арбитраже у стороны нет обязанности каким-либо специальным образом заверять квалификацию переводчика. В случае если сторона оппонента сочтет перевод, представленный противником, недостоверным или ненадлежащим, у нее всегда будет возможность представить свой собственный вариант перевода.

<32> Так, согласно п. 2 ст. 22 Закона о МКА третейский суд может распорядиться, чтобы любые письменные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом. Аналогичное положение содержится в § 22 Правил арбитража МКС МКАС.

Важное значение имеет выбор момента представления основного массива письменных доказательств. В соответствии с п. 1 ст. 23 Закона о МКА стороны вправе представить вместе со своими заявлениями все документы, которые они считают относящимися к делу, либо сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые они намереваются представить в дальнейшем. Корреспондирующие нормы содержатся в Правилах арбитража МКС МКАС: согласно п. 1 § 3 истец должен изложить в своем исковом заявлении фактические обстоятельства, на которых основаны его исковые требования, и подтверждающие эти обстоятельства доказательства. Аналогичное обязательство согласно п. 3 § 6 указанных Правил лежит на ответчике.

В большинстве зарубежных институций основной массив доказательств представляется не на этапе подачи запроса о проведении разбирательства (**request for arbitration**), инициирующего процедуру, а на более поздней стадии, как правило, уже после издания арбитрами первого процессуального приказа.

В соответствии с п. 1 § 27 Правил арбитража МКС МКАС в своем процессуальном постановлении третейский суд может установить порядок и сроки представления сторонами дополнительных письменных заявлений, доказательств и иных документов. Непредставление стороной надлежащих доказательств не является препятствием к продолжению разбирательства и вынесению решения на основе имеющихся доказательств (п. 4 § 29).

Из формулировок большинства регламентов крупнейших институциональных арбитражей, а также национальных законов о международном коммерческом арбитраже следует, что арбитры вправе затребовать дополнительные доказательства от сторон, однако не обязаны делать этого.

Для рассмотрения вопросов, связанных с ходатайствами об истребовании документов, а также с возражениями против них стороны-оппонента, в практике международного коммерческого арбитража стала использоваться так называемая таблица Редферна. Таблица названа так по имени ее разработчика - известного английского арбитра Алана Редферна <33> и имеет следующий вид.

<33> Названа так после публикации процедурных приказов, подготовленных Аланом Редферном. См., например: **TCW Group Inc. and Dominican Energy Holding L. P. v. The Dominican Republic, CAFTA/UNCITRAL**. 2008: <https://www.italaw.com/cases/1074> (дата посещения - 27.03.2018).

Описание документа, об истребовании которого заявляет	Обоснование необходимости истребовать документ, представленное заявителем	Комментарии или возражения стороны-оппонента	Решение состава арбитров
---	---	--	--------------------------

сторона	ходатайства		

Таблица может быть использована не только в рамках процедуры арбитражного разбирательства, но и в дальнейшем, при оспаривании решения или подаче заявления о признании и приведении его в исполнение.

Возражая против истребования доказательств, стороны особенно часто ссылаются на наличие "исключительных" обстоятельств (необходимость защиты коммерческой тайны, ноу-хау, персональных данных сотрудников и других сведений, пользующихся доказательственным иммунитетом). В свою очередь, сторона-оппонент может высказать обоснованные сомнения в том, имеются ли на самом деле основания для отказа в раскрытии искомого доказательства. В результате перед арбитрами встает вопрос о допустимости истребования доказательства с позиции соблюдения правил о доказательственных привилегиях.

15.4. Электронные доказательства

Электронный документооборот стал "новой реальностью" для сторон международных арбитражных разбирательств. Многие участники коммерческих отношений в настоящее время ведут всю свою документацию в электронном виде, и документы, имеющие непосредственное отношение к существу спора, могут присутствовать исключительно на электронных носителях. Особую роль в международном арбитраже электронные доказательства играют в силу стремительного роста электронной торговли.

Выработкой рекомендаций по порядку представления электронных доказательств занималась специально созданная рабочая группа ICC <34>. Результатом ее деятельности стал подготовленный в 2012 г. Отчет об управлении процедурой представления электронных документов в международном арбитраже, который имеет важное практическое значение. Документ содержит два приложения. В первом описываются некоторые отличительные особенности электронных документов и разъясняется, как они создаются, хранятся, как осуществляется поиск и передача этих документов, а также их удаление. Во втором приложении содержится глоссарий терминов, связанных с электронными доказательствами <35>.

<34> Malintoppi L. The ICC Task Force on the Production of Electronic Documents in Arbitration - An Overview // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication N 698 / Ed. by T. Giovannini, A. Mourre. Paris, 2009. P. 415.

<35> ICC Arbitration Commission Report on Managing E-Document Production // International Chamber of Commerce: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-managing-e-document-production> (дата посещения - 27.03.2018).

Еще более известный рекомендательный документ был разработан в ходе так называемой Седонской конференции, проходившей в США в 2002 г., в рамках которой известные судьи, адвокаты, а также специалисты в области информационных технологий объединились для разработки новых подходов к раскрытию информации в гражданском процессе. В результате были разработаны Седонские принципы о раскрытии электронной информации. Первая редакция Принципов была датирована 2004 г., в дальнейшем они были переизданы дважды - в 2007 и в 2017 гг. <36>. Документ оказал серьезнейшее влияние на практические аспекты представления электронных доказательств в международных третейских судах.

<36> The Sedona Principles Third Edition TSC Journal Version (October 2017) // The Sedona Conference: <https://thesedonaconference.org/publication> (дата посещения - 27.03.2018).

Электронная информация, относящаяся к тому или иному документу, состоит из двух частей. Во-первых, это непосредственно сам электронный документ (к примеру, текстовый), а во-вторых, так называемые метаданные. Часто их определяют как "информацию об информации". Метаданные включают в себя специальные поля с описанием электронного документа, как то: сведения о его содержании; сведения о датах, когда документ был создан или изменен; сведения об управлении этим документом на протяжении времени (указание на пользователей, которые создали документ, внесли в него изменения или удалили), структуре записей, о его объеме как в электронном, так и в печатном виде и т.п.

Седонские принципы рассматривают метаданные в качестве источника доказательств (разд. 12). С этим следует согласиться, поскольку метаданные хотя и не всегда бывают доступны в результате простой распечатки документа, зачастую позволяют установить намерения или разумные ожидания сторон, а иногда могут стать свидетельством недобросовестных действий в отношении доказательств <37>.

<37> Hill R.D. The New Reality of Electronic Document Production in International Arbitration: A Catalyst for Convergence? // Arbitration International. 2009. Vol. 25. N 1. P. 97 - 98.

В Отчете ICC об управлении процедурой представления электронных документов в международном арбитраже для удобства арбитров и сторон приводится подробная классификация метаданных. В частности, разъясняется, что одна их часть появляется при помощи программного обеспечения, в котором создается сам документ. Другие метаданные - системные - являются "реакцией" операционной системы или программы на какие-либо действия с файлом. Внедренные метаданные присваиваются документу его создателем. Видимые метаданные следует отличать от скрытых. К примеру, видимые метаданные электронного почтового сообщения - это указание на лицо, которому оно направлено, от которого оно направлено, указание на лиц, которым были направлены копии сообщения, дата отправления, поле темы и т.п. Скрытые метаданные будут включать в себя путь, который письмо прошло в сети Интернет (указание на несколько серверов), а также IP-адрес, с которого письмо было отправлено. Скрытые метаданные могут быть особенно полезной информацией в ситуации, когда речь идет о фальсификации доказательства (п. (b) ст. 4.10 Отчета).

Форма представления электронных документов должна позволять исследовать их в ходе арбитражного разбирательства без обращения к сложным техническим средствам. При отсутствии соглашения сторон о формате файлов электронных документов арбитражный трибунал должен решить, какой из наиболее подходящих форматов следует использовать, либо принять решение о том, что документы должны быть представлены в том формате, в котором они были созданы <38>.

<38> Howell D. Electronic Disclosure in International Arbitration: The CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication N 698 / Ed. by T. Giovannini, A. Mourre. Paris, 2009. P. 9.

15.5. Показания свидетеля

Немецкие юристы, характеризуя показания свидетелей, говорят о них как о самых ненадежных источниках информации, поскольку, даже если очевидец желает сообщить суду правдивые сведения, возможны заблуждения, обусловленные ошибками в восприятии и воссоздании устанавливаемых обстоятельств <39>.

<39> Елисеев Н.Г. Доказывание в гражданском процессе Федеративной Республики Германия: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 35.

В странах общего права, напротив, предпочтение отдается свидетельским показаниям. Как отмечает Нил Эндрюс, показания свидетелей по вопросам факта служат основным источником доказательств в ходе разбирательства <40>. Недаром одним из главных навыков барристеров в Великобритании

считается умение вести перекрестный допрос свидетеля: английские адвокаты любят говорить, что их профессия - задавать вопросы <41>.

<40> Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Пер. с англ.; под ред. Р.М. Ходыкина. М., 2012. С. 195.

<41> Боннер А.Т. Традиционные и нетрадиционные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: Монография. М., 2013. С. 84.

Кроме того, в гражданском процессе континентального и англо-американского права под свидетелями понимается разный круг лиц. В традиции общего права эксперты назначаются преимущественно сторонами и являются лишь одной из разновидностей свидетелей. В континентальной традиции эксперты назначаются судом и не входят в круг свидетелей в обычном понимании <42>. Для целей данной главы будет использовано более традиционное для континентального процесса деление: к свидетелям относятся те, кого в странах общего права называют свидетелями факта (**witness of fact**).

<42> Waincymer J. Op. cit. P. 886.

За короткий период в международном коммерческом арбитраже сформировался устойчивый подход к процедуре допроса свидетеля, который выражается в следующем:

- стороны в споре обязаны заблаговременно раскрыть имена своих свидетелей, а также предмет их основных свидетельских показаний;

- свидетель, дающий показания по ходатайству одной из сторон, может быть допрошен противной стороной и/или арбитрами по мотивам озвученных им обстоятельств;

- в настоящее время существуют лишь незначительные ограничения, при которых свидетель не может быть допрошен в арбитражном заседании. При этом рамки признания свидетельских показаний допустимыми в международном коммерческом арбитраже значительно шире, чем в государственных судах <43>.

<43> O'Malley N. Op. cit. P. 105.

В целях соответствия этому подходу в международном арбитраже в качестве общей практики используются так называемые письменные свидетельские показания (**witness statement**) <44>, нередко заменяющие при допросе свидетеля стадию прямого допроса (**examination-in-chief; direct examination**), т.е. основного допроса свидетеля стороной, которой он был заявлен.

<44> Иногда такие показания, данные под присягой, называются аффидевитом.

Согласно Правилам МАЮ о доказательствах любое лицо может давать показания как свидетель, включая сторону, ее должностное лицо, сотрудника или иного представителя (ст. 4.2). Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ определяет схожий круг лиц, способных выступать в качестве свидетелей: свидетелями, в том числе экспертами-свидетелями, представляемыми сторонами для дачи показаний в арбитражном суде по любому вопросу факта или экспертизы, могут выступать любые лица, независимо от того, являются ли они сторонами арбитражного разбирательства и связаны ли они с какой-либо из сторон каким бы то ни было образом (п. 2 ст. 27).

Как видно, свидетель согласно Правилам МАЮ о доказательствах и Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ в определенных случаях может не отвечать требованию об отсутствии у него материально-правовой или процессуально-правовой заинтересованности в исходе дела, а также об

отсутствии материально-правовых отношений с лицами, участвующими в деле.

В доктрине возникла дискуссия о том, в какой форме и в каком объеме следует декларировать достоверность свидетельских показаний <45>. Поскольку в большинстве случаев они представляются первоначально в письменном виде, этот вопрос должен находить предварительное решение в документе, исходящем от свидетеля. В зависимости от формы, в которую облечены письменные свидетельские показания (нотариальная либо простая письменная), национальных традиций каждой из сторон спора, а также применимого **lex arbitri** такая декларация может выражаться в виде письменной присяги или заверения, клятвы (по образцу английского гражданского процесса) и т.п. Однако даже отсутствие такой декларации не должно приводить к исключению письменных показаний из числа доказательств. Достаточно вспомнить, что у самого состава арбитров нет публичных полномочий по приведению свидетеля к присяге: "...Арбитры не вправе приводить к присяге или опрашивать лицо под условием говорить правду (**truth affirmation**)" <46>.

<45> Более подробно см.: Roth M. False Testimony at International Arbitration Hearings Conducted in England and Switzerland - A Comparative View // Journal of International Arbitration. 1994. Vol. 11. Iss. 1. P. 17.

<46> Хобер К. Допрос свидетелей в международном арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 372.

В случае неявки свидетеля на устное слушание его письменные пояснения должны быть исключены из числа доказательств. Поскольку практика представления письменных свидетельских показаний берет свое начало в английских судах, указанное положение также полностью соответствует правилам английского гражданского процесса <47>.

<47> Эндрюс Н. Указ. соч. С. 35.

Развитие технологий, обеспечивающих удобство, возможность удешевить и ускорить процедуру арбитражного разбирательства, привело к тому, что весьма распространенным стал допрос свидетеля при помощи видео-конференц-связи. При этом показания свидетеля, полученные с помощью этого технического решения, приравниваются по своей доказательственной силе к очным свидетельским показаниям.

Допрос свидетелей обычно проходит в три стадии: 1) прямой допрос (**examination-in-chief; direct examination**); 2) перекрестный допрос (**cross examination**); 3) повторный прямой допрос (**re-direct examination**). Иногда проводится повторный (дополнительный) перекрестный допрос (**re-cross examination**).

Не вызывает сомнений то, что правило о языке арбитражного разбирательства относится в полной мере и к процедуре допроса свидетелей. Однако весьма распространенными являются ситуации, когда свидетель не владеет этим языком. В таком случае его допрос необходимо осуществлять с помощью переводчика, причем перевод должен быть не параллельным или синхронным, а последовательным: сторона или арбитры должны задавать вопрос на языке разбирательства, после чего вопрос переводится на язык свидетеля, а затем ответ свидетеля подвергается обратному переводу. Только такой подход может обеспечить максимальную релевантность свидетельских показаний поставленному вопросу, в противном случае возможны многочисленные смысловые потери и искажения.

15.6. Экспертные заключения

Традиционно в международном коммерческом арбитраже используются два основных способа получения заключения эксперта. Теоретически инициатива по привлечению эксперта в арбитраже может исходить как от стороны, так и от самого состава арбитров.

В первом случае эксперт выступает как бы в качестве свидетеля одной из сторон в поддержку ее

позиции (**party-appointed expert**). При этом сторона, пригласившая эксперта для дачи заключения, как правило, обсуждает с ним его характер, а также оплачивает связанные с привлечением эксперта расходы. Часто такого эксперта называют экспертом-свидетелем (**expert witness**). Во втором случае эксперт назначается арбитражным трибуналом (**tribunal-appointed expert**) (см. также пар. 10.4 настоящего учебника).

Отдельные авторы предлагают решать вопрос о предпочтении эксперта, назначенного составом арбитров, или же эксперта-свидетеля исходя из практической целесообразности. К примеру, в строительном споре, где экономическая (или бухгалтерская) экспертиза требуется для подсчета стоимости строительных расходов, нецелесообразно давать сторонам возможность представлять собственные экспертные заключения <48>.

<48> Waincymer J. Op. cit. P. 939.

В международном арбитраже в настоящее время наблюдается тенденция к преобладанию экспертных заключений, подготовленных по инициативе стороны, а не по распоряжению арбитров <49>. Это объясняется двумя причинами. Во-первых, сторона может в собственных интересах корректировать вопросы для исследования экспертом, что снижает вероятность того, что его заключение будет безотносительно. Во-вторых, арбитры, доверяя экспертам сторон, снимают с себя ответственность за их назначение. В результате расширяется автономия воли участников разбирательства, реализуется принцип равного отношения к сторонам, сокращается вмешательство арбитража в процесс доказывания и, как следствие, повышается состязательность процедуры <50>.

<49> Ibid. P. 932.

<50> O'Malley N. Op. cit. P. 139.

А. Редферн и М. Хантер считают такую особенность современного арбитража неудовлетворительной <51>. Стороны, представляя заключения экспертов, фактически вынуждают их противостоять друг другу ("битва экспертов"). В такой ситуации арбитрам крайне сложно разобраться в техническом "жаргоне" специалистов и прийти к верному заключению относительно того, чье заключение является достоверным.

<51> International Arbitration... § 6.138.

Некоторые арбитражные регламенты прямо говорят о необходимости получения разрешения состава арбитров на представление заключения или показаний эксперта, например ст. 25.3 Регламента ICC. Аналогичного подхода придерживается Протокол об использовании эксперта-свидетеля в международном коммерческом арбитраже, подготовленный Королевским институтом арбитров (ст. 3).

Не стоит забывать и о возможности одновременного допроса экспертов в ходе устного слушания. Основным идеологом проведения конференции экспертов-свидетелей является немецкий юрист Вольфганг Петер, статья которого в свое время послужила началом широкого применения этого процессуального метода в международном арбитраже. Одной из основных предпосылок для проведения конференции экспертов является идея о том, что "люди в меньшей степени склонны лгать в присутствии своих коллег" <52>. В. Петер настаивает, что конференция экспертов может в значительной степени содействовать разрешению спора посредством заключения мирового соглашения, поскольку в ходе ее проведения со всей очевидностью открывается обоснованность того или иного довода стороны по вопросу факта.

<52> Peter W. Witness "Conferencing" // Arbitration International. 2002. Vol. 18. N 1. P. 56.

Сторонники усиления практики использования экспертиз, назначенных арбитрами, а не представленных сторонами, полагают, что преимуществом такого подхода является **большая** независимость, а также лучший контроль за расходами, поскольку вопросы оплаты, а точнее, ее размера изначально решаются арбитрами, а не стороной в разбирательстве <53>.

<53> Waincymer J. Op. cit. P. 932.

Следуя Типовому закону ЮНСИТРАЛ, Закон о МКА в ст. 26 регламентирует вопрос о назначении эксперта третейским судом. Если стороны не договорились об ином, третейский суд может:

- назначить одного или нескольких экспертов для представления ему доклада по конкретным вопросам, которые определяются третейским судом;

- потребовать от стороны предоставления эксперту любой относящейся к делу информации либо предъявления для осмотра или предоставления возможности осмотра им относящихся к делу документов, товаров или другого имущества. При отсутствии договоренности сторон об ином эксперт, если сторона просит об этом или если третейский суд считает это необходимым, должен после представления своего письменного или устного заключения принять участие в слушании, на котором сторонам предоставляется возможность задавать ему вопросы и представлять специалистов для дачи показаний по спорным вопросам <54>.

<54> Представляется, что под специалистами российский законодатель подразумевал экспертов, входящих в категорию экспертов-свидетелей.

В попытке объединить преимущества экспертов, назначенных сторонами, и экспертов, назначенных составом арбитров, немецкий юрист К. Сакс предложил использование так называемой команды экспертов. Суть данного способа в следующем: состав арбитров предлагает каждой из сторон список с указанием экспертов, компетентных в той или иной области. Каждая сторона выбирает по одному эксперту с тем, чтобы в дальнейшем указанные ими кандидатуры работали совместно над экспертизой по поручению состава арбитров. Таким образом учитывается как воля сторон при выборе эксперта, так и решение арбитров о назначении экспертизы <55>.

<55> Sachs K., Schmidt-Ahrendts N. Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence // Arbitration Advocacy in Changing Times / Ed. by A.J. van den Berg. The Hague, 2011. P. 145. (ICCA Congress Series N 15.)

Распространенной практикой в международном коммерческом арбитраже является издание арбитражным трибуналом акта о полномочиях эксперта. В этом документе в первую очередь должно содержаться требование состава арбитров о сохранении независимости и беспристрастности эксперта, выражающееся, в частности, в необходимости оповещать каждую из сторон о контакте эксперта с другой стороной, если этот контакт произошел по любому вопросу, который может быть затронут в ходе проведения экспертизы.

Другим, тесно связанным с описанными в настоящем параграфе средствами доказывания способом получения информации, которая имеет доказательственное значение для разрешения спора, является осмотр места. Специальное указание на возможность проведения такого обследования содержат Регламенты ЛМТС и ААА. Более подробно процедуру осмотра места регулирует Регламент МЦУИС. Указанное действие может совершаться как непосредственно арбитрами, так и третьим лицом (экспертом) по их поручению. Осмотру могут подлежать как определенные места, связанные с разбирательством, например та или иная промышленная территория, завод, порт, склад и т.п., так и конкретное оборудование или объект (например, промышленное оборудование), которые имеют непосредственное отношение к предмету спора. Состав арбитров имеет широкую дискрецию по определению порядка

проведения такого осмотра <56>.

<56> International Arbitration... § 6.146 - 6.148.

15.7. Распределение бремени доказывания

В основу решения вопроса о распределении бремени доказывания <57> в современном международном коммерческом арбитраже был положен принцип, хорошо известный еще римскому праву: **"Actor incumbit onus probandi"** <58>. Вот как эту римскую максиму объяснил трибунал МЦУИС в решении по делу **Asian Agricultural Products Ltd. v. The Republic of Sri Lanka**: "Значение термина "actor" в выражении **"Actor incumbit onus probandi"** использовано не для обозначения истца в процессуальном смысле, а в качестве указания на лицо, делающее то или иное заявление в свете рассматриваемого спора. Таким образом, бремя доказывания лежит на стороне, заявляющей о том или ином фактическом обстоятельстве" <59>.

<57> Категория "бремя доказывания" (**burden of proof**) не имеет в международном арбитраже универсальной дефиниции и часто заменяется иными, самыми разнообразными категориями. Среди ее вариаций только в английском языке можно упомянуть: **burden of persuasion, burden of production, burden of going forward, the legal burden** и **burden of allegation**.

<58> "Бремя доказывания лежит на истце" (лат.).

<59> **Asian Agricultural Products Ltd. v. The Republic of Sri Lanka**, ICSID Case N ARB/87/3: <http://www.italaw.com/cases/96> (дата посещения - 27.03.2018).

Закреплен указанный принцип и в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, ст. 27.1 которого содержит следующее хорошо известное положение: каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений. В последующем данная норма была имплементирована во многие существующие регламенты. Тем естественнее, что она нашла свое широкое применение в практике МКАС при ТПП РФ <60>.

<60> Так, разрешая спор между российской организацией и испанской фирмой, состав арбитров удовлетворил требования продавца о полной оплате стоимости поставленного товара, поскольку ответчик надлежащим образом не доказал своих утверждений о несоответствии качества товара, поставленного на условиях "FCA - российская станция отправления", в момент перехода на него рисков. См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2007. § 1.19. С. 250.

В то же время вопрос распределения доказательственного бремени тесно связан с имеющейся у арбитров самостоятельной инициативой по поиску доказательств и наличием у сторон возложенной арбитрами обязанности раскрытия доказательств. Как уже было упомянуто, с учетом дискреции в оценке доказательств, предоставленной составу арбитров, Правила арбитража МКАС также устанавливают право арбитров требовать представления сторонами иных доказательств, назначать проведение экспертизы, испрашивать представления доказательств третьими лицами, а также вызывать и заслушивать свидетелей (§ 29).

Н. О'Малли делает вывод о том, что норма, содержащаяся в ст. 27.1 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, введена с практической целью и обуславливает три обстоятельства <61>. Во-первых, обеим сторонам разъясняется их обязанность представлять доказательства в поддержку собственных утверждений и доводов. Во-вторых, из нормы становится ясно, что риск наступления последствий непредставления доказательств лежит на стороне, делающей то или иное утверждение. И в-третьих, что является, пожалуй, самым существенным, поскольку стороны проинформированы об указанном риске, у арбитража нет процедурной обязанности информировать сторону всякий раз на различных этапах

рассмотрения дела о том, что она несет риск наступления последствий непредставления доказательств, или о том, что этот риск перешел к ней.

<61> O'Malley N. Op. cit. P. 205 - 206.

Часто именно положения применимого материального права определяют, кто должен доказать конкретное обстоятельство (например, уменьшение размера ответственности, возможность предвидения нарушения обязательства, форс-мажорные обстоятельства и др.). Так, ст. 79 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. содержит самостоятельное положение о возложении бремени доказывания: "Сторона не несет ответственности за неисполнение любого из своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий" <62>.

<62> Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров: заключена в г. Вене 11 апреля 1980 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1994. N 1. С. 64 - 88.

Еще одной категорией доказательственного права, которая признается в различных правовых системах, является стандарт доказывания (**standard of proof**). Как правило, в результате распределения бремени доказывания выявляется сторона, на которую возложена обязанность по представлению тех или иных доказательств. Однако само по себе это распределение не определяет характера необходимых доказательств (не регламентирует их вид, не предъявляет к ним каких-либо иных специальных требований и пр.). В теории доказательственного права эта функция возложена на стандарт доказывания, который и определяет необходимую степень убедительности того или иного доказательства. В результате соблюдения стандарта доказывания арбитр может сделать вывод, что то или иное утверждение стороны о фактических обстоятельствах является доказанным <63>.

<63> Waincymer J. Op. cit. P. 766 - 767.

Следует отметить, что стандарт доказывания тесно связан с другим важным понятием доказательственного права - критерием доказанности. Говоря об этой категории, Н.Г. Елисеев отмечает, что речь идет об изучении и объяснении условий, при которых доказываемый факт следует считать установленным <64>. В критерии доказанности можно выявить субъективные и объективные элементы. В качестве первых могут фигурировать вера, убежденность или достоверность, в качестве вторых - истина или определенная степень ее вероятности <65>. С достаточной степенью условности можно сказать, что указанные элементы стали основой для различных подходов к определению стандарта доказывания, применяемых в системах общего и континентального права.

<64> Елисеев Н.Г. Основные понятия доказательственного права... С. 12.

<65> Там же.

Система общего права использует так называемый стандарт баланса вероятностей (**balance of probabilities**), с помощью которого судом делается вывод, что тот или иной факт или утверждение вероятно существовали или скорее имели место.

Однако в континентальной системе большее распространение получила концепция внутреннего убеждения судьи или арбитра <66>. Эта концепция известна в разных странах как "**l'intime conviction du juge**" (Франция), "**il libero convincimento del giudice**" (Италия), "**die richterliche überzeugung**" (Германия).

<66> Lew J.M., Mistelis L.A., **Kröll S.M.** Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 561.

Англо-американская модель, оперирующая категорией "баланс вероятностей", получила в международном арбитраже гораздо более широкое распространение. Использование этого подхода удобно для различного рода арбитражей, включая рассмотрение инвестиционных споров в МЦУИС.

Доказательства **prima facie** - это еще одна весьма важная категория, связанная с бременем доказывания, пользующаяся большой популярностью у арбитров по всему миру.

Первоначально концепция доказательств **prima facie** возникла в странах общего права. В настоящее время она подразумевает под собой очевидное и достаточное доказательство, кажущееся достоверным при отсутствии опровержения. Такие доказательства представляются в порядке опровержимой презумпции "при отсутствии доказательств в пользу противного".

При отсутствии иных доказательства **prima facie**, не оспоренные и не отрицаемые, являются минимально необходимыми и достаточными для вынесения арбитрами решения. В случае если сторона представила доказательства **prima facie**, риск неблагоприятных последствий непредставления доказательств обратного однозначно переходит на противную сторону.

Документы, которые могут выступать в качестве доказательств **prima facie**, иногда определяются в международных соглашениях. В частности, в ст. 16 Гамбургской конвенции о морской перевозке грузов 1978 г. говорится, что коносамент является доказательством **prima facie** приема, а в случае выдачи бортового коносамента - погрузки перевозчиком груза, как он описан в коносаменте <67>. Коносамент, в который не включено указание фрахта или иное указание, что фрахт должен оплачиваться грузополучателем, или не указан возникший в порту погрузки демередж, подлежащий оплате грузополучателем, является доказательством **prima facie** того, что никакого фрахта или демереджа с него не причитается.

<67> Конвенция ООН о морской перевозке грузов: заключена в г. Гамбурге в 1978 г.: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/transport/hamburg/XI_d_3_r.pdf (дата посещения - 27.03.2018).

15.8. Оценка доказательств

Цель оценки доказательств в международном коммерческом арбитраже - разрешение спора на основании наиболее убедительных представлений о фактах - по своему содержанию весьма близка цели оценки доказательств в государственном суде. Указанная оценка осуществляется в соответствии с одним из ключевых принципов современного процессуального права - принципом свободной оценки доказательств <68>.

<68> Рыжов К.Б. Принцип свободной оценки доказательств и его реализация в гражданском процессе / Науч. ред. В.В. Ярков. М., 2012. С. 3. (Гражданский и арбитражный процесс: новые имена & новые идеи. Кн. 8.)

Отдельные авторы указывают на широкую дискрецию состава арбитров в оценке допустимости и значимости доказательств, а также на возможность установления в каждом конкретном случае стандартов доказывания как на компенсацию отсутствия возможности применять эффективные меры принуждения в отношении сторон и третьих лиц: насколько состав арбитров процессуально слаб в ходе рассмотрения дела, настолько же он силен при вынесении окончательного решения <69>.

<69> Шемелин Д.А. Изменение стандарта доказывания в международном арбитраже // Новые горизонты международного арбитража: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М., 2013. Вып. 1. С. 193.

Как Типовой закон ЮНСИТРАЛ (п. 2 ст. 19), так и Закон о МКА (п. 2 ст. 19) предоставляют третейскому суду право самостоятельно определять допустимость, относимость, существенность и значимость любого доказательства, если стороны не договорились об ином.

Согласно п. 3 § 29 Правил арбитража МКС МКАС оценка доказательств осуществляется арбитрами по их внутреннему убеждению. Указанная формулировка, как было показано, свойственна континентальному гражданскому процессу.

Подход к оценке доказательств в случае неявки стороны или непредставления ею возражений и дополнений проиллюстрируем на примере ведущей отечественной арбитражной институции. Когда ответчик не представляет своих возражений по иску и не является в заседание арбитража, Правила арбитража МКС МКАС позволяют продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся доказательств (п. 4 § 30). При этом согласно ст. 25 Закона о МКА такая неявка сама по себе, а также отсутствие возражений стороны не рассматриваются как признание утверждений истца.

О.Н. Зименкова полагает, что в таких обстоятельствах принцип беспристрастности обязывает состав арбитров при оценке представленных сторонами доказательств по своему внутреннему убеждению и в то же время объективно, т.е. в соответствии с фактическими обстоятельствами, обращать внимание на обнаружение явных противоречий "о согласованности фактов, иных обстоятельств, имеющих значение для оценки доказательств", и самостоятельно давать правовую оценку такого рода фактическим обстоятельствам, даже при отсутствии соответствующих указаний другой стороны <70>.

<70> Зименкова О.Н. Указ. соч. С. 134 - 135.

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 <71>. В качестве одной из возможных санкций от стороне, чье поведение в ходе раскрытия доказательств арбитраж может квалифицировать как недобросовестное, выступают так называемые неблагоприятные выводы (**adverse inferences**, **conséquences défavorables**). Одним из таких выводов может быть доказательственная презумпция о том, что спорный факт является доказанным. Однако большинство исследователей сходятся во мнении, что выводы в пользу противной стороны должны играть лишь вспомогательную роль в процессе оценки доказательств и могут быть сделаны лишь при условии максимального соблюдения прав сторон в арбитражном разбирательстве <72>.

<71> Елисеев Н.Г. Доказывание в гражданском процессе Федеративной Республики Германия... С. 151.

<72> Houtte V. van. Adverse Inferences in International Arbitration // Written Evidence and Discovery in International Arbitration. ICC Publication N 698 / Ed. by T. Giovannini, A. Mourre. Paris, 2009. P. 195.

Глава 16. АРБИТРАЖНЫЕ СБОРЫ И РАСХОДЫ

16.1. Понятие арбитражных сборов и расходов и их регулирование

Типовой закон ЮНСИТРАЛ не содержит упоминания об арбитражных сборах и расходах. Однако это не означает, что один из важных аспектов международного арбитража не урегулирован. Фактически, учитывая ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ об ограничении любого вмешательства в международный арбитраж, можно сделать уверенный вывод о делегировании вопросов регламентации расходов и сборов

самим участникам арбитражного разбирательства. Об этом же упоминается и в Пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону (см. п. 17 ст. 1 ч. В) <1>.

<1> http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата посещения - 27.03.2018).

Закон о МКА также не содержит всеобъемлющего регулирования вопросов, связанных с арбитражными расходами и сборами. Это объясняется тем, что Закон о МКА базируется на Типовом законе ЮНСИТРАЛ; в ст. 31 лишь указано, что арбитражное решение должно содержать сумму арбитражного сбора и расходы по делу, их распределение между сторонами.

В Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ издержкам сторон посвящены четыре статьи: ст. ст. 40 - 43. Поскольку Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ является самым известным и популярным арбитражным регламентом (в частности, при рассмотрении споров **ad hoc**), он задает определенный стандарт для всех арбитражных центров, выпускающих свои собственные регламенты. По этой причине ссылки в настоящей главе на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ необходимо рассматривать не только как иллюстрации особенностей арбитража **ad hoc** по данному Регламенту, но и как общие и распространенные подходы в области международного коммерческого арбитража по соответствующему вопросу.

Арбитражные учреждения, выполняющие функции по администрированию арбитража на постоянной основе, как правило, тщательно прописывают арбитражные расходы в своих правилах. Регламенты арбитражных центров в отношении арбитражных расходов содержат более детальное регулирование, чем Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, дополнительно устанавливая шкалу арбитражных сборов, шкалу гонораров арбитров, содержание арбитражных расходов и порядок их изменения, оплаты и распределения, а также иные вопросы, связанные с несением расходов по арбитражному разбирательству.

Таким образом, в случаях, когда стороны разрешают споры в ПДАУ, они подчиняются их правилам, в том числе и по вопросу арбитражных сборов и издержек. Традиционно положения и нормы об арбитражных сборах и расходах сторон выделяются для удобства в отдельное приложение к регламенту. Например, в Суде ICC это прил. III к Регламенту <2>, утвержденному 1 марта 2017 г.

<2> ICC Arbitration Rules 2017. Appendix III - Arbitration Costs and Fees: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf> (дата посещения - 27.03.2018).

16.2. Содержание арбитражных сборов и расходов

К арбитражным сборам, расходам и иным издержкам сторон относятся обычно все расходы, связанные с арбитражным разбирательством. Так, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в п. 2 ст. 40 определяет следующие виды расходов, включаемых в арбитражные издержки:

a) гонорары каждого из членов арбитражного суда в отдельности, устанавливаемые самим судом в соответствии со ст. 41;

b) разумные путевые и другие расходы, понесенные арбитрами;

c) разумная оплата услуг экспертов и другой помощи, запрошенной арбитражным судом;

d) разумные путевые и другие расходы свидетелей в той мере, в какой эти расходы одобрены арбитражным судом;

e) юридические и иные издержки, понесенные сторонами в связи с арбитражем, в той мере, в какой арбитражный суд признает сумму таких издержек разумной;

f) любые гонорары и расходы компетентного органа, а также гонорары и расходы генерального

секретаря ППТС.

Все расходы, связанные с арбитражем, можно разделить на три группы. При этом сразу необходимо сделать оговорку, что, поскольку единое регулирование отсутствует, данное распределение носит обобщенный характер, и каждый арбитражный центр вправе установить свои категории расходов, их размеры, а также определить, какие расходы включаются в арбитражные сборы, а какие стороны несут самостоятельно. Арбитраж **ad hoc**, в свою очередь, может совместно со сторонами решать эти вопросы в каждом конкретном случае либо следовать регулированию какого-либо регламента постоянного арбитражного центра.

К первой группе арбитражных расходов относятся **гонорары и расходы арбитров**.

Арбитры играют ключевую роль в международном коммерческом арбитраже. От работы трибунала зависят как ход арбитражного разбирательства, так и само разрешение спора по существу. Гонорары призваны компенсировать арбитрам время, потраченное на разрешение спора, и являются формой оплаты их труда.

Расходы арбитров складываются из путевых расходов и расходов на проживание, возникающих, как правило, при проведении слушаний не в месте нахождения/проживания арбитров. Также к расходам трибунала относится административная поддержка, если эти расходы не покрываются непосредственно сторонами или арбитражным центром. Сюда же относится плата за другую помощь, необходимую третейскому суду.

Вторую группу образуют **гонорары и расходы арбитражного учреждения**. С помощью указанных затрат обеспечивается надлежащее проведение арбитража и функционирование постоянно действующих арбитражных учреждений. К указанной группе можно отнести следующие виды расходов:

- почтовые - на обмен документами и материалами дела между сторонами и между сторонами и трибуналом;
- на аренду помещений для совещаний и слушаний, в том числе в специализированных центрах для проведения арбитражных слушаний (например, в бизнес-центрах);
- на секретариат суда, включая затраты на регистраторов, докладчиков и т.д.;
- административную поддержку, в том числе издержки на обслуживание, учет и ведение банковского счета, куда перечисляются авансы для покрытия издержек разбирательства; с данного счета уплачиваются гонорары арбитров и иные расходы;
- стенографирование устных слушаний, а также предварительных (процессуальных) совещаний;
- переводчика (перевод всего объема письменных материалов или их части; а также перевод устных слушаний, последовательный, синхронный, полноценный или частичный);
- питание в ходе устных слушаний и т.п.

Первая и вторая группы расходов обычно вместе составляют **арбитражный сбор**.

Зачастую арбитражные центры в своих положениях о расходах разделяют расходы на арбитражный сбор и так называемые дополнительные расходы с тем, чтобы подчеркнуть для сторон необходимость их уплаты сверх суммы арбитражного сбора. Это целесообразно и обоснованно, поскольку не все вышеперечисленные затраты присутствуют в каждом рассматриваемом деле, а в случае возникновения они могут иметь разные размеры и валюту платежа. Как правило, дополнительные расходы носят целевой характер и отдельно оплачиваются арбитражному центру при возникновении такой надобности.

Третья группа расходов - это те **расходы, которые стороны** при осуществлении арбитражного разбирательства **несут самостоятельно**.

Традиционно они включают в себя вознаграждение за юридические услуги и выплаты

представителям, путевые расходы и расходы на проживание для участия в слушаниях дела, расходы, связанные со свидетелями (в том числе их путевые расходы и расходы на проживание) и экспертами (в том числе их гонорары, путевые расходы и расходы на проживание), и т.д.

Указанные группы расходов можно перегруппировать в соответствии с целевым назначением затрат (см. табл. 16.1). Далее подробнее проанализируем указанные группы расходов.

Таблица 16.1

Категория затрат	Арбитражные сборы и расходы		Расходы, которые стороны несут самостоятельно
	третейские	дополнительные	
Гонорары и вознаграждения	Гонорары арбитров, гонорары арбитражного центра	-	Вознаграждение представителям за юридические услуги
Расходы на организацию арбитража и участие в слушаниях	Расходы арбитражного центра, включающие затраты на организационное, материально-техническое и иное обеспечение арбитража	Путевые расходы арбитров и расходы на проживание	Путевые расходы сторон и расходы на проживание
Расходы, связанные с особенностями дела	-	Расходы на переводы, привлечение экспертов	Расходы на вызов свидетелей, привлечение экспертов

16.3. Арбитражный и другие сборы

Арбитражные центры устанавливают целый ряд платежей для обеспечения надлежащей процедуры арбитражного разбирательства.

Так, например, в МКАС при ТПП РФ существуют следующие виды арбитражных сборов: регистрационный, обеспечительный, арбитражный, апелляционный (п. 1 § 1 Положения об арбитражных расходах МКАС (2017) <3>).

 <3> Утв. прил. 6 к Приказу ТПП РФ от 11.01.2017 N 6. См.: <http://mkas.tpprf.ru/download.php?GET=6LPAY%2F81Bmzq3MbY%2BMqfiQ%3D%3D> (дата посещения - 27.03.2018).

Регистрационный сбор - сбор, уплачиваемый при подаче искового заявления для покрытия расходов, связанных с началом арбитража. Цель регистрационного сбора - предоставить истцу возможность инициировать арбитраж без осуществления больших затрат в самом начале разбирательства. Как правило, данный сбор - необходимое условие для принятия иска или просьбы об арбитраже, он не подлежит возврату. По сравнению с арбитражным сбором регистрационный сбор является относительно небольшим. Это можно проиллюстрировать примерами из положений ведущих арбитражных центров (табл. 16.2).

Таблица 16.2

Арбитражный центр	Источник	Размер регистрационного сбора
МКАС при ТПП РФ	§ 2 Положения об арбитражных расходах МКАС	1 000 долл. США
LCIA	Пункт 1(i) Положения об арбитражных расходах (2014)	1 750 фунтов стерлингов
ICC	Пункт 1 ст. 1 прил. III - Арбитражные расходы и гонорары (2017)	5 000 долл. США
SCC	Приложение IV - Положение об издержках (2017)	3 000 евро

Примечание: суммы в графе "Размер регистрационного сбора" указаны в том виде, в каком они приведены в соответствующих положениях, и не учитывают соответствующие исключения, например снижение размера регистрационного сбора при подаче иска по упрощенной процедуре.

Обычно регистрационный сбор отсутствует в арбитраже **ad hoc**. Однако в случае привлечения в таком арбитраже ПДАУ для оказания организационного содействия разбирательству арбитражный центр будет исчислять и определять плату в зависимости от цены иска, а также характера и объема функций, просьба о выполнении которых заявлена в конкретном споре.

Обеспечительный сбор - сбор, уплачиваемый при подаче в арбитражный центр заявления о принятии обеспечительных мер для покрытия расходов, связанных с рассмотрением заявления и вынесением по нему постановления. Арбитражные центры ставят вопрос рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер чрезвычайным арбитром с учетом уплаты обеспечительного сбора.

Чтобы продемонстрировать, насколько отличаются подходы к обеспечительному сбору, приведем сравнительные данные о размере обеспечительного сбора в различных арбитражных центрах (табл. 16.3).

Таблица 16.3

Арбитражный центр	Источник	Размер обеспечительного сбора
МКАС при ТПП РФ	§ 3 Положения об арбитражных расходах МКАС	30 000 руб.
LCIA	Пункт 7 Положения об арбитражных расходах	28 000 фунтов стерлингов
ICC	Статья 7 прил. V - Регламент о чрезвычайном арбитраже	40 000 дол. США
SCC	Статья 10 прил. II - Чрезвычайный арбитр	20 000 евро

Примечание: для LCIA, ICC и SCC суммы объединены и представляют собой обеспечительный сбор, разделенный на сам сбор и гонорар, уплачиваемый чрезвычайному арбитру.

Арбитражный сбор - это основной и самый существенный по сумме сбор, взимаемый арбитражным центром или арбитражем **ad hoc** по поданному иску для покрытия расходов арбитражного разбирательства. Как правило, он включает выплату гонораров арбитрам; затраты на организационное, материально-техническое и иное обеспечение арбитража.

Размер арбитражного сбора. Существуют две основные модели, применяемые при расчете

арбитражного сбора.

Первая, самая распространенная - **адвалорная (ad valorem) модель**, или, как ее еще называют, **модель с объявленной стоимостью**. Она рассчитывает арбитражный сбор по фиксированной шкале, использующей процентное соотношение от цены иска. Соответственно, чем больше цена иска или размер требований, тем более высоким будет арбитражный сбор.

Такая модель используется МКАС при ТПП РФ, ICC, SCC и иными арбитражными институциями.

Разновидностью адвалорной модели является модель, при которой определенному множеству цены иска, или так называемой вилке, соответствует точная цифра арбитражного сбора. Такая шкала арбитражного сбора установлена в Арбитражном центре при РСПП <4>. В его Положении о сборах и расходах указано, что при цене иска, например, от 10 до 15 млн руб. арбитражный сбор будет составлять 400 тыс. руб. при коллегиальном арбитраже вне зависимости от точного размера цены иска в данном диапазоне.

<4> <https://arbitration-rspp.ru/documents/rules/costs/> (дата посещения - 28.03.2018).

Вторая модель расчета арбитражного сбора основана на расчете времени, затраченного арбитрами в ходе разрешения спора, и утвержденных часовых ставок с учетом обстоятельств дела, его сложности и квалификации арбитров. Такая система принята в LCIA (п. 2 Положения об арбитражных расходах LCIA), ППТС (Регламент 2012 г.) <5>, Центре Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) по арбитражу и посредничеству (Schedule of Fees and Costs 2017) <6>.

<5> <https://pca-cpa.org/ru/home/> (дата посещения - 28.03.2018).

<6> <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/fees/index.html> (дата посещения - 28.03.2018).

В качестве примера приведем размеры административных сборов LCIA из Положения об арбитражных расходах: п. 1(ii) Время, затраченное Секретариатом LCIA при администрировании арбитражного разбирательства, фунтов стерлингов в час:

регистратор/заместитель регистратора	250
советник	225
администраторы дел	175
бухгалтерские функции по ведению дел	150

Подходы LCIA к определению размера гонорара арбитров описаны в п. 2(i), в котором в том числе фиксируется максимальная ставка: "Вознаграждение будет осуществляться на основании почасовых ставок, не превышающих 450 фунтов стерлингов".

Мы не будем приводить подробные размеры арбитражного сбора ведущих институциональных арбитражей, а в табл. 16.4 коротко затронем преимущества и недостатки каждой модели расчета арбитражного сбора.

Таким образом, проанализировав табл. 16.4, можно констатировать, что единого мнения о том, какая структура арбитражного сбора является наиболее эффективной, не существует. Выбор будет зависеть от цены иска, а также времени и усилий, затраченных арбитрами на вынесение решения. Необходимо отметить, что на сайтах ведущих арбитражных центров, таких как SCC, ICC, имеются калькуляторы, с помощью которых любое заинтересованное лицо может получить примерное представление об уровне затрат на арбитражный сбор, указывая различные переменные: сумму спора, количество привлекаемых

арбитров, вид процедуры и т.д.

Порядок уплаты арбитражного сбора. Ни Типовой закон ЮНСИТРАЛ, ни Закон о МКА не содержат положений, позволяющих арбитражным центрам или арбитрам взыскивать со сторон в свою пользу гонорары и компенсацию своих расходов.

Однако такой подход предусмотрен в законодательстве Швеции. В соответствии с ч. 2 ст. 37 Закона Швеции "Об арбитраже" <7> в окончательном решении арбитры вправе обязать стороны выплатить им компенсацию вместе с процентами, которые начисляются по истечении одного месяца с даты сообщения сторонам арбитражного решения. Размер компенсации должен быть указан отдельно для каждого арбитра. В ст. 46 данного Закона указано, что он распространяется и на международные арбитражные разбирательства, имеющие место в Швеции.

<7> http://sccinstitute.com/media/37091/lag-om-skiljeforfarande_1999_ry.pdf (дата посещения - 28.03.2018).

Таблица 16.4

Модель	
адвалорная, или модель с объявленной стоимостью	на почасовой основе <8>
Преимущества	
Сторонам заранее известны размеры арбитражного сбора по делу	Арбитражный центр может устанавливать поэтапную авансовую оплату арбитражного сбора по мере движения дела, а не требовать от сторон полностью одномоментно оплатить все издержки арбитража
Затраченное время может также быть компонентом в адвалорной системе при определении стоимости арбитража в пределах, предусмотренных шкалами затрат	Цена иска не имеет особого значения, так как обстоятельства дела, включая стоимость исковых требований, будут учитываться при определении размера максимальной почасовой ставки
По небольшим искам расчет арбитражного сбора составляет, как правило, небольшую сумму	По крупным искам данная модель более предпочтительна для сторон, так как расчет арбитражного сбора основан на фиксированных почасовых ставках и затраченном арбитрами количестве часов. Арбитражный сбор в этом случае составляет меньшую величину, чем в адвалорной модели, поскольку напрямую не зависит от суммы иска. Особенно это заметно по очень дорогим и несложным спорам, где арбитры не тратят много времени на рассмотрение дела. В адвалорной же модели арбитражный сбор рассчитывается в виде процента от суммы иска, в случае очень высокой цены иска это приводит к соответствующему росту арбитражного сбора вне зависимости от его сложности
Арбитражный сбор в основном значительно ниже того, который эти же самые арбитры запросили бы, если бы стороны обратились к ним	Почасовые ставки, о которых арбитражный центр договаривается со своими арбитрами, зачастую значительно ниже тех, по которым эти же самые арбитры согласились бы работать, если бы стороны

напрямую <9>	обратились к ним напрямую <10>
Недостатки	
Как правило, при данной системе арбитражный центр просит уплатить арбитражный сбор полностью до подачи иска или по крайней мере до начала слушаний	Сторонам заранее неизвестен размер арбитражного сбора, затраты могут превышать ожидания сторон, в особенности в случае затягивания рассмотрения дела
По крупным искам арбитражный сбор может быть слишком высоким	По небольшим искам арбитражный сбор может превышать цену исковых требований

<8> С учетом исследования LCIA Cost and Duration Data, опубликованного 03.11.2015: <http://www.lcia.org//News/lcia-releases-costs-and-duration-data.aspx> (дата посещения - 28.03.2018).

<9> В ст. 41 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ урегулирован порядок определения разумного размера арбитражного сбора.

<10> В некоторых юрисдикциях стороны ограничены в возможностях произвольного установления арбитражного сбора при арбитраже **ad hoc**. Так, из ст. 39 Закона Швеции "Об арбитраже" следует, что оглашение должно быть достигнуто сторонами совместно либо непосредственно с арбитрами, либо путем применения регламента арбитражного института, такого как SCC или ICC.

Интересно, что в этом случае не только сторона, но и арбитр вправе обжаловать решение арбитров по вопросу о компенсации в районном суде (ст. 41 Закона Швеции "Об арбитраже"). Иск об обжаловании может быть предъявлен стороной в течение трех месяцев с даты получения решения, а арбитром - в течение трех месяцев с даты его оглашения.

Тем не менее, как указывают Ф. Андерссон, Т. Исакссон, М. Юханссон и У. Нильссон, арбитражное решение, касающееся компенсации арбитрам, может быть принудительно исполнено в Швеции, но необязательно за рубежом, поскольку оно не является арбитражным решением в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. <11>.

<11> Арбитраж в Швеции / Ф. Андерссон, Т. Исакссон, У. Нильссон, М. Юханссон. М., 2014. С. 147.

С учетом всех этих соображений, вызванных невозможностью взыскания арбитражных расходов в принудительном порядке, регламенты большинства арбитражных институций предусматривают внесение **авансовых** платежей на покрытие арбитражных расходов. В отдельных случаях в качестве исключения арбитражные центры готовы предоставить отсрочку или принять финансовые гарантии вместо уплаты денежных сумм.

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в п. 1 ст. 43 признает правомерным авансирование только некоторых расходов: гонораров и расходов арбитров, а также расходов трибунала на экспертов и другую помощь, необходимую суду. Таким образом, компенсации расходов другой стороны, например на вызов свидетелей, не должны включаться в авансовые платежи. Кроме того, упомянутый пункт отражает существенную разницу в процедурах **ad hoc** и институциональных арбитражей. Арбитражные и иные сборы взимаются институциями до формирования состава арбитров. В арбитраже **ad hoc** расходы авансируются после образования трибунала.

В тех случаях, когда арбитражные сборы и расходы оплачиваются несколькими авансовыми платежами, на состав арбитров обычно возлагается обязанность следить за надлежащим авансированием с тем, чтобы его было достаточно для покрытия вознаграждения арбитров и расходов по арбитражному разбирательству.

В МКАС при ТПП РФ арбитражный сбор уплачивается истцом (п. 8 § 5 Положения об арбитражных расходах МКАС). В иных арбитражных институциях, как правило, уплата данного сбора делится между всеми сторонами поровну. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в п. 1 ст. 43 также предусматривает, что стороны вносят равную сумму в качестве аванса на покрытие издержек, о которых говорится в его п. п. 2 "а" - "с" ст. 40.

При этом устоявшейся нормой является положение о том, что если какая-либо сторона уклоняется от уплаты своей части требуемого аванса, то арбитражный центр или трибунал уведомляет об этом стороны, чтобы одна или несколько из них могли произвести требуемый платеж. Таким образом, более заинтересованная в продолжении арбитража сторона берет на себя расходы другой стороны. Как правило, но не обязательно эта сторона - истец. Если такой платеж не будет произведен, трибунал может вынести постановление о приостановлении или прекращении арбитражного разбирательства (см. п. 4 ст. 43 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

Интересную норму содержит ст. 42 Закона Швеции "Об арбитраже", предусматривающая возможность при распределении расходов по просьбе одной из сторон включить в арбитражное решение вопрос о процентах. Таким образом защищаются права стороны, которая платила в начале арбитража за всех участников разбирательства. В п. 5 ст. 51 Регламента SCC (2017) содержится норма, позволяющая взыскать по запросу заинтересованной стороны в отдельном решении уплаченную за другую сторону сумму аванса <12>.

<12> SCC Arbitration Rules (2017): <http://sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/> (дата посещения - 28.03.2018).

Регламент LCIA (2014) также защищает права стороны, вынужденной оплатить арбитражные расходы за другую сторону, и позволяет взыскать не только проценты, но и эти суммы в принудительном порядке <13>. В п. 24.5 Регламента LCIA указано, что сторона, производящая платеж за другую сторону, имеет право просить состав арбитров издать приказ или вынести арбитражное решение о взыскании этой суммы в качестве долга, подлежащего немедленному погашению и взыскиваемого в пользу такой стороны с уклонившейся от внесения платежа стороны вместе с любыми процентами.

<13> http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx (дата посещения - 28.03.2018).

Арбитры вправе устанавливать для сторон размеры авансов не только в равных долях. Например, в п. 3 ст. 51 Регламента SCC (2017) указано, что в тех случаях, когда поданы и иск, и встречный иск, суммы авансов для сторон могут различаться и учитывать размеры требований сторон.

Нелишним будет указать, что в Комментариях ЮНСИТРАЛ подчеркивается (см. п. 43), что выплата аванса, затребованного арбитражным судом, какой-либо стороной не означает, что такая сторона отказалась от любого возражения, которое она может иметь в отношении юрисдикции третейского суда <14>.

<14> <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-ebook-r.pdf> (дата посещения - 28.03.2018).

В тех случаях, когда арбитражное разбирательство проводится при каком-либо арбитражном учреждении, услуги этого учреждения обычно включают в себя услуги по определению суммы аванса, управлению полученными авансами, их учету и хранению.

Если арбитражное учреждение не предлагает таких услуг либо разбирательство идет без привлечения арбитражного центра, сторонам или арбитрам необходимо будет заключить соответствующие соглашения, например, с банком или другим внешним поставщиком услуг. Зачастую

авансовый платеж депонируется в юридической фирме одного из арбитров на клиентском эскроу-счете <15>. Безусловно, авансовый платеж должен храниться отдельно от собственных активов арбитров для целей надлежащего учета и сохранности. В любом случае трибуналу целесообразно уточнить с участием сторон такие вопросы, как вид и место нахождения счета, на котором будут храниться денежные средства, а также порядок управления авансами, включая вопрос о том, будут ли начисляться проценты на суммы аванса.

<15> Эскроу-счет (англ. **escrow**) - специальный условный счет, на котором учитываются имущество, документы или денежные средства до наступления определенных обстоятельств или выполнения определенных обязательств. Услуги по открытию эскроу-счетов в мировой практике могут оказывать банки, юридические компании, специализированные фирмы или другие эскроу-агенты (<http://www.banki.ru/wikibank/eskrou-schet/>; дата посещения - 28.03.2018).

Устоявшейся нормой во многих регламентах арбитражных центров является положение, закрепленное в п. 5 ст. 43 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ о том, что по завершении разбирательства арбитраж предоставляет сторонам отчет о полученных суммах и возвращает им все неизрасходованные остатки авансов.

16.4. Расходы сторон

Все расходы, которые не вошли в арбитражный и иные сборы и дополнительные арбитражные расходы, стороны несут самостоятельно.

Кроме упомянутых в табл. 16.1 расходов сторон, к этой группе можно отнести расходы, понесенные представителями стороны, свидетелем, экспертом, командировочные расходы, официальные сборы и пошлины, расходы на получение виз, внутренние издержки и другие расходы.

16.4.1. Расходы на юридических представителей

Самая большая статья расходов - это оплата услуг судебных представителей. Сегодня почти каждое разбирательство проходит с участием профессиональных представителей сторон, которые задействуются при подготовке к арбитражному разбирательству и на всех стадиях арбитражного процесса.

В международном арбитраже расходы на юридических представителей составляют, по многим оценкам, самую большую категорию расходов. Например, LCIA на основе изучения арбитражных решений за период с 1 января 2013 г. по 15 июня 2015 г. сделал вывод о том, что арбитражные расходы, относимые в настоящей главе к первой и второй группам расходов: расходы на гонорары и вознаграждения арбитрам, а также расходы на организацию арбитража и участие в слушаниях, составляют лишь 20% от общей суммы расходов, понесенных в ходе арбитражного разбирательства <16>.

<16> <http://www.lcia.org/News/lcia-releases-costs-and-duration-data.aspx> (дата посещения - 28.03.2018).

К схожему результату пришли в исследовании под эгидой Суда SCC на основе анализа арбитражных решений за 2007 - 2014 гг.: из общей суммы затрат на арбитраж в среднем 81% расходов приходился на юридическое представительство, а остальные 19% были предназначены для оплаты расходов на арбитраж (данные приведены по делам с коллегиальным составом трибунала). В спорах, решение по которым было принято тремя арбитрами, медианные расходы, уплаченные за юридическое представительство, были в 3,9 раза выше средних расходов на арбитраж, а в спорах с единоличным арбитром медиана расходов на юридическое представительство была в 1,7 раза выше, чем медианные затраты на арбитраж <17>.

<17> Salinas Quero C.E. Costs of arbitration and apportionment of costs under the SCC Rules. February 2016: http://www.sccinstitute.com/media/93440/costs-of-arbitration_scc-report_2016.pdf (дата посещения - 28.03.2018).

Выводы на основе дел ICC в целом также совпадают с приведенными значениями. И.В. Никифоров, анализируя статистику в Рекомендациях ICC по контролю над расходами и издержками в арбитраже, на основе арбитражных решений ICC в 2003 - 2004 гг., приводит следующие показатели арбитражных расходов и других издержек сторон по категориям, %:

расходы сторон на представление их дела в арбитраже (включая расходы на адвокатов; расходы, связанные со свидетелями и экспертами; другие расходы, которые стороны берут на себя в связи с арбитражем)	82
гонорары арбитров	16
административные издержки	2 <18>

<18> Никифоров И.В. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году): Рабочая тетрадь. М., 2015. С. 657.

Таким образом, можно увидеть, что международный арбитраж является дорогостоящей процедурой разрешения споров. Расходы каждой стороны в арбитражном разбирательстве при цене иска в 1 - 10 млн евро могут составить 1 - 2 млн евро, и значительная их часть приходится на оплату услуг юридических представителей.

16.4.2. Внутренние издержки

Упомянутый перечень расходов, конечно, не отражает все издержки стороны на ведение международного коммерческого арбитража. Издержки имеют существенное значение для спорящих сторон, и все чаще встречаются попытки возмещения выигравшей стороной потерь трудозатрат директоров, руководителей, внутренних юристов и других сотрудников организации на сбор, подготовку и изготовление документов и заключений, проведение совещаний с внешними и внутренними экспертами, консультации с адвокатами. Такие издержки получили название **внутренних издержек**, включающих в себя юридические, управленческие и иные расходы, которые стороны несут до и в ходе арбитражного разбирательства.

В связи с этим в Комментарий ЮНСИТРАЛ (см. п. 40) было включено положение о том, что, несмотря на отсутствие в большинстве арбитражных регламентов положений о внутренних издержках, не имеется никаких принципов, запрещающих возмещение внутренних расходов, которые были понесены в прямой связи с арбитражным разбирательством. В случае если эти вопросы не урегулированы надлежащим образом в соглашении между сторонами, в применимом арбитражном законодательстве или в арбитражном регламенте, Комментарий ЮНСИТРАЛ рекомендует третейским судам определить, будут ли внутренние издержки, понесенные сторонами, возмещены, и если да, то какие отчеты потребуется представить в обоснование таких требований в отношении издержек.

Таким образом, при подготовке Комментариев ЮНСИТРАЛ была выбрана осторожная формулировка о возможности возмещения внутренних издержек. При этом в Рабочей группе II (Арбитраж и согласительная процедура) высказывались разные позиции. С одной стороны, предлагалось прямо упомянуть внутренние издержки в составе издержек сторон, для того чтобы Комментарий ЮНСИТРАЛ не создавали ошибочное представление о том, что уплате подлежат только гонорары внешних консультантов за оказание юридических услуг. С другой стороны, было отмечено, что рассмотрение внутренних издержек как части арбитражных издержек является спорным вопросом, поэтому в Комментариях следует указать разные подходы <19>.

<19> A/CN.9/867 - Доклад Рабочей группы II (Арбитраж и согласительная процедура) о работе ее 64-й сессии (Нью-Йорк, 1 - 5 февр. 2016 г.): коммент. 5 пп. 41 - 42 п. 39: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/2Arbitration.html (дата посещения - 28.03.2018).

Таким образом, в некоторых случаях можно добиваться возмещения внутренних издержек, если они были необходимы, не дублировали в неразумной степени гонорары внешних консультантов, были достаточно подробно обоснованы, т.е. их можно было отличить от обычных расходов на персонал, и являлись разумными с точки зрения их суммы.

16.4.3. Косвенные налоги

Непростым вопросом при определении издержек стороны является также вопрос о том, как подходить к налогам на услуги, в частности к налогу на добавленную стоимость. Сложность заключается в том, что в случае нахождения сторон в разных юрисдикциях с разными подходами к налогообложению арбитраж сначала должен постановить, кто является проигравшей стороной, а после этого определять размер возмещаемых расходов стороны с учетом принятого режима налогообложения.

Во многих странах, в частности в государствах Евросоюза, арбитражные расходы подлежат обложению НДС, соответственно, их окончательный размер необходимо увеличивать на сумму налога. Как отмечает И.В. Никифоров, это создает определенные трудности, так как обязанность по уплате НДС связана с национальностью стороны, которая эти расходы несет, и определенность по этому вопросу достигается лишь на более поздней стадии процесса. Это значит, что если расходы будут отнесены на проигравшую сторону-нерезидента, то и налогами на добавленную стоимость они облагаться не будут. Соответственно, резервы, сформированные с целью уплаты НДС и других оборотных налогов, будут подлежать возврату сторонам либо использоваться для покрытия иных статей расходов. Возможна и обратная ситуация: арбитражные расходы в соответствующей части относятся на компанию-резидента, НДС подлежит уплате в полном объеме, а выигравшей процесс стороне должны быть возмещены внесенные ею авансы в порядке исполнения арбитражного решения <20>. Таким образом, окончательные обязанности сторон в части оборотных налогов определяются исходом разбирательства - решением о распределении сумм между сторонами.

<20> Никифоров И.В. Указ. соч. С. 705 - 706.

16.5. Распределение арбитражных сборов и расходов сторон

Очевидно, что тема распределения расходов и издержек важна для участников арбитражного разбирательства.

Международный арбитраж не является простой и экономной процедурой разрешения споров. В связи с этим каждая сторона стремится возложить расходы, которые в международном арбитраже составляют значительную сумму, на другую сторону.

Полномочия арбитров по распределению арбитражных сборов и расходов сторон определяются тремя факторами: условиями арбитражного соглашения между сторонами; применяемыми арбитражными правилами и/или применяемым законом места арбитража (**lex arbitri**). В остальном арбитры обладают широкими полномочиями по решению вопросов о распределении арбитражных расходов и издержек.

Рассмотрим, какие подходы применяются при распределении расходов.

16.5.1. Распределение по договоренности сторон

Данному подходу в международном арбитраже отдается безусловное предпочтение. В качестве примера можно привести ссылку на ст. 63 английского Закона "Об арбитраже", в которой указано, что стороны могут договориться о возмещении расходов арбитража, а все другие положения применяются при отсутствии данного соглашения.

Мировое соглашение - один из примеров использования данного подхода. Стороны, заключая мировое соглашение, в его тексте, как правило, распределяют и арбитражные расходы. Тем самым стороны самостоятельно разрешают данный вопрос и определяют содержание и объем компенсируемых расходов одной стороны другой стороной.

Чтобы подчеркнуть предпочтительность заключения мирового соглашения любому другому соглашению сторон, Регламент LCIA (2014) в п. 28.5 содержит уточнение, касающееся должной даты соглашения сторон: "В случае если стороны любым образом согласовали до их спора, что одна или более стороны оплатит Арбитражные расходы или Юридические расходы полностью или частично вне зависимости от результата любого спора, арбитражного разбирательства или арбитражного решения, такое соглашение (для придания ему силы) должно быть письменно подтверждено сторонами после Даты начала". Данная норма корреспондирует со ст. 60 английского Закона "Об арбитраже" 1996 г., согласно которой соглашение, влекущее за собой полную или частичную оплату стороной расходов арбитражного разбирательства в любом случае, имеет силу только после возникновения соответствующего спора.

Стороны не всегда имеют возможность разрешить вопросы, связанные с издержками и их возмещением. Однако даже при невозможности полностью договориться о распределении издержек стороны могут согласовать подходы к определению перечня расходов или же установить лимиты на издержки, чтобы сделать арбитражную процедуру более прозрачной и прогнозируемой.

Под эгидой Королевского института арбитров (CIArb) было выпущено Практическое руководство по составлению арбитражных решений. В ч. 3 "Затраты" (2016) данного Руководства в ст. 1 арбитрам рекомендовано рассмотреть и обсудить со сторонами в начале арбитража, как лучше всего управлять расходами арбитража и контролировать их. В то же время арбитрам рекомендуется рассмотреть вопрос о возмещении расходов и предложить сторонам согласовать подход, в соответствии с которым расходы должны оцениваться. Тем самым подчеркивается приоритет договоренности сторон по разрешению данных вопросов <21>.

<21> International Arbitration Practice Guideline: Drafting Arbitral Awards. Part III - Costs: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/drafting-arbitral-awards-part-iii-costs-8-june-2016.pdf> (дата посещения - 28.03.2018).

16.5.2. "Английское" и американское" правила распределения расходов

В тех случаях, когда стороны не имеют возможности договориться о распределении расходов, данное решение принимает третейский суд.

Какие основные подходы к распределению расходов имеются на вооружении у арбитров?

Во-первых, это **"английское" правило** - "расходы следуют за событием", согласно которому проигравшая сторона должна возместить победителю свои издержки. Во-вторых, **"американское" правило**, согласно которому каждая сторона будет нести свои собственные судебные издержки независимо от исхода спора. Так, например, если в США, несмотря на солидные гонорары адвокатов, каждая из сторон сама несет расходы на оплату их услуг, то в Великобритании, как и в подавляющем большинстве стран континентальной Европы, "платит проигравший".

Правило о "расходах после события" почти повсеместно признается как в странах общей, так и в странах романо-германской системы права. В целом можно отметить тенденцию использования данного правила в качестве нормы по умолчанию в международном арбитраже. В подтверждение данного тезиса сошлемся на норму п. 1 ст. 42 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, предусматривающую, что арбитражные издержки, как правило, оплачиваются проигравшей дело стороной или сторонами.

Однако И.В. Никифоров приводит несколько иную статистику на основе данных ICC: из 200 дел, рассмотренных ICC, в 56% дел трибуналы потребовали от каждой из сторон самостоятельно нести свои расходы, в 10% дел трибуналы полностью возложили расходы выигравшей стороны на проигравшую, а в оставшихся 34% дел трибуналы частично перераспределили расходы <22>.

<22> Никифоров И.В. Указ. соч. С. 705.

16.5.3. Особенности распределения арбитражных расходов и издержек сторон

Выбранный арбитрами общий подход к распределению расходов между сторонами используется, как правило, только в качестве отправной точки, что на практике приводит к значительно более умеренной позиции, учитывающей различные факторы и основанной на принципах разумности и пропорциональности. Данный метод поддержан Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, где в том же п. 1 ст. 42 указано, что арбитражный суд может распределить любые такие издержки между сторонами, если он считает такое распределение разумным **с учетом обстоятельств дела**.

Наиболее ярко применение данных факторов проявляется не при распределении арбитражных сборов и гонораров арбитров, а при распределении иных расходов и затрат сторон, в частности **юридических и иных расходов сторон**.

Арбитры, разрешая вопрос о распределении арбитражных расходов, стремятся установить баланс между сторонами на основе универсальных и специфических критериев, применение которых в конкретном деле состав арбитров посчитает справедливым.

Критерии разумности и обоснованности затрат. К универсальным относятся следующие два важных критерия.

Во-первых, арбитры оценивают **разумность** издержек и, исходя из этого, определяют, какие издержки должны быть распределены между сторонами.

Практика применения арбитрами условий возмещения расходов стороны на юридических представителей выработала примерные критерии определения разумности размера подобных требований.

Первым условием возмещения стороне понесенных издержек, включая расходы на юридического представителя, является удовлетворение ее требований (истец) либо признание возражений (ответчик).

При этом сразу же возникает вопрос о том, каким образом должен поступать состав арбитров в отношении распределения издержек в случае частичного удовлетворения иска.

Например, в МКАС при ТПП РФ в отношении арбитражного и иных сборов установлено общее правило об их распределении между сторонами пропорционально удовлетворенным/неудовлетворенным требованиям (§ 8 Положения об арбитражных расходах МКАС), а в отношении распределения издержек сторон обоснованно применяется иной подход.

Следует поддержать довод о целесообразности полной компенсации доказанных транспортных и командировочных расходов представителей выигравшей стороны за счет проигравшей стороны в случае не только полного, но и частичного удовлетворения иска. Такой подход справедлив в той мере, в какой эти расходы не зависят от размера иска, и их разумно было бы понести исходя как из размера заявленных к взысканию требований, так и из размера требований удовлетворенных. Частичное удовлетворение иска без учета иных имеющих значение обстоятельств, как показывает практика, почти никогда не рассматривается как основание для снижения "юридических" расходов выигравшей стороны <23>.

<23> Савранский М.Ю. Возмещение расходов на юридических представителей: некоторые актуальные вопросы и практика МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 378.

Так, в деле МКАС при ТПП РФ N 167/2001 по иску австрийской компании к азербайджанской

компании на сумму 970 000 долл. США арбитраж удовлетворил требования истца частично - в сумме 225 000 долл. США, полностью удовлетворив его требование о возмещении ему расходов на ведение дела через юридического представителя в размере 3 000 долл. США <24>.

<24> Там же. С. 379.

Очевидно, что "завышение" основных исковых требований не всегда является виной представителя, поскольку по определению состава и суммы этих требований, как правило, решение принимает сторона-клиент, уже лишаящая себя при частичном удовлетворении иска возможности возложения на проигравшую сторону соответствующей части арбитражного сбора и дополнительных расходов.

Следует согласиться с подходом, согласно которому не является показателем низкого качества представительства (а случаи подачи исков - "пробных камней" могут свидетельствовать как раз об обратном) и "занижение" исковых требований, в частности незаявление производных требований о взыскании процентов либо неустойки, которые могли бы быть в случае их заявления удовлетворены арбитражем. Нередко стороны по тем или иным причинам, например из-за фискальных соображений, сознательно не выдвигают подобных требований <25>.

<25> Там же.

Во-вторых, арбитры должны быть уверены, что расходы были **фактически понесены**. В п. 47 Комментариев ЮНСИТРАЛ указано, что третейский суд определяет, какая часть издержек, понесенных сторонами, и внутренних издержек будет возмещаться. У третейского суда имеется право потребовать доказательства того, что расходы были фактически понесены.

В арбитражной практике встречаются случаи, когда арбитраж отказал в возмещении тех расходов по оплате труда представителя, которые не доказаны либо возникнут в будущем.

Практика признает в качестве доказательств размера расходов на юридических представителей, в частности, такие документы, как соответствующий договор между стороной и представителем, расчет расходов. Наряду с этим доказательством самого факта оплаты этих расходов зачастую выступает исполненное платежное поручение, банковская выписка либо иной документ, позволяющий достоверно установить факт соответствующего платежа.

Кроме того, очевидно должна быть установлена связь понесенных расходов с рассматриваемым делом.

Рассмотрим практику МКАС при ТПП РФ, касающуюся данного вопроса. Так, в делах N 198/2009 и N 199/2009, в которых обе стороны совпадали, выигравший истец требовал в каждом из арбитражных разбирательств возложения на ответчика полной суммы расходов на оплату юридических услуг представителя, рассчитанной, как установил состав арбитров, по обоим делам. В каждом из этих дел МКАС при ТПП РФ удовлетворил соответствующее требование истца в размере половины суммы, фактически потраченной на представительство по двум делам.

В деле МКАС N 19/2004 истец - нидерландская компания просила взыскать с ответчика - российской компании сумму займа и проценты в размере 137 000 долл. США, а также издержки, связанные с арбитражным разбирательством, в размере 126 000 долл. США.

Ответчик не согласился с произведенным истцом расчетом издержек, указав на их несоразмерность цене иска, а также несвязанность части издержек с арбитражным разбирательством и неразумность другой их части.

Удовлетворив полностью исковые требования о взыскании суммы займа и процентов, состав арбитров констатировал, что из представленных истцом материалов не усматривается связь значительной части издержек с арбитражным разбирательством. Истец не представил документов, подтверждающих часть произведенных расходов. С учетом этих обстоятельств на ответчика было

возложено возмещение понесенных истцом издержек в размере 30 000 долл. США <26>.

<26> Извлечения из практики МКАС при ТПП РФ приведены по изд.: Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: Науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2012. С. 246.

Бремя доказывания факта, размера расходов и их относимости к делу в силу общих положений о распределении обязанности доказывания возлагается на истребующую их сторону, в то время как вопрос о наличии и распределении обязанности доказывания разумности/неразумности понесенных издержек сторонами является дискуссионным.

Заслуживает внимания подход, согласно которому если у проигравшей стороны отсутствуют возражения против заявляемой к возмещению суммы расходов на оплату услуг представителя, то разумность, как и размер предъявляемых к возмещению расходов на оплату услуг представителей, не должна ставиться под сомнение, и они подлежат взысканию в полном размере. Такая позиция полностью соответствует прецедентной практике ЕСПЧ <27>.

<27> Рожкова М.А. Проблемы возмещения расходов на оплату услуг представителей и иных судебных убытков // Убытки и практика их возмещения: Сб. ст. / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 596. (Анализ современного права.)

Более мягкое отношение к неактивной проигравшей стороне содержится в актах Конституционного Суда РФ, допускающего возможность проверки разумности расходов и при отсутствии возражений проигравшей стороны <28>. При этом каждой из сторон, добивающейся снижения истребуемых с нее противостоящей стороной издержек, целесообразно при наличии соответствующих оснований не только ссылаться на неразумность размера издержек, но и представлять соответствующие доказательства.

<28> См.: Определение КС РФ от 21.12.2004 N 454-О // СПС "Гарант".

Следует признать обоснованным подход, согласно которому разумность издержек рассматривается не как необходимость их снижения при возмещении исходя из минимальных либо среднестатистических тарифов на аналогичные услуги, а как принципиальное отрицание возможности компенсации явно неразумной части издержек <29>.

<29> Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации... С. 247.

При оценке разумности расходов ведущие российские арбитражные центры обычно учитывают сложность спора и трудозатраты представителя, которые проявляются в значительном объеме подготовленных материалов и представленных доказательств, продолжительности устных слушаний, участии в разбирательстве свидетелей и специалистов, наличии встречного иска и/или объемных мотивированных возражений процессуального оппонента, множественности участников, применении иностранного права и т.п.

Справедливым представляется утверждение, согласно которому формальная оценка количественных показателей без учета их качества зачастую не способна привести к правильной оценке трудозатрат представителя и справедливому последующему решению о разумности компенсации произведенных на него стороной расходов, поскольку очевидно следует принимать "в зачет" не общий физический объем передаваемых им материалов, а лишь ту его часть, которая имеет отношение к делу, а также учитывать ее качество, включая уровень правового обоснования требований либо возражений, правильность произведенных расчетов <30>.

<30> Там же. С. 249.

Это же касается и проведения дополнительных заседаний, что в некоторых случаях может быть связано с низким уровнем подготовки, неполнотой материалов, представленных в том числе и выигравшей стороной. Наличие такого рода обстоятельств вряд ли можно признать факторами в пользу увеличения возмещаемых расходов на представителя, соответственно, справедлива позитивная оценка только того объема работы представителя, который не вызван неквалифицированным и/или недобросовестным ведением им дела <31>.

<31> Савранский М.Ю. Указ. соч. С. 387.

Дополнительные критерии, санкции. Помимо универсальных критериев при распределении издержек состав арбитров может также учесть и **специфические** критерии, возможно имеющиеся в конкретном деле и связанные с определенными действиями сторон.

В п. 48 Комментариев ЮНСИТРАЛ указывается, что такие действия могут включать: а) невыполнение стороной процессуальных постановлений третейского суда или б) просьбы стороны по процессуальным вопросам (например, запросы документов, ходатайства по процессуальным вопросам и просьбы о проведении перекрестных опросов), которые являются неразумными в той степени, в какой любое такое невыполнение действительно имеет прямое отношение к арбитражным издержкам и/или, как это было установлено третейским судом, привело к неоправданным задержкам или нарушению хода арбитражного разбирательства.

Тем самым арбитражные центры и арбитры стремятся оградить процедуру арбитража от недостаточно квалифицированных (или недобросовестных) действий сторон, которые могут привести к неразумному увеличению времени и затрат.

Позиция, когда в связи с недобросовестными действиями стороны арбитраж может возложить арбитражные издержки не на проигравшую, а на недобросовестную сторону, поддерживается и IBA. Например, в п. 7 ст. 9 Правил МАЮ о доказательствах <32> содержится следующая норма: "Если Состав арбитража приходит к выводу, что при получении доказательств Сторона не вела себя добросовестно, Состав арбитража может, в дополнение к любым другим мерам, предусмотренным настоящими Правилами, учитывать такое поведение при распределении арбитражных расходов, в том числе затрат, возникших при получении доказательств или в связи с ними".

<32> http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#collapse3
(дата посещения - 28.03.2018).

Таким образом, распределение издержек выступает не только в качестве баланса защиты прав и интересов сторон в международном арбитраже, но и в необходимых случаях в качестве **санкции** за неправомерное поведение.

16.5.4. Распределение арбитражных расходов при прекращении арбитража

Рассмотрим случаи, когда наблюдаются отступления от общих подходов. Например, когда по результатам рассмотрения арбитражного разбирательства подлежит прекращению и, соответственно, нет выигравшей и проигравшей стороны.

Классическим примером будет случай, когда состав арбитров пришел к выводу об **отсутствии компетенции (юрисдикции)** для рассмотрения дела.

Например, в ст. 37 Закона Швеции "Об арбитраже" установлено, что стороны несут солидарную

ответственность по уплате компенсации арбитрам, за исключением случаев, когда состав арбитров установил отсутствие юрисдикции на разрешение спора. В этом случае ответчик будет нести солидарную ответственность с истцом только при наличии исключительных обстоятельств. Таким образом, при данных обстоятельствах расходы по арбитражу возлагаются на истца.

Интересным является казус, когда ответчик заявляет требование о возмещении понесенных в связи с арбитражем расходов, например, на проведение экспертизы, установившей факт подписания арбитражного соглашения не ответчиком, а иным, неуполномоченным лицом.

Взыскание арбитражных расходов с истца в общем порядке должно быть произведено в форме арбитражного решения. Однако в случае отсутствия компетенции третейский суд ограничен в возможности вынесения арбитражного решения. Например, в ст. 32 Закона о МКА установлено правило о прекращении арбитража при вынесении составом арбитров постановления об отсутствии компетенции.

Сторонники проарбитражного подхода считают, что арбитры могут вынести арбитражное решение в части взыскания арбитражных расходов. Истец, инициируя арбитражное разбирательство, тем самым подчинился юрисдикции третейского суда, а ответчик подтвердил компетенцию, заявив требование о возложении понесенных арбитражных расходов на истца, поэтому арбитры могут обосновать наличие "ограниченной" компетенции по вопросу арбитражных расходов и вынести арбитражное решение.

Очевидно, возможность взыскания арбитражных расходов и издержек ответчика при прекращении разбирательства по причине отсутствия компетенции арбитража должна выясняться с учетом **lex arbitri**.

Другим классическим примером отступления от общих подходов распределения расходов является случай, когда истец **отказывается от исковых требований** в связи с добровольным удовлетворением исковых требований ответчиком.

Важной задачей в таком случае будет выяснение составом арбитров и сопоставление даты начала арбитражного разбирательства и даты добровольного удовлетворения ответчиком требований истца.

Как правило, когда добровольное погашение исковых требований истца было произведено ответчиком до рассмотрения арбитрами дела, но после начала арбитража и в связи с ним, трибунал может возложить арбитражные расходы истца на ответчика. При определении в подобных случаях размера возмещаемых издержек на представителя следует среди прочего учитывать факт проведения либо непроведения устного слушания.

Если же имел место отказ от иска по причине необоснованности заявленных требований, то арбитражные расходы несет сам истец. На него могут быть возложены понесенные ответчиком издержки, связанные с защитой им своих прав, в частности подготовкой возражений на иск и сбором доказательств, опровергающих притязания истца и повлиявших на решение последнего отказаться от "решающего поединка".

Так, в деле МКАС при ТПП РФ N 175/2015 истец отказался от исковых требований до дня первого заседания по делу. Ответчик, согласившись с прекращением разбирательства по исковым требованиям, настаивал на возмещении понесенных им издержек на юридических представителей <33>.

<33> Архивная шивка решений МКАС при ТПП РФ.

Коллегия арбитров прекратила арбитражное разбирательство в части исковых требований и сочла, что в этом деле стороной, в пользу которой вынесено решение, следует признать ответчика, поскольку истец отказался от иска и не представил доказательств того, что подобный отказ был связан с признанием и/или добровольным удовлетворением ответчиком в ходе арбитражного разбирательства требований, заявленных в рамках этого разбирательства. Однако с учетом прекращения разбирательства по существу, а также того, что расчет издержек содержал позиции, которые не имеют прямого отношения к спору, обоснованным и справедливым было признано взыскание требуемых ответчиком издержек с истца в половинном размере.

Таким образом, одним из возможных вариантов может быть прекращение арбитрами разбирательства по делу в части исковых требований и вынесение арбитражного решения в части арбитражных расходов.

Глава 17. МАТЕРИАЛЬНЫЕ НОРМЫ ПРАВА, ПРИМЕНИМЫЕ ПРИ РАССМОТРЕНИИ СПОРА И ВЫНЕСЕНИИ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ

17.1. Разновидности правовых норм, применяемых при разрешении спора. Понятие норм права в контексте международного коммерческого арбитража

При вынесении решения арбитры должны принимать во внимание широкий круг правовых норм и принципов. Эти правила могут происходить как из позитивного права публичного образования, так и из источников, не относящихся в национальному праву, таких как международные обычаи и принципы, *lex mercatoria*.

Во всех случаях третейский суд принимает решение **в соответствии с условиями договора**, причем в силу п. 1 ст. 28 Закона о МКА стороны могут установить приоритет договора перед предписаниями позитивного права. Тогда в случае коллизии правил договора и обязательных положений законодательства предпочтение следует отдать договору. Такие ситуации сродни оговорке о подчинении национальному праву с исключением регулирования по отдельным вопросам.

Выбор права преследует цель локализовать правоотношение или отдельные его элементы, привязать их к конкретной системе права. Вопросы определения применимого права встают в международном арбитражном процессе как минимум в четырех аспектах. Арбитрам необходимо идентифицировать нормы права и установить их содержание применительно:

- 1) к процедуре арбитражного разбирательства;
- 2) арбитражному соглашению;
- 3) существу спора (материальный статут);
- 4) коллизионным привязкам (правилам выбора закона) для каждой из этих категорий.

Право, применимое к процессу, регулирует форму и обязательные элементы решения, вопросы квалификации арбитров и адвокатов (например, в некоторых правовых системах арбитрами могут выступать только лица, имеющие высшее либо юридическое образование), необходимые процессуальные решения и полномочия, в ряде случаев компетенцию арбитров по применению тех или иных средств правовой защиты.

Право арбитражного соглашения определяет его юридическую силу, форму, действительность, объем (по кругу лиц и характеру споров, передаваемых для разрешения арбитрами), толкование. В классическом случае арбитражная оговорка будет находиться в домене той же правовой системы, что и контракт в целом. Однако эта закономерность не является универсальной. Такие факторы, как место арбитража, выбор арбитражного института, процессуального регламента, могут привести к тому, что статут соглашения об арбитраже будет отличаться от материального статута сделки как таковой <1>.

<1> По этому вопросу см.: Гаврилов В.В. Арбитражная оговорка и определение применимого права в международном коммерческом арбитраже // Актуальные проблемы международного гражданского процесса: Материалы междунар. конф., Санкт-Петербург, 10 - 11 окт. 2002 г. СПб., 2003. С. 183 - 190.

Следует отметить, что каждый из перечисленных выше четырех генеральных аспектов может предполагать применение норм не одной, а разных правовых систем - это так называемое "расщепление" применимых статутов (*dépeçage*). Так, например, вопросы корпоративного статуса юридического лица, его правоспособности традиционно регулируются правом страны места нахождения юридического лица, а

не обязательственным статутом сделки. То же относится и к вопросам перехода права собственности.

В данной главе будут рассмотрены вопросы материального права, применимого к существу спора (**lex causae**), однако многие тезисы актуальны и для иных аспектов арбитража. Хорошей иллюстрацией круга вопросов, регулируемых **lex causae**, будет п. 1 ст. 9 Гаагских принципов выбора права, применимого к международным коммерческим договорам: а) толкование; б) права и обязанности, возникающие из договора; в) исполнение и последствия неисполнения, в частности исчисление убытков; г) способы прекращения обязательств, сроки исковой давности и пресекательные сроки; д) действительность и последствия недействительности договора <2>; е) бремя доказывания и юридические презумпции; г) преддоговорные обязательства <3>.

<2> С оговоркой о необходимости принять во внимание другие релевантные системы права, которые могут исцелять пороки, ведущие к недействительности договора.

<3> The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (дата посещения - 02.04.2018).

Как отмечает М.П. Бардина, сфера действия обязательственного статута распространяется на проценты по денежному обязательству, а также на обязательства из неосновательного обогащения, если оно возникло в связи с существующим или предполагаемым договорным отношением, по которому приобретено или сбережено имущество <4>.

<4> Бардина М.П. Определение права, применимого к договорам, в новой редакции Гражданского кодекса РФ // Труды Института государства и права РАН / Отв. ред. Ю.М. Юмашев. 2015. N 3. С. 68 - 91.

Значение выбора **lex causae** в международном арбитраже не следует абсолютизировать. Определяющими в большинстве споров будут фактические обстоятельства дела, соображения добросовестности и справедливости, а равно убедительность, кредит доверия тяжущейся стороны и ее представителей, а не юридико-технические конструкции, основанные на коллизионных нормах или положениях применимого права. Лишь изредка в арбитраже приоритет той или иной правовой системы становится краеугольным камнем для исхода дела. Такие категории, как деловые обычаи, добросовестность, справедливость, находясь на пограничной территории, служат своеобразным "мостиком" между обстоятельствами дела и правовыми конструкциями.

Порядок применения права в международных спорах - домен международного частного права. Основными источниками международного частного права России следует считать разд. VI части третьей (особенно гл. 66) ГК РФ, который содержит общие положения применения иностранного права на территории РФ и устанавливает общие принципы регулирования всех частноправовых отношений с иностранным элементом, Кодекс торгового мореплавания (гл. XXVI), разд. VII Семейного кодекса РФ, Воздушный кодекс. Нормы международного частного права можно найти и в иных отраслевых либо комплексных правовых актах, количество которых неуклонно растет. Во многих странах проведена кодификация международного частного права, и соответствующие нормы сведены в отдельные законодательные акты.

Особое место среди источников права занимают международные договоры и обычаи, которые устанавливают обязательные для субъектов международного частного права нормы поведения. К числу правовых регуляторов частных правоотношений Конституцией РФ (ч. 4 ст. 15) и ГК РФ (п. 1 ст. 7) отнесены международные договоры и "общепризнанные принципы и нормы международного права", которые являются интегральной частью правовой системы РФ, обладают высшей юридической силой и, более того, имеют примат над нормами национального права в случае возникновения противоречий.

Арбитры руководствуются нормами права (**rules of law**). Именно такое понятие, не типичное для отечественной правовой системы (оперирующей терминами "законодательство" или "право"), использовано в п. 1 ст. 28 Закона о МКА. Этот термин унаследован из текста Типового закона ЮНСИТРАЛ. Документы Рабочей группы по подготовке Типового закона демонстрируют, что это словосочетание несет

следующую смысловую нагрузку: сторонам предоставляется возможность избрать в качестве материального статута не национальную правовую систему какого-либо государства, а иные правовые режимы, например систему права, имеющую наднациональный характер, частные кодификации, своды обычаев, клерикальных норм и т.п.

Именно здесь усматривается существенное различие в подходах государственных судов и международного арбитража. Нередко в контрактах можно найти ссылки на "общие принципы права", "общепризнанные нормы и правила международной торговли" как на материальный статут сделки (**lex contractus**). Подробное исследование по этому вопросу опубликовала Комиссия ICC по коммерческому праву и практике <5>. Типовые контракты, разработанные этим органом <6>, предусматривают, что вопросы, не урегулированные или не полностью урегулированные в договоре, стороны могут подчинить общим принципам и правилам, касающимся международных коммерческих договорных обязательств, в отношении которых существует широкий международный консенсус <7>.

<5> Developing neutral legal standards for international contracts: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата посещения - 02.04.2018).

<6> Приведем для иллюстрации формулировку ст. 24 второго издания Типового дистрибьюторского контракта: "Любые вопросы, связанные с настоящим Соглашением, прямо или косвенно не урегулированные положениями настоящего Соглашения, регулируются следующим образом: принципами права, общепризнанными в международной торговле как применимые к договорам международного дистрибьюторства; соответствующими торговыми обычаями и Принципами международных коммерческих договоров УНИДРУА, исключая, при условии соблюдения настоящей статьи 24.2, национальные законы". См.: Типовой дистрибьюторский контракт МТП (монопольный импортер-дистрибьютор). Публикация МТП N 646 / Пер. Н.Г. Вилковой. 2-е изд. М., 2005.

<7> Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. ст. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 43 - 5)4.

Государственные суды неохотно воспринимают выбор негосударственных инструментов в качестве применимого права и не признают такие положения договора действительным соглашением о выборе права, которое исключает применение судом коллизионных норм <8>. Подходящим форумом для проверки эффективности подобных экспериментов, связанных с автономией воли сторон, будет международный коммерческий арбитраж.

<8> Здесь речь идет исключительно о рассмотрении государственными судами дела по существу. В делах о выдаче исполнительного листа, признании и приведении в исполнение, отмене решений международного арбитража вопросы правоприменения находятся вне предмета разбирательства.

17.2. Особенности применения в международном арбитраже коллизионных норм

До того как перейти к вопросу доказывания содержания норм права, следует определиться с тем, какие собственно нормы будут действовать. Этот вопрос - выбор применимых норм права - сам по себе является предметом доказывания. Ключевые положения отечественного законодательства по рассматриваемому вопросу содержатся в ст. 28 Закона о МКА:

"Нормы, применимые к существу спора

1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

2. При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

3. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке" <9>.

<9> Эта статья упоминается во вводящих положениях Закона о МКА в ст. 2: "Когда какое-либо положение настоящего Закона, за исключением статьи 28, предоставляет сторонам возможность принимать решения по определенному вопросу, стороны могут поручить принятие такого решения какому-либо третьему лицу, включая учреждение". Таким образом, правоприменение в международном арбитраже является исключительной компетенцией арбитров. Автономия воли сторон здесь ограничена; они не вправе делегировать решение всех или части вопросов правоприменения третьему лицу (государственному суду, эксперту). Появление данной нормы в Типовом законе ЮНСИТРАЛ было реакцией на практику некоторых государств, где стороны (арбитры) обращались в государственный суд для юридической квалификации отношений сторон. Указания суда становились контролирующими, а роль арбитров сводилась к проверке обоснованности расчета заявленных требований и их документальному подтверждению.

Перед нами специальная коллизионная норма, которая имеет преимущество перед общими правилами гл. 66 разд. VI части третьей ГК РФ. О приоритете Закона о МКА применительно к вопросам выбора права в международном арбитраже прямо сказано в п. 1 ст. 1186 ГК РФ. Такое положение дел соответствует общемировым тенденциям. Последние десятилетия практика международного арбитража, национальное законодательство и подходы к его применению становятся все более либеральными - от автономии воли сторон, фундамент которой заложили предыдущие поколения специалистов по арбитражу, к автономии усмотрения арбитров, которые пользуются большей свободой в определении права и его применении, чем судьи.

Не только в России, но и по всему миру законодательные установления по вопросам частного права в отношении с иностранным элементом связывают национальные суды как **lex fori**, тогда как для арбитров являются лишь ориентирами <10>. Это объясняется тем, что между судопроизводством в национальных судах и международным арбитражем существуют фундаментальные различия.

<10> Вместе с тем для практики МКАС при ТПП РФ характерен выбор в пользу коллизионных норм страны места нахождения арбитража. См.: Бардина М.П. Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 26 - 46.

Наиболее актуальными вопросами правоприменения в международном коммерческом арбитраже можно назвать дискуссию о прямом выборе права арбитрами (**direct choice of law** (англ.); **voie directe** (фр.)) и пределах применения так называемого мягкого права, т.е. правопорядка или иных правовых норм, не имплементированных в национальное законодательство.

Определение применимого права не вызывает особых затруднений, если сторонами достигнуто соглашение по этому вопросу <11>. Основные принципы толкования таких соглашений заключаются в следующем.

<11> Эта проблематика подробно рассматривалась А.В. Асосковым. См., в частности: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 487.

Указание сторон на право или систему права какого-либо государства по общему правилу должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. Это правило обеспечивает предсказуемость, исключает возможность так

называемой обратной отсылки - **renvoi** <12>.

<12> В Гаагских принципах выбора права, примененного к международным коммерческим договорам (2015) (ст. 8), соответствующее правило сформулировано диспозитивно, т.е. допускается соглашение сторон о необходимости учитывать коллизионные нормы; обратная отсылка исключена лишь при отсутствии такой договоренности.

В принципе, допустим и "косвенный" выбор материального права сторонами. В этом случае в контракт включается указание на коллизионные нормы, с помощью которых должно устанавливаться применимое право, либо общие условия, типовые международные проформы, содержащие положения о применимом праве. Так, например, Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию (ст. 34) предписывают, что применимым к гарантии материальным правом является право, где расположен центр деловой активности соответствующего подразделения (отделения, конторы) гаранта <13>.

<13> Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию. Редакция 2010. Публикация ICC N 758 = ICC Uniform Rules for Demand Guarantees. 2010 Revision. ICC Publication N 758: Пер. с англ. М., 2010. 104 с.

По выбранному праву следует квалифицировать не только права и обязанности сторон по первоначальной сделке, но и действия, направленные на изменение и прекращение обязательств, и события, влекущие такие последствия. Соглашение сторон о выборе права продолжает действовать и после прекращения контракта (отказа от него, расторжения), если сами стороны не установили иного.

Российское законодательство также не устанавливает особых требований относительно формы соглашения о выборе права (поэтому оно может быть заключено и в устной форме) <14>. Стороны вправе выбрать применимое право как в момент заключения договора, так и в последующем и даже изменить ранее сделанный выбор, однако последующие действия не должны наносить ущерб правам третьих лиц. Т.Е. Абова отмечает: "В арбитражной практике встречаются случаи, когда из представленных сторонами письменных материалов дела невозможно установить договоренность сторон о применимом праве. В этом случае арбитраж нередко просит стороны сообщить, чье право они считают применимым к существу рассматриваемого спора, и стороны довольно часто в ходе судебного разбирательства сообщают о достигнутой ими договоренности о праве, применимом к существу переданного на рассмотрение арбитража спора" <15>.

<14> Зыкин И.С. Гаагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. ст. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 73 - 93.

<15> Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: Постатейный, научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 115. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2.)

Ограничителем творческого подхода составителей контрактов (которые порой искусственно привносят иностранный элемент) выступает п. 5 ст. 1210 ГК РФ: выбор сторонами права не может затрагивать действия императивных норм той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства. Связь договора более чем с одним государством должна быть реальной, а не фиктивной, в достаточной степени четко выраженной <16>.

<16> Зыкин И.С. Указ. соч. С. 79.

Правовая система не является "застывшим организмом". Принимаются новые законы, отменяются

старые нормы, меняется практика применения законодательства, его толкования, появляются новые судебные прецеденты (так называемые правовые позиции, которые в России формируются высшими судебными органами, в первую очередь ВС РФ и КС РФ). При отсутствии специального указания об ином выбор права сторонами предполагает его применение в том состоянии, в котором оно будет на момент рассмотрения спора. Общее правило заключается в том, что, включая в договор условие о выборе права, стороны не "замораживают" его, а подчиняют свои отношения соответствующему правопорядку в динамике его развития. Вместе с тем допустим выбор права "по состоянию на... (дату договора, исполнения обязательства и т.д.)", т.е. стороны могут стабилизировать, "заморозить" применимое право, однако автономия воли сторон в таком случае ограничена принципами, изложенными в п. 2 ст. 422 ГК РФ.

Выбор права следует отличать от пророгационной (юрисдикционной, арбитражной) оговорки - соглашения о выборе форума для разрешения споров. Как отмечает И.С. Зыкин, хотя условия о порядке разрешения споров и о применимом праве часто оговариваются вместе и одновременно, с юридической точки зрения речь идет о положениях, цели которых различны. Взаимосвязь названных соглашений отнюдь не означает тождественности их юридической природы <17>.

<17> Зыкин И.С. Указ. соч. С. 73 - 93.

Выбор места арбитража либо арбитражного института сам по себе не означает выбор права страны суда, хотя в ряде случаев влияет на выбор коллизионных норм, которыми будет руководствоваться третейский суд. Выбор в пользу коллизионных норм страны места нахождения арбитража характерен для практики МКАС при ТПП РФ <18>. Кроме того, применение избранного сторонами материального статута сделки может быть ограничено императивными нормами правовой системы государства, где рассматривается спор (право места арбитража). Отдельные положения применимого права могут даже противоречить публичному порядку места арбитража. В таких случаях арбитры не должны применять их, чтобы избежать последующей отмены решения.

<18> Бардина М.П. Указ. соч. С. 26 - 46.

В государствах с множественностью правовых систем вопросы частного права могут относиться к ведению территориальных публично-правовых образований. Например, в оговорке о применимом праве корректно указывать, к примеру, "право Англии и Уэльса" или "право штата Нью-Йорк" и некорректно - "право Великобритании" или "право США". Более того, в странах общего права местные суды могут занимать различные позиции по частным вопросам правоприменения, следуя своим прецедентам. Поэтому корректной будет такая оговорка: "Регулируется правом Англии, как оно применяется Высоким судом Лондона". Если такой выбор не сделан, следует руководствоваться ст. 1188 ГК РФ ("Применение права страны с множественностью правовых систем").

Источниками права в Российской Федерации признаются не только национальные нормативные акты, но и международное право (п. 4 ст. 15 Конституции РФ). В этой связи следует обратить внимание на интересную практику МКАС при ТПП РФ. Если в качестве материального статута стороны контракта выбирают "право РФ", то к их отношениям применяются международные договоры РФ и subsidiарно - законодательство РФ <19>. Иное толкование возможно в случае ссылки на "законодательство РФ". В правоприменительной практике такое положение нередко толкуется как намерение сторон подчинить сделку национальному правовому режиму, что исключает применение международных договоров как части правовой системы России (но не ее законодательства!), в частности Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

<19> Постановление МКАС при ТПП РФ от 12.03.2008 N 64/2007, решение МКАС при ТПП РФ от 17.12.2007 N 35/2007 // СПС "КонсультантПлюс".

Оговорка о выборе права имеет определенную автономность. Выбор права не может оспариваться только по причине того, что договор, к которому он относится, является недействительным <20>. В

международной практике это правило применяется с некоторыми оговорками: контракт в целом или отдельные его положения могут не иметь юридической силы в рамках системы, избранной сторонами права, в то время как по закону государства, на который указывают коллизионные нормы, оснований для лишения соглашения юридической силы нет либо эти основания и последствия их применения различаются. В этом случае принято считать, что если недействителен договор, то не имеет силы и выбор права (по аналогии с п. 1 ст. 1209 ГК РФ). В такой ситуации арбитры сами должны выбрать право, как если бы оговорки о применимом праве вообще не было. Иными словами, соглашение сторон имеет более тесную связь с правовой системой, которая признает его действующим и допускает реализацию всех его положений наиболее полным образом, а не с выбранной сторонами по недоразумению системой права, в силу которой соглашение сторон в целом будет недействительным. Такой подход предложен Институтом международного права в Базельской резолюции об автономии воли сторон в международных контрактах между частными лицами 1992 г. (п. 3.3) и называется принципом **in favorem negotii (favor validitatis)**.

<20> Зыкин И.С. Указ. соч. С. 73 - 93.

Условия о выборе применимого права, которые не позволяют определить действительную волю сторон, в судебно-арбитражной практике квалифицируются как отсутствие соглашения сторон о применимом праве.

Речь идет о доктрине денационализации решения коллизионного вопроса <21>.

<21> Асосков А.В. Указ. соч. С. 487.

Прежде чем перейти к выбору права на основании применимых коллизионных норм, арбитрам необходимо сделать такой же выбор в отношении собственно коллизионных норм - определиться, какой системой международного частного права им стоит руководствоваться.

Набирающая популярность за рубежом доктрина **прямого выбора права (direct choice of law; voie directe)** не нашла места в отечественном законодательстве. "Льготный режим" прямого выбора заключается в том, что в своей аргументации третейский суд может опираться исключительно на обстоятельства дела, а не на коллизионные нормы. Однако и в случаях, когда право арбитражного разбирательства и/или процессуальный регламент (например, ст. 21(1) Регламента ICC) допускают прямое обращение к нормам права, минуя коллизионный механизм, арбитры должны провести анализ и аргументировать свой выбор, объяснить в решении, почему применяемые ими нормы права сочтены уместными в конкретном случае <22>. В домене отечественного правопорядка третейский суд все же должен идентифицировать коллизионную норму, опираясь на которую он решил отдать предпочтение конкретной системе норм права <23>. Это относится как к материальным, так и к процессуальным нормам.

<22> Подробнее о прямом выборе права см.: Кабатова Е.В. "Прямой" выбор применимого права в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 546 - 555.

<23> Эта норма должна применяться с учетом правил арбитражного разбирательства. Так, п. 1 ст. 26 Регламента МКАС 2013 г. диктует необходимость во всех случаях определять право классическим способом, т.е. в соответствии с коллизионными нормами, которые арбитры сочтут применимыми.

Иногда арбитры испытывают затруднения с определением применимой коллизионной нормы. Оригинальным способом достижения консенсуса будет подход "от обратного" - кумулятивный метод выбора права <24>. Он заключается в том, что коллизии законов (**conflict of laws**) на самом деле может и не существовать, вариативность регулирования может быть мнимой. При использовании этого приема анализ начинается с идентификации всех национальных правовых систем, которые имеют значимую связь с рассматриваемым делом. Затем арбитры идентифицируют и апробируют конкурирующие

коллизийные привязки, чтобы определить типовой результат - правовую систему - фаворита. Вследствие гармонизации и унификации международного частного права (тенденции, которая наблюдается на протяжении последних полутора веков) очень часто коллизия, "конфликт законов", будет мнимой - применение законов разных государств ведет к одному и тому же результату!

<24> Бардина М.П. Указ. соч. С. 26 - 46.

Если сравнительный анализ исследованных систем права выявляет конфликт, тот же метод применяется к положениям международного частного права. Устанавливаются и сопоставляются все коллизийные нормы законодательства государств, которые имеют связь со спором. Цель анализа - определить, указывают ли они на применение разных или одной и той же системы права. Опять же, в силу унификации международного частного права при всем многообразии выбор закона может быть однозначным.

Последний прием - кумулятивный анализ коллизийных норм - может оказаться неостребованным в случае проведения разбирательства в государстве, которое императивным образом предписывает коллизийные нормы для арбитражных процессов на своей территории. Так, новейшее арбитражное законодательство Германии, Японии и Мексики предполагает (и требует) применение коллизийных норм данного государства - места арбитражного разбирательства ко всем процессам на своей территории.

Действительно, в ситуации не мнимых, а реальных коллизий законов применение норм коллизийного права места арбитражного разбирательства, а не норм, заимствованных из какой-либо другой правовой системы, является единственным подходом, который обеспечивает предсказуемый результат.

Многообразие подходов к выбору применимого права в рамках классического метода может ввести в замешательство. Ситуация упрощается, если существует международная конвенция, устанавливающая материально-правовые нормы или хотя бы коллизийные правила для данного случая. Такие правила можно найти как в международных соглашениях, посвященных общим вопросам правоприменения (Римская конвенция ЕС о праве, применимом к контрактным обязательствам, Киевское соглашение 1992 г. (см. п. 5.1.10 настоящего учебника) и Минская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22.01.1993), двусторонние договоры о правовой помощи), так и в документах об отдельных видах обязательств. Ряд коллизийных норм содержится в Венской конвенции 1980 г., соглашениях в сфере транспорта.

Государства - участники Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (Женева, 07.06.1930), "обязуются, одни в отношении других, применять для разрешения коллизий" в вопросах о переводных и простых векселях правила, указанные в Конвенции (ст. 1 Конвенции) <25>. Так, форма векселя (форма, в которой приняты обязательства по векселю) определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны (ст. 3 Конвенции), а действие, которое производят подписи других лиц, обязанных по векселю (т.е. акцепт, аваль, индоссамент), определяется по закону той страны, на территории которой подписи были даны (ст. 4 Конвенции).

<25> Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях // СПС "КонсультантПлюс".

При отсутствии применимых международных норм арбитры могут применять такие коллизийные привязки, как право, наиболее тесно связанное с правоотношением (теория существенной связи); кумулятивный подход, предполагающий совокупное применение коллизийных привязок всех правовых систем, имеющих значимую связь с разбирательством (право места заключения сделки, деловой активности сторон, исполнения договора); право страны, которое имеет наибольшее значение для контракта, и др. <26>. Господствовавшая ранее коллизийная привязка к праву места совершения сделки (**lex loci actus**) сохраняется в отечественном законодательстве лишь применительно к договорам, заключенным на аукционе, по конкурсу или на бирже (п. 5 ст. 1211 ГК РФ). Это правило продолжает

действовать и для контрактов между предпринимателями России и ряда государств СНГ согласно Киевскому соглашению 1992 г. (п. "е" ст. 11) и Минской конвенции 1993 г. (ст. 41).

<26> Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. N 2. С. 23 - 29.

Какими бы подходами ни руководствовались арбитры, они во всех случаях должны действовать с учетом принципа недискриминации и принципа **in favor validitatis**: соглашение сторон имеет более тесную связь с той правовой системой, которая признает юридическую силу соглашения в целом и каждого из его условий в отдельности, а не с системой, которая исключает применение, не придает юридической силы договоренностям сторон или даже предполагает недействительность контракта в целом или какой-либо его части.

Традиционной проблемой при выборе арбитрами применимого права является определение того, какие вопросы должны регламентироваться **материальным** правом, применимым к отношениям сторон, и какие вопросы носят **процессуальный** характер и, таким образом, подчиняются праву, применимому к арбитражной процедуре. Наиболее часто эта проблема встает в контексте презумпций, бремени доказывания, допустимости доказательств, сроков исковой давности, характера допустимых средств правовой защиты и квалификации убытков; особенно остро она проявляется при коллизии континентальных правовых систем и правовых систем общего права <27>. В традиции общего права вопросы исковой давности и средств правовой защиты (например, допустимости принуждения к исполнению обязательств в натуре) квалифицируются как процессуальные и, таким образом, должны рассматриваться по праву, применимому к арбитражной процедуре. То же относится и к вопросам исчисления и характера убытков, подлежащих возмещению. В арбитражной практике наблюдается тенденция относить вопросы допустимых средств правовой защиты, определения убытков, сроков исковой давности к существу споров и, следовательно, применять к ним право, применимое к существу спора <28>. В некоторых штатах США и в Англии этот подход имплементирован уже на уровне закона.

<27> Следует учитывать, что ряд международных договоров РФ содержит материально-правовые либо коллизионные предписания относительно исковой давности. В этих случаях должны применяться нормы соответствующих международных договоров, а правила ст. 1208 ГК РФ применяются лишь subsidiarily, по вопросам, не решенным в международном соглашении (п. 3 ст. 1186 ГК РФ). Коллизионные нормы содержатся в Конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (ст. 5). РФ не участвует в Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. Вместе с тем, если в качестве применимого права (статута) договора международной купле-продажи выбор падает на право государства, ратифицировавшего Протокол об изменении 1980 г. к данной Конвенции, подлежат применению не нормы национального законодательства, а положения Конвенции об исковой давности и, соответственно, четырехлетний срок исковой давности. Дело в том, что Протоколом 1980 г. предусмотрена имплементация положений Конвенции 1974 г. как части национального права соответствующего иностранного государства. В редакции Конвенции об исковой давности с поправками, внесенными Протоколом 1980 г., участвуют 23 государства. Словакия, США и Чехия при присоединении к данной Конвенции сделали оговорку о том, что не будут применять Конвенцию к контрактам сторон, коммерческие предприятия которых находятся в государствах, не участвующих в Конвенции.

<28> Такой подход имплементирован, в частности, в Гагских принципах выбора права, применимого к международным коммерческим договорам.

17.3. Установление содержания применимых норм права в международном коммерческом арбитраже

Как только арбитры определили правовую систему, из которой должны быть заимствованы нормы, необходимо определить **содержание применимого права**. Ответив на вопрос: "Какое право применяется?", арбитры теперь должны решить следующую задачу: "Каково содержание применимого права и как мы его должны установить?", т.е. наряду с вопросом **выбора закона** арбитры также

сталкиваются с вопросом **установления содержания выбранного права** <29>.

<29> Ly F. de, Friedman M., Radicati di Brozolo L. The International Law Association International Commercial Arbitration Committee on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration // Arbitration International. 2010. Vol. 26. N 2. S. 193 - 220.

Решая эту задачу, третейский суд может учитывать любой достоверный источник, включая нормативные акты, прецеденты, доводы защитников сторон, мнения и перекрестные допросы экспертов, научные работы и иное. Обращаясь к иностранному закону, арбитраж должен уделять должное внимание информации о практике его применения и толкования в юрисдикции, из которой эти нормы происходят (в российском праве такое предписание содержится в п. 1 ст. 1191 ГК РФ).

На практике арбитрам часто приходится толковать и применять договорные понятия и концепции, которые неизвестны применимой системе права (см. п. 2 ст. 1187 ГК РФ). Такое, в частности, бывает, когда контракт составлен на иностранном языке, например на английском, в стиле, свойственном системе общего права, подчинен сторонами континентальной правовой системе. В этом случае арбитры могут заимствовать положения "родной" договору правовой системы для толкования их намерений, невзирая на то, что к существу спора применимо право иного государства. Такая практика не может расцениваться как превышение мандата (полномочий) арбитров, также она не противоречит публичному порядку.

При определении содержания правовых норм (предписаний) третейский суд не ограничен материалами, представленными сторонами; арбитры могут провести свое собственное исследование и учесть относящиеся к делу материалы, найденные в ходе таких изысканий, особенно в части норм публичного порядка и других сверхимперативных норм <30>. На деле третейский суд может располагать более качественными материалами, чем представленные сторонами источники, которые нередко представляются предвзято или недостаточно подробно. Современная процессуальная традиция ориентирует третейский суд вести дело так, чтобы предоставить сторонам возможность "быть услышанными" по всем относящимся к делу вопросам, в том числе относительно юридической стороны дела. Если арбитры полагают, что самостоятельно выявленные ими правила могут существенно повлиять на исход дела, они должны донести эту информацию до участников процесса и предложить им возможность высказаться (принимая во внимание сопутствующие материалы, мнения экспертов, свидетелей или др.).

<30> Арбитрам рекомендуется с осмотрительностью обращаться к иным юридическим конструкциям, которые не были подняты сторонами, но могут повлиять на разрешение спора. См.: Рекомендации Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже (п. 6) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 1. С. 192 - 197. Подробнее об этом документе см.: Гармоза А.П. Комментарий к Рекомендации Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 1. С. 182 - 191.

Арбитры не связаны юридическими аргументами, представляемыми сторонами. В соответствии с принципом **jura novit curia** арбитраж может самостоятельно идентифицировать правовые нормы и вынести на их основании решение, даже в ситуации, когда ни одна из сторон не ссылалась на соответствующее законодательное постановление. Такое решение не будет решением **ultra petita**, в случае если арбитры не выходят за рамки средств правовой защиты (**remedies, relief sought**), испрашиваемых сторонами <31>.

<31> Лишь в редких случаях решение, вынесенное арбитрами на основании законодательства, которое стороны не приводили в своих заявлениях и возражениях по делу, может служить основанием для отмены или отказа приведения в исполнение решения - это случай, когда избранная арбитрами правовая конструкция настолько архаична или атипична для данных отношений, что стороны не могли

разумно допустить ее применимость в своем деле. Основанием для оспаривания и отмены решения в таком случае является не противоречие публичному порядку, а лишение сторон права на защиту, возможности представить свои объяснения. Об этом см. также: Панов А.А. Доктрина "неожиданного решения" в международном коммерческом арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 2. С. 74 - 88.

Этот постулат не исключает обязанность арбитража разъяснить в решении, как именно и почему была выбрана та или иная правовая норма (**applicable lex causae**). Арбитры не должны полагаться на презумпции в отношении содержания применимого права, включая любое предположение о том, что данные нормы идентичны наиболее близкой суду или любым его членам системе права, или даже о том, что данное право совпадает с правом страны места нахождения суда <32>. Помимо исключительных случаев, в которых арбитры выносят решение на началах добра и справедливости (**ex aequo et bono**), они обязаны применять соответствующие нормы права. Члены третейского суда должны проникнуться материей системы права, в которой они не являются экспертами и которую, возможно, никогда не изучали.

<32> Рекомендации Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права... С. 192 - 197. Оригинальный текст на англ. яз.: International Law Association Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration: http://www.arbitration-ch.org/asset/7d81dc2d309e9e4003bf4bc5001b48ed/ILA_Recommendation_about_applicable_law.pdf (дата посещения - 02.04.2018).

17.4. Применение в арбитраже при разрешении споров
международных обычаев и правил негосударственного
регулирувания (мягкого права, *lex mercatoria*)

К категории норм права для целей п. 1 ст. 28 Закона о МКА могут быть отнесены модельные законы, проекты национальных нормативных актов и т.п. В Пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ с изменениями 2006 г. в качестве примера выбора норм права упоминается подчинение прав и обязанностей сторон международному соглашению, конвенции или договору, которые еще не ратифицированы либо не вступили в силу, и даже рабочим вариантам (проектам) таких документов <33>. Гаагские принципы выбора права, применимого к международным коммерческим договорам, понимают под нормами права любой нейтральный, сбалансированный и общепризнанный на международном, наднациональном или региональном уровне свод правил <34>.

<33> http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата посещения - 02.04.2018).

<34> <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (дата посещения - 02.04.2018).

Участники внешнеторгового оборота часто используют эту возможность для выбора в качестве обязательственного статута не позитивного права какого-либо политического образования, а **lex mercatoria** - транснационального обычного торгового права, т.е. деловых обычаев и обыкновений международной торговли в чистом виде или ненормативных внегосударственных документов, текстов, сборников, компилирующих юридическую практику внешнеторгового оборота <35>. Применение подобных инструментов в качестве альтернативы национальному праву имеет особое значение при заключении договора на основании типовых договоров (проформы ФОСФА, ГАФТА, ФИДИК, ВОИС, ОРГАЛАЙМ и др.), позволяет избежать коллизий императивных норм внутреннего правопорядка и положений типового контракта (ведь в случае такой коллизии третейский суд, скорее всего, отдаст предпочтение нормам национального права, а не зафиксированной в договоре договоренности сторон) <36>. Можно утверждать, что если стороны опустили оговорку о применимом праве при заключении контракта на основании типовых проформ, то они предполагают применение **lex mercatoria** в качестве **lex causae**.

<35> Одна из полезных компиляций таких обычных правил, включая практику их применения, находится на сайте www.trans-lex.org (дата посещения - 02.04.2018). Этот проект исследовательского центра CENTRAL из Университета Кельна (Германия) позиционирует себя как "свободную платформу для исследования и кодификации транснационального права".

<36> Бардина М.П. Основание применения Принципов УНИДРУА при разрешении международных коммерческих споров по существу спора // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. ст. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 6 - 19.

В сфере внешней торговли широко применяются унифицированные своды обычных правил. Известность получили разработанные ICC Международные правила толкования торговых терминов Инкотермс. Инкотермс 2010 расшифровывает значение условий (базисов) поставки в области внешней торговли, таких как CIF, FAS, EXW, и содержит рекомендации по их применению. ТПП РФ признала Инкотермс 2010 торговым обычаем, принятым в РФ <37>.

<37> Постановление Правления ТПП РФ от 28.06.2012 N 54-5 "О свидетельствовании торговой обычая (обычая делового оборота), принятого в Российской Федерации" // СПС "КонсультантПлюс".

Наиболее видной частной кодификацией права можно назвать Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА <38>. Первая редакция этого документа увидела свет в 1994 г.; вторая, расширенная и дополненная - в 2004 г.; третья - в 2010 г. Принципы УНИДРУА как "зеркало" **lex mercatoria** широко применяются арбитражными трибуналами во всем мире, о чем свидетельствует обширная коллекция прецедентов, размещенная на информационном ресурсе www.unilex.info <39>. Отечественные третейские суды осторожно воспринимают эту тенденцию. Так, в ходе арбитражного разбирательства в МКАС при ТПП РФ по делу N 116/1996 (решение от 20.01.1997) стороны (российская и гонконгская организации) договорились о разрешении спора в соответствии с Принципами УНИДРУА, причем в решении арбитры указали, что УНИДРУА применяются как основная правовая система, регулирующая договор сторон <40>. В международной же практике арбитры задействуют этот инструмент как **lex causae** не только при наличии явного соглашения сторон, но и если условие о применимом праве отсылает к "общим принципам права", "обычаям и обыкновениям международной торговли", "**lex mercatoria**" или даже "принципам международного права"; при этом арбитры "основываются на том, что Принципы могут рассматриваться как особо авторитетное выражение наднациональных или транснациональных принципов и норм права" <41>. Как отмечает М.П. Бардина, аналогичные процессы происходят не только в отношении применимого материального права, но и в сфере регулирования процедуры международного арбитража <42>.

<38> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2013.

<39> Вдохновленные успехом первых изданий, разработчики включили в текст 2010 г. рекомендуемые оговорки, которые можно имплементировать в контракт для применения принципов как основного правового режима: "This contract Shall be governed by the UNIDROIT Principles (2010) [except as to Articles...]". Стороны, которые намерены подчинить контракт Принципам с субсидиарным применением национального позитивного права, могут использовать такой текст: "This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2010) [except as to Articles...], supplemented when necessary by the law of [jurisdiction X]".

<40> Решение от 20.01.1997 по делу N 116/1996 // Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Арбитражная практика за 1996 - 1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1999. С. 151.

<41> Комаров А.С. Новеллы в регулировании международных и коммерческих договоров: Принципы УНИДРУА 2004 // Хозяйство и право. 2006. N 11. С. 119 - 130.

<42> Бардина М.П. Указ. соч. С. 6 - 19.

Принято считать, что полномочия выносить решение на основании таких негосударственных инструментов не приравнивают третейский суд к "дружественному посреднику" (**amiable compositeur**) и не означают, что арбитры выносят решение на началах добра и справедливости (**ex aequo et bono**) <43>.

<43> Комаров А.С. Применение трансграничных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 80-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 182 - 184.

Выбор транснациональных принципов - норм мягкого права - может быть осуществлен не только явно, но и косвенно. Регламенты ведущих иностранных арбитражных институтов (ICC, LCIA, SCC) допускают применение арбитрами норм мягкого права и при отсутствии явного соглашения сторон об этом <44>. Выбирая правила разбирательства, стороны тем самым инкорпорируют в соглашение подразумеваемую свободу арбитров в выборе в качестве применимого права как национальной правовой системы, так и транснациональных норм мягкого права.

<44> Статья 27 Регламента SCC:

"1. Состав арбитража разрешает споры по существу на основе закона(-ов) или правовых норм, согласованных сторонами. При отсутствии такого соглашения состав арбитража применяет закон или правовые нормы, которые он считает наиболее подходящими.

2. Любое указание сторон на законодательство определенного государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

3. Состав арбитража разрешает спор по справедливости (**ex aequo et bono**) или в качестве **amiable compositeur**, только если стороны непосредственно уполномочили его действовать таким образом". См.: http://www.sccinstitute.com/media/169838/arbitration_rules_eng_17_web.pdf (дата посещения - 02.04.2018).

Статья 21 Регламента ICC:

"1. Стороны свободны в выборе норм права, которые должны применяться составом арбитража к существу спора. При отсутствии такого соглашения состав арбитража применяет нормы права, которые сочтет подходящими.

2. Состав арбитража принимает во внимание положения контракта, если таковой существует между сторонами, и любые соответствующие торговые обычаи.

3. Состав арбитража принимает на себя полномочия **amiable compositeur** или решает спор **ex aequo et bono**, только если стороны согласились предоставить ему такие полномочия". См.: <https://iccwbo.org/publication/arbitration-rules-and-mediation-rules/> (дата посещения - 04.04.2018).

§ 23 Правил арбитража МКС МКАС:

"1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. При этом любое указание на право или систему права какого-либо государства толкуется как непосредственно отсылающее к материальному праву данного государства, а не к его коллизионным нормам.

2. При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

3. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом применимых обычаев". См.: <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/> (дата посещения - 02.04.2018).

Статья 35 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ:

"1. Арбитражный суд применяет нормы права, которые стороны согласовали как подлежащие применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласия сторон арбитражный суд применяет право, которое он сочтет уместным.

2. Арбитражный суд выносит решение в качестве "дружеского посредника" или *ex aequo et bono* лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили арбитражный суд на это.

3. Во всех случаях арбитражный суд принимает решение в соответствии с условиями договора при наличии такового и с учетом любых торговых обычаев, применимых к данной сделке". См.: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-R.pdf> (дата посещения - 02.04.2018).

Пункт 3 ст. 28 Закона о МКА говорит о том, что мягкое право может быть не только выбрано сторонами в качестве основного статута (п. 1 ст. 28), но также во всех случаях должно применяться арбитрами в качестве субсидиарного источника права. Об использовании обычая делового оборота в качестве источника права говорит и ст. 5 ГК РФ, однако она найдет непосредственное применение лишь в случае, если отношения сторон регулируются российским законодательством. В силу же п. 3 ст. 28 Закона о МКА торговые обычаи могут и должны учитываться арбитрами в любом деле, рассматриваемом на территории РФ, вне зависимости от материального статута, применимого к существу спора. В то же время даже наличие в контракте указания на то, что решение должно приниматься с учетом деловых обычаев, само по себе не рассматривается как мандат арбитров принимать решение исключительно на основе *lex mercatoria* в отрыве от конкретной национальной системы права.

Все чаще в решениях МКАС при ТПП РФ в качестве доказательства существующей практики делового оборота упоминаются положения Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА. Принципы УНИДРУА приобретают характер международного торгового обычая, что позволяет применять их и тогда, когда в договоре сторон ссылка на этот документ отсутствует <45>. В ряде решений МКАС при ТПП РФ Правила УНИДРУА применены "по отдельным вопросам" при отсутствии соглашения сторон об использовании этого инструмента в качестве субсидиарного статута как доказательства существования торгового обычая международного торгового оборота <46>. Аналогичные решения можно найти и в практике российских государственных судов.

<45> См., например: решение МКАС при ТПП РФ от 04.04.2003 по делу N 134/2002 // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 72; решение МКАС при ТПП РФ от 05.06.2002 по делу N 11/2002 // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 353 - 359; решение МКАС при ТПП РФ от 27.07.1999 по делу N 302/1996 // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999 - 2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002. С. 141 - 147; решения N 24, 41, 43, 55 - 58, 69, 78, 95, 106 // Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016: К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов "Международный коммерческий арбитраж" и "Вестник международного коммерческого арбитража") / Науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов; предисл. А.С. Комарова; ред. П.Д. Савкин; МКАС при ТПП РФ; ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ; Каф. междунар. частн. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД РФ. М., 2017.

<46> Бардина М.П. Субсидиарное применение национального права при восполнении пробелов Венской конвенции в практике МКАС при ТПП РФ // Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом / Отв. ред. А.С. Комаров; сост. Б.Р. Карабельников. М., 2007. С. 98.

Итак, положить в основу решения негосударственные правовые инструменты в качестве основного обязательственного режима сделки арбитры, рассматривающие спор в России, могут лишь при наличии соглашения сторон (п. 1 ст. 28 Закона о МКА). При отсутствии такого выбора мягкое право играет роль вспомогательного инструмента, отражающего обычную практику международного оборота (п. 3 ст. 28 Закона о МКА), а арбитраж должен руководствоваться положениями п. 2 ст. 28 Закона о МКА, который

представляет собой самостоятельную коллизионную норму, допускающую прямой выбор права.

Генезис этого правила объясняется предпосылками юрисдикции третейского суда, рассматривающего международный спор. По сравнению с процессом в государственном суде определение применимого права в международном арбитражном процессе представляет собой более сложную, более комплексную задачу.

Судья - представитель государственной власти, страж правопорядка. Применение "родных" национальных установлений в части коллизионных норм для него - императив. Классический метод выбора права предполагает определение применимого статута на основании коллизионных норм. Этот подход является единственно допустимым для государственного суда - он применяет **lex fori**. Арбитры находятся в иной, пожалуй, более сложной ситуации. Третейский суд не имеет той интегральной связи с конкретным государством, даже с государством места рассмотрения спора (места арбитража) или места нахождения арбитражного института, которая (связь) предопределяла бы, что коллизионные нормы этого государства являются единственно применимыми.

Третейский суд во всех случаях должен принимать во внимание торговые (деловые) обычаи и обыкновения (п. 3 ст. 28 Закона о МКА). В этой части **lex mercatoria** служит полезным дополнением, надстройкой или, скорее, даже базисом для применения национального права. Например, вопросы добросовестности, непреодолимой силы (форс-мажор), **estoppel** и существенного изменения обстоятельств гораздо лучше разработаны в праве международного оборота и практике его применения, чем в национальном праве <47>. Нередко в международном арбитраже применимым оказывается право не одного, а нескольких государств. Речь идет о применении национальных правовых систем к отдельным аспектам отношений сторон, например к вопросам правоспособности, правомочий должностных лиц и представителей. По этим вопросам **lex mercatoria** может применяться не только в качестве субсидиарного статута, но и в качестве превалирующего, контролирующего правила, если это оправданно исходя из обстоятельств дела.

<47> Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, ICC Case N 6474: https://www.trans-lex.org/206474/_/icc-partial-award-no-6474-of-1992-yca-2000-at-279-et-seq/#head_1 (дата посещения - 02.04.2018).

17.5. Особенности применения международным коммерческим арбитражем императивных норм. Сверхимперативные нормы

Еще Л.А. Лунц утверждал, что "отсылка коллизионной нормы к иностранному закону, как правило, устраняет применение к данному отношению не только диспозитивных, но и императивных норм отечественного правопорядка" <48>.

<48> Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 300 - 310.

Автономия воли сторон, а также свобода усмотрения арбитража в вопросах выбора права и применения его положений имеют свои пределы. Ограничителем выступают сверхимперативные нормы - правила, значение которых для государства, его правовой системы столь велико, что они подлежат применению вне зависимости от выбора сторонами иного законодательства; это "межевые знаки" основ его публичного порядка. Наиболее релевантны сверхимперативные нормы страны, где должно быть вынесено решение (государство места арбитража), и публичный порядок государства, где предполагается признание и приведение в исполнение решения.

Нормы, избранные сторонами или определенные арбитром, должны применяться без ущерба для предписаний закона места проведения арбитража, которые применяются к ситуации как сверхимперативные, т.е. вне зависимости от норм, применяющихся к существу спора.

Сверхимперативные нормы вследствие прямого указания в законе или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота,

регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права (п. 1 ст. 1192 ГК РФ). Сверхимперативные нормы ориентированы не на предотвращение коллизии с фундаментальными принципами правовой системы, а на защиту особо значимого интереса (например, защиту потребителей, конкурентной среды, валютной системы, защиту окружающей среды, регулирование природопользования). Они находятся на стыке публичного и частного регулирования; это "нормы публичного права, воздействующие на частноправовые отношения, а также нормы частного права, являющиеся продолжением публично-правовых начал" <49>. Отличается и механизм действия этих ограничителей: сверхимперативные нормы не только блокируют применение иностранного права, но и регулируют соответствующее правоотношение по существу. Таким образом, на эти нормы должны опираться арбитры, вынося решение.

<49> Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999. С. 201.

Следует подчеркнуть, что речь идет не обо всей совокупности императивных правил (т.е. таких, которые не могут быть изменены соглашением сторон) национального законодательства, а лишь о наиболее базовых, фундаментальных положениях его правовой системы. Как правило, какого-либо исчерпывающего перечня сверхимперативных норм в национальном законодательстве не приводится; выявлять их следует, руководствуясь правосознанием и ориентируясь на сложившуюся правоприменительную практику. Например, нормы российского законодательства о продолжительности исковой давности и порядке ее исчисления, о запрете дарения между коммерческими организациями являются императивными, но не сверхимперативными. Таким образом, если к отношениям сторон применяется иностранное право, следует руководствоваться соответствующими правилами, содержащимися в этом иностранном праве. В то же время нормы публичного права, например правила о валютном регулировании, безопасности и т.д., традиционно относятся к сверхимперативным. Сюда же можно отнести и принцип состязательности, равноправия сторон, недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательств, нормы о недопустимости предварительного освобождения от ответственности за умышленное нарушение обязательств, нормы антимонопольного законодательства, нормы законодательства о конкуренции.

Существование сверхимперативных норм признается в международной практике, инструментах последнего времени: Гагской конвенции о праве, применимом к отношениям по доверительной собственности, их признании 1985 г.; Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.; ст. 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. <50>.

<50> Россия не участвует в указанных международных договорах.

Из текста ст. 1192 ГК РФ следует, что сверхимперативные нормы преобладают над нормами законодательства, но не имеют приоритет перед международными нормами и принципами. Таким образом, при расхождении сверхимперативной нормы национального закона и правил международного договора следует руководствоваться положениями международного акта.

Оговорка о публичном порядке содержится в ст. 1193 ГК РФ. Под этим термином принято понимать основы правопорядка Российской Федерации. Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации (ст. 1193 ГК РФ). Таким образом, если последствия применения права (т.е. резолютивная часть решения международного арбитража) приводят к такому результату, который несовместим с устоями "заведенного в государстве порядка общественных отношений" <51>, то норма права не должна применяться арбитрами.

<51> А.С. Комаров верно отмечал следующее: "Публичный порядок должен быть затронут

последствиями применения иностранного права настолько серьезно, что это приведет к подрыву устоев, на которых зиждется заведенный в государстве порядок общественных отношений. Именно поэтому "оговорка о публичном порядке" должна быть востребованной только в исключительных, чрезвычайных обстоятельствах". Цит. по: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / Под ред. К.Б. Ярошенко, Н.И. Марышевой. М., 2004. С. 390.

Следует отметить, что нарушение публичного порядка является как основанием для отмены арбитражного решения в государстве, где оно вынесено, так и основанием для отказа в признании и приведении в исполнение этого решения за рубежом согласно Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Европейской конвенции 1961 г.

17.6. Разрешение спора на началах добра и справедливости и дружеского посредничества

Принципы добра и справедливости (**ex aequo et bono**) и дружеского посредничества (**amiable compositeur**) <52> в качестве формата разбирательства и основания для вынесения решения можно считать вершиной автономии воли. Вынесение решения на основании **ex aequo et bono**, т.е. по справедливости, а не по формальному закону, допускается лишь при наличии особой договоренности сторон об этом. По своей воле арбитры не могут "оторваться" от правовой системы и вынести решение на основании исключительно внутреннего убеждения.

<52> Традиционный термин "дружеский посредник" может ввести в заблуждение. Речь идет не о примирительной процедуре (медиации), склонении сторон к компромиссу для разрешения их спора, а все-таки о третейской процедуре, которая завершается вынесением обязательного для сторон решения.

По определению Рабочей группы Французского национального комитета ICC, **дружеское посредничество** - это особая миссия, возлагаемая на арбитра для принятия такого решения в споре, которое может основываться на праве, но которое в любом случае является справедливым <53>.

<53> Бертран Э. Дружеское посредничество. Отчет рабочей группы МТП Франции // Третейский суд. 2010. N 6. С. 67 - 79.

Практика арбитража **ex aequo et bono** распространена в сфере спортивного арбитража (проведение состязаний, контракты клубов с игроками), а также при разбирательстве тяжб между членами закрытых профессиональных сообществ, клубов, гильдий (антиквары, ювелиры и т.п.). В традиционном коммерческом арбитраже такие процессы довольно редки. Например, в практике ICC по этим правилам рассматривается одно дело из 200 - 300, т.е. менее 1% дел.

Скептическое отношение к этому формату разбирательства объясняется тем, что есть опасения, будто арбитры здесь вольны решать дела, как им заблагорассудится, без оглядки на договоренности сторон и контекст правовой системы, в которой они достигались. Бытует мнение, что соответствующие положения регламентов международных коммерческих арбитражей позволяют сторонам "изымать споры из-под действия права" <54>. Это представление неверно. Первым шагом в процедуре арбитража **ex aequo et bono** должно быть правоприменение, т.е. толкование событий в контексте условий контракта и норм права. Особость третейского разбирательства по "добру и справедливости" в том, что выводы, к которым третейский суд приходит в результате традиционного применения норм права, подвергаются уточнению - проверке принципами справедливости. Если результат, к которому приводит формально-юридический анализ, не позволяет восстановить баланс нарушенных отношений сторон, арбитр может внести коррективы.

<54> Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008. С. 212 - 215.

Дискуссия о применении принципов справедливости на деле относится к сфере правоприменения, поскольку предполагает рассмотрение пределов действия норм права.

Справедливость "дружеского посредника" являет себя не в изобретении новых норм, а в более гибком применении существующих норм права. Наиболее часто потребность коррекции "по совести" провоцируется ортодоксальными подходами национального правопорядка к критериям невозможности исполнения (непреодолимой силы); манипулированием техническими или формальными аргументами. "Дружескому посреднику" привычен либеральный подход к оценке обстоятельств, которые приостанавливают или прерывают течение исковой давности или, напротив, восстанавливают пропущенный срок исковой давности. Наконец, классической территорией для маневра в таком разбирательстве будет вопрос объема возмещения, будь то снижение договорной неустойки, коррекция процентов годовых, эффект положений об ограничении ответственности либо оценка действий кредитора, направленных на снижение потерь, купирование иных негативных последствий правонарушения, допущенного контрагентом.

В конце концов, право и есть рафинированное выражение справедливости, ее универсальная модель. В силу своей универсальности, однако, модель эта упрощенная. Она не может предусмотреть всего богатства жизненных ситуаций. Поэтому применение этой модели, особенно в международном контексте, на стыке правовых традиций, при стечении обстоятельств иногда может привести к девиантному результату.

В ст. 28 Закона о МКА не включен п. 2 ст. 35 исходного текста Типового закона ЮНСИТРАЛ, который гласит: "Арбитражный суд выносит решение в качестве "дружественного посредника", или *ex aequo et bono*, лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили арбитражный суд на это". В соответствии с Европейской конвенцией 1961 г. (ст. VII) одной договоренности сторон недостаточно, чтобы наделить арбитров компетенцией действовать в качестве "дружеских посредников", решать "по добру и справедливости", - необходимо, чтобы это допускалось применимым законом. Возможен вывод, согласно которому при проведении разбирательства на территории России данный порядок не легитимен, в то время как препятствий для приведения в исполнение на территории РФ решений, вынесенных "по справедливости" иностранным третейским судом, не имеется. С этим постулатом нельзя согласиться. Принципы добра и справедливости являются основой частного права, закреплены в ГК РФ (ст. 10, в которой говорится о добросовестности и недопустимости злоупотреблений). В силу свободы договора стороны контракта вольны договориться о порядке разрешения споров. Законодательные "рогатки" лишь создают предпосылки для миграции отечественного бизнеса под юрисдикцию иностранных судов и арбитража.

Глава 18. АКТЫ, ПРИНИМАЕМЫЕ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

18.1. Понятие акта, принимаемого в арбитраже

Арбитражный акт - это официальный документ, принятый в определенной законом и/или регламентом форме третейским судом либо арбитражным учреждением в пределах их компетенции и направленный на разрешение спора по существу либо вынесенный по процедурным, административным, техническим и иным вопросам, возникающим в ходе арбитражного (третейского) разбирательства.

Арбитражные акты являются обязательными для сторон, а также, в отдельных случаях, для иных лиц, в том числе должностных, организаций и граждан, если это предусмотрено действующим законодательством о международном коммерческом арбитраже и о третейском разбирательстве.

Распоряжения и требования арбитража, содержащиеся в арбитражном акте, в частности о представлении доказательств и иных материалов, даче свидетельских показаний, разъяснений, заключений, и другие требования, связанные с рассматриваемым спором, подлежат исполнению сторонами и иными лицами, участвующими в деле.

18.2. Классификация арбитражных актов

Основными арбитражными актами согласно действующему в России законодательству о

международном коммерческом арбитраже и о внутренних третейских судах (третейском разбирательстве) являются акты третейского суда (состава арбитров) в форме **решений и постановлений**.

Законодательство РФ и регламенты ПДАУ наряду с названными актами также оперируют терминами "запрос", "уведомление", "повестка" и т.п.

Отдельную нишу среди арбитражных актов занимают процессуальные акты должностных лиц и органов арбитражного учреждения, прежде всего председателя арбитража, его заместителей, президиума или совета арбитров, комитета по назначениям, а также генерального или ответственного секретаря арбитражного учреждения.

Западные арбитражные институции (LCIA, ICC, SCC и др.) для обозначения своих актов используют достаточно широкий набор понятий и отдельных технических терминов. Однако указанные арбитражные центры, действуя в рамках общего унифицированного подхода, для обозначения основного арбитражного акта в своих регламентах применяют единый термин - арбитражное решение (**award**).

Так, в частности, ст. 26.1 Регламента LCIA (2014) (ст. 26 "Арбитражное решение (решения)") гласит: "Состав арбитров может выносить отдельные арбитражные решения по различным вопросам в разное время, включая промежуточные платежи, связанные с любым иском или ответным иском (включая юридические и арбитражные расходы). Такие арбитражные решения будут иметь такой же статус, как и любое арбитражное решение, вынесенное составом арбитров".

В Регламенте SCC (2017) для обозначения принимаемых в ходе арбитража актов применяется несколько основных терминов: "решения Правления" арбитражного института (**decisions by the board**), "арбитражное решение" (**award**), "решения по отдельным вопросам" (**separate awards**) и "процедурные постановления" (**procedural rulings**), выносимые председателем состава арбитров по решению состава арбитров, и некоторые другие акты (ст. ст. 11, 41 - 48).

Понятия "решение" и "постановление" применительно к внутрироссийской ситуации в рамках действующего законодательства РФ и практики третейского разбирательства будут рассмотрены далее.

Действующее в России законодательство об арбитраже предусматривает, что по вопросам, не затрагивающим существа спора, выносится постановление (ст. ст. 16, 17, 32 Закона о МКА, ст. 35 Закона об арбитраже и др.).

Однако в Законе о третейских судах применялся термин "определение". Так, в частности, ст. 37 данного Закона была озаглавлена "Определение третейского суда", по вопросам, не затрагивающим существа спора, третейский суд был обязан выносить определения. Таким образом, произошла смена используемой законодателем терминологии, по крайней мере это непосредственно коснулось сферы деятельности внутренних арбитражей (**domestic arbitration**).

В то же время юридический смысл указанных выше норм Закона о МКА, Закона об арбитраже и уже не применяемого Закона о третейских судах, в которых законодатель оперирует терминами "постановление" и "определение", прямо свидетельствует о том, что эти термины использовались законодателем в качестве синонимов, что в целом, безусловно, не являлось верным подходом. После вступления в силу Закона об арбитраже и поправок в Закон о МКА основным арбитражным актом в российском арбитраже, не затрагивающим существа спора, стало **постановление**.

Новым, единственным в своем роде арбитражным актом, частным случаем применения законодателем данного термина можно считать запрос об оказании содействия в получении доказательств. Так, согласно нормам ст. 27 Закона о МКА и ст. 30 Закона об арбитраже сторона с согласия третейского суда может обратиться к компетентному суду с запросом об оказании содействия в получении доказательств. Государственный суд может выполнить этот запрос в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством Российской Федерации.

Напомним, что согласно определению терминов и правил толкования, установленному ст. 2 Закона о МКА и ст. 2 Закона об арбитраже, как в международном коммерческом арбитраже, так и в арбитраже для разрешения внутренних споров третейский суд означает единоличного арбитра или коллегию арбитров, сформированных для разрешения того или иного спора.

Исходя из буквального содержания норм ст. 74.1 АПК РФ и ст. 63.1 ГПК РФ, можно дать следующее определение: **запрос об оказании содействия в получении доказательств** - это арбитражный акт, направляемый третейским судом непосредственно либо выдаваемый стороне для направления в государственный суд с целью получения письменных или вещественных доказательств, иных документов и материалов.

Об отказе в исполнении запроса либо об исполнении запроса суд выносит определение, которое пересылается в третейский суд, направивший запрос. Определение об исполнении запроса может быть передано стороне третейского разбирательства, представившей запрос третейского суда, если в запросе прямо оговорена возможность получения истребуемых доказательств стороной третейского разбирательства.

Определение об отказе в исполнении запроса обжалованию не подлежит.

Тем не менее наличие в действующем законодательстве РФ специальных норм о запросе третейского суда об оказании содействия в получении доказательств - факт, безусловно позитивный и способствующий развитию арбитражного разбирательства.

Уведомление и повестка относятся к предусмотренным теми или иными правилами арбитража процедурным, техническим актам, посредством которых третейский суд или уполномоченные органы и лица арбитражного учреждения информируют, извещают, уведомляют стороны, других лиц, участвующих в деле, о ходе арбитражного разбирательства, составе третейского суда, предстоящих заседаниях и т.п. Необходимо отличать акты уполномоченных лиц и органов арбитражного учреждения (председателя, ответственного секретаря, президиума или совета, комитета по назначениям) от актов третейского суда.

Органы и уполномоченные лица арбитражного учреждения осуществляют прежде всего функции, которые арбитражный институт должен выполнять для обеспечения эффективного арбитражного разбирательства.

Акты третейского суда (постановления, решения и т.п.) принимаются им в ходе самого арбитражного разбирательства. Указанные акты могут иметь как процессуальное, так и материально-правовое значение.

Органы арбитражного учреждения, в том числе коллегиальные (президиум, комитет по назначениям и т.п.), в рамках своей компетенции принимают решения, имеющие процессуальное значение, например по вопросам, касающимся процедуры рассмотрения конкретных арбитражных дел. Решения уполномоченных органов и лиц арбитражного учреждения оформляются протоколами, постановлениями, определениями и другими актами. Виды и порядок принятия указанных актов определены регламентами и правилами арбитражных учреждений.

В частности, в число полномочий президиума арбитражного учреждения иногда входит решение ряда вопросов, связанных с формированием состава третейского суда, с рассмотрением вопросов, связанных с отводом арбитра и изменениями в составе третейского суда, однако во многих арбитражных учреждениях данные вопросы находятся в ведении председателя арбитражного учреждения либо специального органа (комитета по назначениям).

Президиум МКАС при ТПП РФ, например, имеет право продлевать сроки, установленные Регламентом для выполнения определенных процессуальных действий, Президиум также наделен соответствующими полномочиями в отношении арбитражных сборов и расходов.

Важную роль в обеспечении арбитражного разбирательства играют комитеты по назначениям. К компетенции указанных комитетов, например, в МКАС при ТПП РФ <1> отнесены вопросы, связанные с назначениями, отводами и прекращением полномочий арбитров. Решения Комитета по назначениям МКАС оформляются протоколом.

<1> Об актах уполномоченных лиц и органов МКАС при ТПП РФ см.: Положение об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ от 11.01.2017, Правила арбитража МКАС при ТПП РФ, а также правила

арбитража внутренних, корпоративных и спортивных споров (<http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/>; дата посещения - 06.04.2018).

Председатель ПДАУ также может осуществлять ряд важных процессуальных функций, отнесенных к его компетенции правилами арбитражных учреждений. Это могут быть функции по назначению арбитров, разрешению вопросов, связанных со сроками арбитражного разбирательства, и иные функции, предусмотренные правилами, в том числе по тем или иным причинам делегированные ему комитетом по назначениям. Решения председателя ПДАУ обычно оформляются постановлениями.

На ранней стадии арбитражного разбирательства, до момента формирования состава третейского суда, определенную роль в организации процесса играют акты секретариата арбитражного учреждения (постановления и т.п.). При выявлении недостатков искового заявления секретариат может предложить истцу исправить эти недостатки.

Однако после окончания формирования состава арбитров **большая** часть актов по делу принимается непосредственно этим составом, а не органами и лицами, администрирующими разбирательство. Полномочия секретариата ограничены: через секретариат главным образом осуществляется коммуникация сторон и арбитров; секретариат доводит до сведения лиц, участвующих в деле, все заявления, ходатайства, требования, а также принятые арбитрами решение и постановления.

18.3. Постановления по процессуальным вопросам

Постановление - это акт, принимаемый третейским судом по вопросам, не затрагивающим существа спора и содержания исковых требований. Постановления принимаются или выносятся по процессуальным, процедурным, финансовым, техническим и иным вопросам, возникающим в ходе арбитражного разбирательства с момента его возбуждения до вынесения решения либо до принятия постановления о прекращении арбитражного разбирательства.

Помимо третейского суда субъектами, имеющими право выносить постановления по делу, являются председатель ПДАУ и/или иное лицо (лица), специально уполномоченное законодательством и/или регламентом и осуществляющее функции по администрированию арбитража. Указанные лица принимают постановления о возбуждении арбитражного разбирательства; постановления, обеспечивающие процедуру выбора, назначения, отвода, замены арбитров; постановления по технической организации рассмотрения спора, ведению делопроизводства, по взиманию и распределению арбитражных расходов и сборов; выносят любые иные постановления, не затрагивающие полномочий третейского суда по разрешению спора.

В Законе о МКА выделяются: постановление третейского суда о своей компетенции (ст. 16); постановления и иные процессуальные акты третейского суда о принятии обеспечительных мер (ст. 17); постановление о прекращении арбитражного разбирательства (ст. 32).

Однако по аналогии с нормой ст. 35 Закона об арбитраже можно заключить, что регламентами арбитражных учреждений могут быть предусмотрены и другие постановления, выносимые по вопросам, не затрагивающим существа спора: постановления по составу третейского суда, о формировании состава третейского суда, постановления об удовлетворении или отклонении ходатайств сторон об отводе арбитров, замене арбитров и т.п.

Первым по значимости и зачастую по времени принятия с момента формирования состава третейского суда является постановление третейского суда о своей компетенции. Однако необходимо отметить, что часто выводы третейского суда по вопросу компетенции (особенно когда она имеется) излагаются не в отдельном постановлении, а в виде мотива в тексте арбитражного решения, т.е. соответствующее постановление может быть частью решения по существу спора. Так, в первом предложении п. 3 ст. 16 Закона о МКА говорится, что третейский суд может вынести постановление по заявлению об отсутствии компетенции либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора.

К постановлениям, обеспечивающим ход арбитражного разбирательства, опосредующим его этапность, переход от одной стадии процедуры к другой и т.п., относятся постановления по вопросам

движения дела. Одним из первых постановлений по делу является постановление о возбуждении арбитражного разбирательства, которое часто принимается по заявлению стороны с просьбой об арбитраже. Если без указания уважительной причины истец не представляет свое исковое заявление и стороны не договорились об ином, третейский суд прекращает разбирательство (абз. 1 ст. 25 Закона о МКА), о чем обычно выносится соответствующее постановление.

Типичными в практике являются постановления третейского суда о подготовке дела к рассмотрению, о назначении заседаний по делу, о соединении и разъединении исков, о приостановлении производства по делу и т.п. В связи со значимостью и наличием в законе отдельной нормы особо выделим постановление о прекращении арбитражного разбирательства (о котором см. далее в пар. 18.4 данной главы).

В ведущих российских и зарубежных арбитражных центрах существует практика подготовки процессуальных графиков рассмотрения спора и представления сторонами доказательств по делу; указанные графики обычно утверждаются первыми **процедурными постановлениями** состава третейского суда, которые, как правило, носят комплексный характер и содержат многочисленные предписания сторонам.

Так, например, LCIA, ICC, SCC, МКАС при ТПП РФ и многие другие арбитражные учреждения достаточно давно и широко применяют в своей практике процедурные постановления.

Первое по времени принятия его составом третейского суда комплексное постановление по делу обычно содержит:

- 1) собственно график рассмотрения спора, время и место устных слушаний по делу;
- 2) предложение каждой стороне представить на устном слушании подлинные документы, на которые сторона ссылается в подтверждение своих требований и возражений, а также подлинные документы, подтверждающие полномочия соответствующих лиц представлять такую сторону в арбитраже (доверенности, иные документы) и выдавать доверенности на представление интересов стороны в арбитраже (в том числе устав, приказ о назначении и т.п.);
- 3) указание каждой стороне дела о необходимости заблаговременного раскрытия всех без исключения дополнительных доказательств, на которые эта сторона ссылается или будет ссылаться как на основание своих требований и возражений, и предложение сообщить о доказательствах в определенный срок;
- 4) предложение каждой стороне представить составу арбитров и другой стороне требуемые документы, при необходимости с переводом (например, представить подтверждение размера ставки банковского процента (в валюте долга) в определенной стране в соответствующий период, на которую истец ссылается в исковом заявлении в обоснование размера взыскиваемых им процентов);
- 5) требование к истцу обосновать одновременное заявление требований о взыскании неустойки и процентов;
- 6) перевод определенного документа, который представлен в приложении к исковому заявлению на иностранном языке, например таможенной декларации и т.п.;
- 7) запрос сторонам представить письменные мотивированные комментарии по различным аспектам спора с указанием срока представления документов и комментариев;
- 8) предложение ответчику представить отзыв на иск, а если заявлен встречный иск, то предложение представить его;
- 9) предложение каждой стороне заблаговременно, но не позднее определенного срока сообщить третейскому суду и другой стороне о наличии у стороны любых процессуальных ходатайств или заявлений, о возможности дружественного урегулирования спора;
- 10) констатацию права каждой стороны представить третейскому суду и другой стороне в

определенный срок свои комментарии по полученным стороной документам, ходатайствам, заявлениям от другой стороны, а также свое мнение (комментарии, заявления) по любой из позиций, указанных в процедурном постановлении.

В процедурном постановлении, как правило, определяется, что представляемые сторонами документы должны быть четко структурированы и пронумерованы, а в тексте, к которому они прилагаются (к иску, отзыву на иск, к возражению на отзыв и т.п.), должно быть ясно и четко объяснено, какой документ какое обстоятельство подтверждает и каким образом он влияет на исковые требования. Документы по делу представляются сторонами в указанные сроки через секретариат ПДАУ. После истечения сроков, указанных в постановлении, никакие документы и заявления от сторон по делу третейским судом не принимаются с обычной оговоркой: если в зависимости от конкретных обстоятельств составом арбитров с учетом мнения другой стороны по настоящему делу не будет решено иное. В завершение постановляющей части третейский суд обращает внимание каждой стороны дела на то, что сторона, не последовавшая указаниям и предложениям, несет риск связанных с ее бездействием неблагоприятных последствий.

При отсутствии возражений сторон постановление дополнительно может направляться по известным третейскому суду адресам электронной почты сторон. На бумажном носителе постановление составляется для каждой из сторон и один экземпляр - для приобщения к материалам дела.

Комплексные процедурные постановления по ряду процессуальных и других вопросов выносятся третейским судом в ходе всего арбитражного разбирательства, их содержание зависит от текущей ситуации и конкретных обстоятельств, возникающих при дальнейшем рассмотрении спора.

Определенное значение имеют также **постановления третейского суда по отдельным вопросам**, например в отношении доказательств по делу (о назначении экспертизы; о проведении выездного заседания для осмотра объекта на месте; о содействии в получении доказательств; о вызове свидетелей, специалистов и др.). Третейский суд также может распорядиться (вынести постановление) о том, чтобы любые письменные доказательства сопровождалось переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом. Помимо этого третейский суд принимает решение, а значит, при необходимости выносит соответствующее постановление о том, проводить ли устное слушание по делу для представления доказательств или для устных прений, либо осуществлять разбирательство только на основе документов и других материалов. Приведенное понимание закона вытекает из нормы, сформулированной в п. 1 ст. 24 Закона о МКА.

Пункт 2 ст. 24 Закона о МКА упоминает уведомление третейского суда о слушании или заседании третейского суда, проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов, которое заблаговременно должно быть направлено сторонам. Данная норма вносит некоторый смысловой терминологический дисбаланс, но Закон не содержит запрета уведомлять стороны о любых заседаниях в форме постановления о назначении указанных заседаний и равным образом наоборот - оповещать стороны и других лиц о проведении слушаний по делу посредством уведомлений и даже повесток.

Рассматриваемые вопросы носят скорее технический характер; они разрешаются регламентами и непосредственно практикой арбитражного разбирательства того или иного арбитражного учреждения.

Все перечисленные, а также непоименованные постановления не должны затрагивать существа спора, но при этом они выносятся по всему комплексу вопросов, возникающих в ходе арбитражного разбирательства.

18.4. Постановление о прекращении арбитражного разбирательства

Порядок, основания, условия и особенности прекращения арбитражного разбирательства регулируются нормами ст. 32 Закона о МКА, а также ст. 36 Закона об арбитраже, которые корреспондируют с положениями ст. 32 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Арбитражное разбирательство прекращается двумя основными способами: принятием арбитражного решения и вынесением постановления о прекращении арбитражного разбирательства.

Так, согласно п. 1 ст. 32 Закона о МКА "арбитраж прекращается решением или постановлением третейского суда, вынесенным в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, а также прекращается автоматически в случаях, предусмотренных пунктами 3 и 4 статьи 11".

Под решением здесь понимается окончательное, финальное арбитражное решение, в котором разрешается спор по существу и которым завершается процесс арбитражного разбирательства.

Некоторые арбитражные регламенты предусматривают возможность вынесения третейским судом отдельных решений, принимаемых им либо по части исковых требований, либо по процессуальным вопросам. Так, например, § 38 Правил арбитража МКС МКАС, озаглавленный "Отдельное арбитражное решение", содержит следующую норму: "1. Третейский суд может выносить отдельные арбитражные решения по отдельным вопросам или части требований". Подобная возможность предусмотрена также в Регламенте SCC 2017 г. В данном Регламенте ст. 41 озаглавлена "Арбитражные и иные решения" (Awards and decisions) и рассматривает в том числе отдельные решения. Подобные решения (decisions) можно приравнять к постановлениям в том значении, в каком термин "постановление" употребляется в российском законодательстве, а также в регламентах отечественных арбитражных центров.

Пункты 1 и 4 § 36 Правил арбитража МКС МКАС гласят: "1. Вынесение арбитражного решения по существу спора является исключительным правомочием третейского суда по конкретному делу.

<...>

4. Вынесение арбитражного решения прекращает арбитражное разбирательство полностью или в соответствующей части".

Таким образом, если по делу не принимается окончательное решение, то рассмотрение дела прекращается постановлением о прекращении арбитражного разбирательства.

Своего рода особым случаем является "автоматическое" прекращение арбитражного разбирательства при наличии обстоятельств, предусмотренных п. п. 3 и 4 ст. 11 Закона о МКА (п. 1 ст. 32 того же Закона).

В соответствии с п. 2 ст. 32 Закона о МКА существует три вида оснований, при наличии которых третейский суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства.

Первое основание связано с правом истца прекратить арбитражное разбирательство по собственной инициативе путем отказа от своих исковых требований. В то же время истец должен ясно представлять последствия таких действий. Отказ от иска означает утрату нормативно обеспеченной возможности предъявлять ответчику материально-правовые требования, а также отказ от любых процессуальных средств защиты своих исковых требований.

Вместе с тем отказ от иска может быть следствием частичного или полного добровольного исполнения ответчиком своей обязанности. Тогда продолжение арбитражного разбирательства нецелесообразно и зачастую не имеет смысла.

В то же время ответчик обладает правом возражать против прекращения разбирательства, в том числе в случаях, когда имело место необоснованное заявление иска, а ответчик в рамках этого разбирательства заявил требование о взыскании с истца понесенных им расходов на ведение дела.

Ответчик как сторона в споре, как правило, имеет собственный охраняемый законом материально-правовой интерес. Помимо этого в ходе процесса ответчик может предъявлять третейскому суду факты выполнения своих обязательств перед истцом, доказывать правомерность своего поведения в отношениях с истцом. Все перечисленное побуждает ответчика требовать окончательного урегулирования спора путем принятия третейским судом решения. Следовательно, ответчик имеет право настаивать на продолжении разбирательства, несмотря на отказ истца от своего требования, и ходатайствовать перед третейским судом о вынесении решения по существу спора.

Единоличный арбитр либо коллегия арбитров обязаны рассмотреть как заявление истца об отказе от иска, так и ходатайство ответчика с возражениями против прекращения разбирательства. Изучив

позиции сторон, третейский суд выносит постановление либо о прекращении арбитражного разбирательства, либо об отказе истцу в удовлетворении его заявления об отзыве иска, в последнем случае по результатам рассмотрения спора выносится окончательное решение.

На практике иногда возникает вопрос о границах собственного усмотрения арбитров, возможности реализации инициативы третейского суда вынести решение при наличии заявления истца об отказе от иска и отсутствии возражений ответчика против прекращения разбирательства. Поскольку инициирование арбитражного разбирательства - это право сторон, акт их добровольного волеизъявления, оформленный в виде арбитражного соглашения, очевидно, что и прекращение разбирательства может быть инициировано самими сторонами.

Вторым основанием является ситуация, когда истец и ответчик договариваются о прекращении разбирательства и совместно ходатайствуют об этом перед третейским судом; в указанных обстоятельствах закон не предусматривает возможности отказа в удовлетворении совместного ходатайства сторон. Таким образом, третейский суд обязан вынести постановление о прекращении арбитражного разбирательства.

Третье основание для вынесения постановления о прекращении разбирательства по делу связано с внутренним убеждением и выводом третейского суда о том, что продолжение разбирательства по каким-либо причинам стало невозможным или ненужным.

Невозможность рассмотрения дела по существу зачастую возникает из-за того, что организация, являющаяся стороной арбитражного разбирательства, ликвидирована и отсутствуют правопреемники; гражданин, являющийся стороной арбитражного разбирательства, умер, объявлен умершим или признан безвестно отсутствующим.

Иногда причиной невозможности продолжения арбитражного разбирательства является поведение самого истца, в частности его бездействие. Если дело остается без движения дольше определенного регламентом срока (например, более 120 дней согласно § 43 Правил арбитража МКС МКАС), его продолжение может быть признано ненужным или невозможным. Однако есть случаи, когда ссылки на бездействие одного только истца недостаточно, а необходимо учитывать поведение обеих сторон. Так, к примеру, п. 5.5.2 Регламента Международного арбитража IUS определяет, что "в случае утраты сторонами связи с Арбитражем либо в связи с иными заслуживающими внимания обстоятельствами Состав арбитража имеет право приостановить или прекратить производство по делу" <2>. Причем заметим, что Регламент указанного арбитражного института предоставляет третейскому суду право выбора: приостановить или прекратить арбитражное разбирательство.

<2> http://www.iusea.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2&Itemid=47 (дата посещения - 06.04.2018).

Производство по делу также прекращается в случае, если не внесен регистрационный и/или арбитражный сбор либо не покрыты иные расходы по делу.

Законодательство фактически не содержит перечня оснований или причин, по которым рассмотрение исковых требований, продолжение самого разбирательства становится невозможным или ненужным. Лишь в пп. 3 п. 2 ст. 36 Закона об арбитраже, т.е. в нормативном акте о внутреннем арбитраже, законодатель акцентирует внимание на особом и, как представляется законодателю, наиболее важном случае: "3) третейский суд находит, что продолжение арбитража стало ненужным или невозможным, в том числе когда имеется вступившее в законную силу, принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда общей юрисдикции, арбитражного суда или третейского суда".

Таким образом, примерный список конкретных причин невозможности или ненужности продолжения арбитражного разбирательства может содержаться в регламенте арбитражного центра, но он должен быть открытым.

В конечном счете постановление о невозможности или ненужности продолжения разбирательства

принимает третейский суд, а если он не был сформирован, то определение выносит председатель ПДАУ либо иное лицо или орган, уполномоченный на это правилами арбитража.

После вынесения третейским судом постановления о прекращении арбитража каждой стороне должен быть передан его экземпляр, подписанный единоличным арбитром или арбитрами. При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, достаточно наличия подписей большинства членов третейского суда при условии указания причины отсутствия других подписей (п. 4 ст. 32, п. 1 ст. 31 Закона о МКА). Таким образом, постановление выносится в письменной форме и подписывается единоличным арбитром, а при формировании третейского суда - всеми его членами или большинством арбитров. В последнем случае в постановлении третейского суда указываются причины, по которым тот или иной арбитр не подписал постановление. Арбитры, имеющие особое мнение, подписывают постановление наряду с остальными; текст особого мнения прилагается к постановлению и является его частью.

Закон о МКА, однако, не предусматривает случаев, когда коллегия из трех арбитров не приходит к единому мнению и каждый из арбитров предлагает свой проект постановления. Исходя из практического опыта, норм регламентов отдельных арбитражных центров <3>, как и в случае с арбитражным решением, постановлением, вынесенным третейским судом, будет постановление, подписанное председательствующим арбитром, а тексты постановлений двух других арбитров должны учитываться в качестве их особых мнений.

<3> Так, например, ст. 26.5 Регламента LCIA (2014) предусматривает следующее: "Если для рассмотрения дела назначено более одного арбитра, и при этом состав арбитража не достигает согласия по какому-либо вопросу, решение принимается большинством голосов арбитров. При отсутствии решения по какому-либо вопросу, принимаемого большинством голосов, решение по данному вопросу выносится председательствующим арбитром". Подобная норма включена в правила арбитража большинства российских арбитражных центров.

18.5. Арбитражное решение

Закон о МКА не содержит формального определения арбитражного решения; то, что законодатель понимает под решением международного коммерческого арбитража, в определенной мере остается за рамками закона. В то же время Закон о МКА дает легальное определение арбитражного соглашения (ст. 7) и в какой-то мере раскрывает содержание понятий "мировое соглашение", "решение на согласованных сторонами условиях" (ст. 30) и др.

Как уже отмечалось, согласно нормам российского процессуального законодательства, положениям регламентов арбитражных центров ПДАУ на территории России принимают акты нескольких типов, основными из которых являются решения и постановления. Под арбитражным решением в России традиционно понимается акт, разрешающий спор по существу. Постановления и другие акты в международном коммерческом арбитраже принимаются по иным отдельным вопросам.

Дадим обобщенное определение арбитражного решения.

Арбитражное решение - это акт частного правосудия, основанный на воле сторон передать свой спор в арбитраж, принимаемый третейским судом, действующим согласно процедуре, определенной сторонами и законодательством. Решение определяет, какие права в отношении предмета спора, в каком объеме и какой стороне принадлежат.

Удовлетворяя иск полностью или в части, третейский суд не только защищает, но и восстанавливает нарушенные права истца в той мере, в какой данные права установлены и признаны решением третейского суда. При этом имущественное положение истца должно быть приведено в состояние, существовавшее до нарушения его субъективного права, либо в то положение, которое имело бы место, если бы нарушения права истца не было вовсе.

Напротив, отказывая в иске, третейский суд своим решением устанавливает, что нарушение прав истца не имело места либо отсутствуют процессуальные возможности для рассмотрения исковых

требований по существу, тем самым защищаются права ответчика.

Решение третейского суда выносится в ходе арбитражного разбирательства. Однако сам факт начала арбитражного разбирательства автоматически не означает, что третейский суд приступил к рассмотрению исковых требований по существу. Решение может быть принято без исследования многих обстоятельств, относящихся к существу спора, например размера убытков, если ответчик заявит об истечении срока исковой давности для обращения в суд и это обстоятельство найдет подтверждение. При установлении факта пропуска срока исковой давности без возможности его восстановления третейский суд принимает решение об отказе в иске.

Арбитражное решение защищает и/или восстанавливает имущественные и иные связанные с ними права (интересы) сторон - физических и юридических лиц в сфере гражданского оборота - и может быть исполнено в принудительном порядке. Решение международного коммерческого арбитража является юридическим фактом, порождающим, изменяющим или прекращающим правоотношения сторон арбитражного разбирательства; оно окончательно и обязательно для сторон и иных лиц, которые обязаны его признать и совершить на его основании юридически значимые действия.

Государственный суд не имеет права рассматривать спор и обязан прекратить производство по делу, в отношении которого третейский суд уже принял решение.

Помимо решения по существу спора - основного акта, разрешающего спор и подводящего финальную черту, существуют иные виды арбитражных решений: арбитражное решение по отдельным вопросам или части требований; дополнительное арбитражное решение, вынесенное в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в решении; акты, имеющие юридическую силу арбитражных решений и потому считающиеся разновидностью такового: постановление третейского суда об исправлении допущенных в решении ошибок в подсчетах, описок или опечаток либо иных ошибок аналогичного характера и постановление, содержащее толкование решения. Все перечисленные акты в силу нормы абз. 3 п. 1 ст. 33 Закона о МКА являются составными частями арбитражного решения.

Пунктами 1 и 2 ст. 34 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ установлено, что помимо окончательного арбитражного решения арбитражный суд вправе выносить отдельные арбитражные решения по различным вопросам в разное время. Все арбитражные решения излагаются в письменной форме, являются окончательными и обязательными для сторон <4>.

<4> Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году): <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-R.pdf> (дата посещения - 06.04.2018).

Наиболее полный перечень характерных признаков решения третейского суда, отличающих его от иных правоприменительных актов, приводит И.М. Чупахин: "Во-первых, арбитражное решение в первую очередь является актом применения права, причем в целях ограничения его от правоприменительных актов иных юрисдикционных органов необходимо особо подчеркнуть частноправовой характер органа, уполномоченного его принимать.

Во-вторых, решение третейского суда принимается в порядке, установленном сторонами, при условии, что указанный порядок не противоречит императивным положениям действующего законодательства.

В-третьих, арбитражное решение принимается третейскими судьями (арбитрами), которые были избраны или назначены в порядке, установленном сторонами.

В-четвертых, с учетом того, что третейское разбирательство не является универсальным способом защиты гражданских прав, предметом арбитражного решения могут быть только гражданские правоотношения и при наличии заключенного, действительного и исполнимого третейского (арбитражного) соглашения.

В-пятых, решение третейского суда разрешает переданный спор по существу полностью либо в какой-либо его части.

В-шестых, арбитражное решение обладает свойством (качеством) окончательности, что предполагает его вступление в законную силу с момента принятия, вследствие чего оно не может быть пересмотрено по существу, за исключением особенностей ряда национальных правовых систем.

В-седьмых, решение третейского суда может быть отменено компетентным судом в особой процедуре и по ограниченному перечню оснований.

В-восьмых, поскольку арбитражное решение является результатом деятельности частных лиц, следует подчеркнуть, что его исполнение по общему правилу осуществляется в добровольном порядке, в противном случае оно обеспечивается принудительной силой государства после получения экзекватуры.

В-девятых, решение третейского суда является как процессуальным юридическим фактом, так и материально-правовым" <5>.

<5> Чупахин И.М. Решение третейского суда: теоретические и прикладные проблемы. М., 2015. С. 28. Цит. по: СПС "КонсультантПлюс".

18.5.1. Форма, структура и порядок принятия арбитражного решения

Согласно норме п. 1 ст. 31 Закона о МКА решение арбитража должно быть вынесено в письменной форме и подписано единоличным арбитром или арбитрами.

Само решение - это объективный результат арбитражного разбирательства, его главный итог. Арбитражное разбирательство прекращается вынесением окончательного, как правило, мотивированного арбитражного решения, которое является обязательным для сторон (см., например, § 36 Правил арбитража МКС МКАС, ст. ст. 41, 46 Регламента SCC). Окончателность решения коммерческого арбитража (**res judicata**) определяет его законную силу, что означает обязательность его исполнения сторонами.

Письменная форма решения подразумевает закрепление на электронном и бумажном носителях текста, подписанного арбитрами. Решение обретает свою предусмотренную законом форму в результате совершения целой серии последовательных действий: составления проекта решения, обсуждения его содержания (если решение выносится коллегией арбитров); при необходимости, а также в случаях, предусмотренных регламентами, возможно внесение в проект изменений и дополнений. Далее решению придается окончательная, или финальная, форма; текст решения подписывается. Он должен содержать реквизиты сторон, арбитражного центра (если разбирательство осуществляется при его администрировании) - атрибуты подлинности решения.

Объективирование решения через письменную форму есть неперемное условие его исполнимости. Подлинное письменное решение, его заверенная копия необходимы в ходе добровольного исполнения решения, а также при обращении взыскателя за принудительным исполнением арбитражного решения (ст. IV Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ст. ст. 35, 36 Закона о МКА, гл. 31 АПК РФ) или при инициировании ответчиком процедуры отмены арбитражного решения (ст. 34 Закона о МКА, гл. 30 АПК РФ).

В отличие от решения государственного суда арбитражное решение должно содержать постановление по ряду дополнительных вопросов: о компетенции арбитров и процессе формирования состава третейского суда. Кроме того, в решении должно быть отражено применимое к спору материальное право, могут быть указаны язык арбитражного разбирательства, место проведения слушаний и некоторые другие составляющие. Невнимательное отношение к особенностям арбитражного решения, небрежение к тем или иным деталям арбитражного разбирательства могут существенно затруднить либо в отдельных случаях сделать невозможным исполнение решения международного коммерческого арбитража.

Арбитражное решение условно делится на следующие части: на вводную, описательную, мотивировочную и резолютивную. Каждая из данных частей может включать несколько разделов.

Вводная часть решения содержит наименование арбитражного учреждения и номер дела, если ПДАУ администрировало арбитраж, либо указание на то, что это решение арбитража **ad hoc** с указанием регламента, по которому осуществлялось разбирательство. Необходимо также указать место, дату вынесения решения, фамилии и имена арбитров или имя и фамилию единоличного арбитра, а также докладчика (административного секретаря), наименования сторон (фамилии и имена сторон, если таковые являются физическими лицами), фамилии и имена представителей сторон. При отсутствии в заседании стороны, ее представителей об этом делается соответствующая запись.

В **описательной части** излагаются ход арбитражного разбирательства, в том числе процесс формирования третейского суда, описание результатов устных слушаний, содержание и результаты рассмотрения процессуальных ходатайств сторон, позиции сторон как по вопросам процедуры, в том числе компетенции третейского суда, так и по вопросам применимого права и существа спора.

Излагаемые позиции сторон по существу спора, в частности, включают: предмет и суть спора, размер исковых требований (если они подлежат оценке), позицию ответчика, содержание встречного иска, если он был заявлен.

Мотивировочная часть решения условно состоит из двух разделов: процедурного и материально-правового.

При отсутствии в заседании одной из сторон, ее представителей или обеих сторон, их представителей об этом делается соответствующая запись, обосновывается вывод о том, почему арбитр или состав арбитров (третейский суд) считает возможным вынести решение в отсутствие указанных лиц. Например, в деле имеется ходатайство стороны о рассмотрении спора в ее отсутствие либо есть доказательства того, что отсутствующая (непредставленная) сторона была должным образом уведомлена о месте и времени устных слушаний, и имеются основания рассмотреть дело в отсутствие стороны или ее представителя.

Далее излагаются вопросы применимого арбитражного закона и регламента. Если место арбитража находится на территории Российской Федерации, то для определения компетенции арбитражного форума рассматривать тот или иной спор и содержания выносимого решения в части такого определения в качестве **lex loci arbitrorum** применяется Закон о МКА. Важно также установить регламент и иные правила арбитражного учреждения, подлежащие применению, для чего арбитры анализируют текст арбитражного соглашения, который целесообразно воспроизводить в решении полностью.

Третейский суд делает вывод об арбитрабельности спора, устанавливает международный характер, который возник при осуществлении экономического сотрудничества между субъектами из различных государств.

Таким образом, третейский суд приводит нормы законодательства, регламента и договора, на основании которых делается вывод о наличии либо отсутствии полномочий рассматривать те или иные исковые требования, в том числе исходя из компетенции ПДАУ администрировать определенные категории споров и вынести окончательное решение. Вывод о компетенции отражается непосредственно в тексте арбитражного решения либо в отдельном постановлении.

В решении приводятся выводы арбитров, принятые по процедурным ходатайствам сторон, в частности об отложении заседаний, о приобщении к материалам дела дополнительных документов, о нарушении процессуальных норм той или другой стороной и т.п.

Особым мотивом решения являются выводы третейского суда о применимом материальном праве.

Важнейший раздел мотивировочной части решения - выводы суда по существу спора. Третейский суд устанавливает действительный фактологический состав спора, исследует обстоятельства дела. Результатом данного анализа является заключение третейского суда о принятии или непринятии тех или иных доказательств, аргументов и доводов сторон. В данном разделе отражается правовая позиция арбитров по спору, приводятся нормы законодательства, положения договоров и иные основания,

которыми руководствовался третейский суд при рассмотрении определенного требования.

В завершение рассмотрения каждого из исковых требований третейский суд формулирует вывод о его удовлетворении или отклонении.

Мотивировочная часть решения также содержит вывод третейского суда о распределении между сторонами арбитражных расходов и сборов, а также о взыскании иных издержек, возникших в связи с арбитражным разбирательством.

В **резюлютивной части** формулируется резюме решения, определяется, в какой мере удовлетворяются исковые требования, либо указывается, что суд пришел к выводу оставить ту или иную часть исковых требований без рассмотрения либо отказать в их удовлетворении.

Кроме того, третейский суд обязан указать сумму арбитражных расходов, а также распределить данные расходы между сторонами. Решение должно быть подписано третейскими судьями <6>, а при необходимости содержать срок и порядок его исполнения, в том числе срок добровольного исполнения решения.

<6> Правила, относящиеся к подписанию арбитражного решения, будут изложены далее.

Значительная часть споров разрешается коллегиями арбитров, как правило, в составе трех арбитров. Однако в практике арбитражного разбирательства хотя и довольно редко, но бывают случаи, когда коллегия арбитров или третейский суд избирается в количестве пяти и более членов. Порядок вынесения решения коллегией арбитров установлен в ст. 29 Закона о МКА: "При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, любое решение третейского суда, если стороны не договорились об ином, должно быть вынесено большинством арбитров". Помимо этого Закон о МКА определяет, что "при арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, достаточно наличия подписей большинства членов третейского суда при условии указания причины отсутствия других подписей" (п. 1 ст. 31). Периодически возникают случаи, когда один из арбитров по тем или иным причинам (длительная командировка, болезнь, смерть и т.п.) физически не имеет возможности подписать уже принятое арбитражное решение. Кроме того, арбитр может иметь свое особое мнение и по профессиональным или иным мотивам не соглашаться с вынесенным коллегией решением.

Арбитражное решение принимается после объявления о завершении слушаний по делу на закрытом заседании состава арбитров. Закон о МКА практически не содержит императивных норм относительно порядка принятия решения коллегией арбитров, тайны "совещательной комнаты", процедур обмена мнениями, распределения обязанностей между арбитрами по составлению проекта решения и т.п. Указанные вопросы разрешаются самими арбитрами на основе норм регламентов, если таковые имеются; если нет, то вопросы внутренней процедуры решаются составом арбитров самостоятельно. Заметим, что ст. 29 Закона о МКА вводит следующее диспозитивное правило: "Вопросы процедуры могут разрешаться арбитром, являющимся председателем третейского суда, если он будет уполномочен на это сторонами или всеми другими арбитрами". Как правило, проект решения готовит председатель коллегии арбитров; возможен вариант обмена проектами решения для дальнейшего согласования финального текста решения. Важно также установить сроки представления проекта или проектов решения, замечаний по нему, срок представления особого мнения, если арбитр пожелает его выразить.

Нормы ст. 29 и п. 1 ст. 31 Закона о МКА определяют, что решение коллегии арбитров, если стороны не договорились об ином, должно быть вынесено большинством арбитров. Однако Закон не устанавливает правил, непосредственно разрешающих ситуацию, когда все три арбитра имеют разные мнения, не могут прийти к решению большинством голосов членов коллегии и отказываются подписывать единый текст решения. Безусловно, в данном случае стороны имеют право самостоятельно определить и сформулировать правила в отношении случаев, когда каждый член коллегии арбитров принял свое решение, существенно отличающееся от решений коллег, это особенно актуально при арбитраже **ad hoc**. Однако, как правило, стороны не входят в такие процедурные тонкости, поэтому пути выхода из подобного процессуального "тупика" могут и должны содержать регламенты арбитражных центров.

Так, к примеру, п. 3 § 36 Правил арбитража МКАС содержит следующую норму: "Арбитражное

решение принимается в письменной форме. Если стороны не договорились об ином, арбитражное решение принимается большинством арбитров. Если арбитражное решение не может быть принято большинством арбитров, оно принимается председателем третейского суда". Пункт 1 ст. 31 Регламента ICC гласит: "В случае, когда арбитражный трибунал состоит более чем из одного арбитра, решение выносится большинством голосов. При отсутствии большинства решение выносится только президентом арбитражного трибунала". Подобное правило содержат регламенты других арбитражных центров, например п. 1 ст. 41 Регламента SCC.

Есть несколько причин для закрепления в регламентах данной нормы. Во-первых, какой бы тщательной ни была процедура формирования состава арбитров, у сторон зачастую остаются сомнения в беспристрастности и объективности арбитра, кандидатура которого выдвинута противоположной стороной. Во-вторых, несмотря на то, что ситуации, в которых у "арбитров от сторон" диаметрально различные мнения по существу спора, относительно редки, они тем не менее происходят. Поэтому вполне логична и оправданна норма, позволяющая председателю коллегии арбитров при подобных обстоятельствах принять решение.

Актуальным является блок вопросов, связанных с порядком доведения до сторон результатов рассмотрения дела.

Закон о третейских судах, в отличие от Закона о МКА, императивно требовал объявления резолютивной части решения. В Законе об арбитраже такой нормы не имеется, и в настоящее время правила арбитража и практика ведущих российских арбитражных центров (МКАС при ТПП РФ, Арбитражный центр при РСПП) при разрешении как международных коммерческих, так и внутренних споров идут по пути необъявления резолютивной части решения, что соответствует традициям и подходам ведущих иностранных центров при проведении арбитража в зарубежных проарбитражных юрисдикциях. Нецелесообразность, а во многих случаях невозможность объявления резолютивной части решения по окончании устных слушаний связана с тем, что арбитрам требуется тщательно изучить доводы сторон, свидетелей, экспертов, заявленные в ходе устных слушаний, оценить доказательства, произвести сложные расчеты. В ряде случаев арбитры не могут прийти к единому мнению относительно исхода спора. Таким образом, по окончании устного слушания третейский суд, как правило, объявляет об окончании устных слушаний и о том, что он переходит к вынесению решения, которое будет направлено сторонам в сроки, предусмотренные регламентом.

Ряд практических вопросов возникает, когда арбитражное решение подписано не всем составом арбитров. Если в государственном суде сам факт отсутствия подписи одного из судей в постановлении или ином акте является основанием для отмены судебного акта, то в третейском суде или в международном арбитраже отсутствие в решении подписи одного арбитра, как правило, не лишает решение коммерческого арбитража юридической силы и не является основанием для отмены такого решения (см. п. 1 ст. 31 Закона о МКА). Так, в 2005 г. одним из кассационных судов было рассмотрено ходатайство стороны арбитража об отмене решения третейского суда на основании того, что, по мнению обратившегося, состав третейского суда не соответствовал соглашению сторон и федеральному закону <7>. В ходе разбирательства было установлено, что решение третейского суда подписано только двумя членами коллегии из трех судей, входящих в состав третейского суда; причины отсутствия подписи третьего арбитра в решении отражены не были. Суд пришел к выводу, что закон допускает возможность подписания решения двумя судьями при рассмотрении дела в коллегиальном составе из трех судей. Было установлено, что один третейский судья отказался подписать решение в связи с наличием у него особого мнения по спору, однако текст особого мнения указанный судья не составил и не приобщил к делу. Поскольку возможность принуждения третейского судьи подписать решение не предусмотрена законом, суд применил норму п. 1 ст. 33 Закона о третейских судах, в силу которой решение может быть подписано большинством третейских судей, входящих в состав третейского суда, при условии указания уважительной причины отсутствия подписей других третейских судей.

<7> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 06.04.2005 по делу N Ф08-1326/2005 // СПС "КонсультантПлюс".

В самом решении третейского суда причины отсутствия подписи третейского судьи не указаны,

однако эти причины подробно изложены третейским судом в отдельном документе (в информационном письме по делу). Следовательно, при таких обстоятельствах оснований для отмены решения третейского суда нет.

Причина отсутствия подписи одного из арбитров может носить как объективный (смерть, тяжелая болезнь и т.п.), так и субъективный характер (ничем не обусловленный либо, наоборот, мотивированный отказ подписать решение, например на основании несогласия арбитра с содержанием решения, и др.). Алгоритм действий в случае отсутствия в решении подписи одного из арбитров в законе не установлен, это прерогатива самих арбитражных учреждений и специальных норм их регламентов. Как правило, причины невозможности подписания арбитрам решения указываются в решении председателем арбитражного учреждения либо лицом, специально уполномоченным на это регламентом. Датой вынесения решения в данном случае может быть дата удостоверения председателем арбитража или иным лицом этого обстоятельства.

Однако арбитражное решение, вынесенное в отсутствие одного из арбитров, квалифицируется как нарушающее основополагающие принципы российского права. Так, Президиум ВАС РФ, отменяя решение МКАС при ТПП РФ, констатировал, что вынесение решения без участия арбитра, назначенного одной из сторон, означает полную утрату им возможности влиять на процесс выработки решения арбитража, что является нарушением принципа равенства сторон при разрешении спора, а следовательно, нарушением основополагающих принципов российского права (публичного порядка). При невозможности участия арбитра в подготовке проекта решения по завершении слушаний по делу, в том числе по объективным обстоятельствам, например в связи со смертью арбитра, решение может быть вынесено неполным составом арбитров только в исключительных случаях, когда со всей очевидностью следует, что отсутствующий арбитр принимал участие в процессе вынесения указанного решения по делу, высказал свое мнение и смог донести свою позицию до других арбитров.

Президиум ВАС РФ отметил, что каждому из арбитров должна быть предоставлена равная возможность принять участие в обсуждении решения и разработке проекта решения. Только в этом случае соблюдается принцип равного представительства сторон в составе арбитров, а значит, гарантируется справедливость арбитражного разбирательства и равенство сторон <8>.

<8> Постановление Президиума ВАС РФ от 20.07.2010 N 4325/10 по делу N А40-96594/09-68-760 // СПС "КонсультантПлюс".

Таким образом, факт непривлечения одного из арбитров к процессу вынесения решения, т.е. принятие решения неполным составом арбитров (двумя арбитрами в отсутствие третьего), нарушает основополагающие принципы применимого права и противоречит публичному порядку страны, где было вынесено решение. Вместе с тем возможное сознательное уклонение какого-либо арбитра от участия в вынесении решения не должно парализовать данный процесс, в этом случае правомерным будет вынесение решения большинством арбитров.

18.5.2. Особое мнение арбитра

Особое мнение арбитра уже давно стало частью правовой культуры и обычно не вызывает удивления или какого-либо неприятия у участников разбирательства, напротив, зачастую особое мнение одного арбитра помогает другим арбитрам более четко сформулировать свою позицию, заставляет взглянуть на известные факты под другим углом, что-то уточнить, сделать решение более мотивированным и продуманным.

Закон о МКА фактически не регламентирует вопросы, связанные с особым мнением арбитра. Однако п. 1 ст. 34 Закона об арбитраже определяет, что "арбитражное решение принимается в письменной форме и подписывается единоличным арбитром или арбитрами, в том числе арбитром, имеющим особое мнение. Особое мнение арбитра прилагается к арбитражному решению".

Очень важно, что действующее российское законодательство и арбитражные регламенты не ограничивают доступ сторон к ознакомлению с особым мнением арбитра. Так, п. 3 § 36 Правил арбитража МКС МКАС определяет, что "арбитр, не согласный с принятым арбитражным решением, может изложить в

письменном виде свое особое мнение, которое прилагается к арбитражному решению".

Подчеркнем, что арбитр, выразивший особое мнение, имеет право указать обстоятельства, в связи с которыми он не согласен с принятым решением, и приложить обоснование своего мнения в письменной форме к решению.

Особое мнение в арбитражном разбирательстве - это правовая позиция арбитра, которая не совпадает с позицией большинства арбитров, выраженной в арбитражном решении.

В ряде случаев особое мнение арбитра может быть представлено в форме или в виде проекта отдельного решения по всем вопросам или требованиям истца, поставленным перед третейским судом.

Впоследствии особое мнение может лечь в основу нового арбитражного решения, например, после отмены основного, первого по времени принятия решения либо стать корпусом аргументов, базисом для отмены решения государственным судом в рамках процедуры оспаривания арбитражного решения. Особое мнение может лечь в основу постановления третейского суда об отсутствии или, напротив, наличии у арбитража компетенции рассматривать тот или иной спор.

Важно, чтобы особое мнение арбитра было мотивированным, содержало ссылки на контракты, иные документы, договоренности спорящих сторон, обстоятельства дела, факты, на которые опирается арбитр, указания на правовые принципы, концепции, нормы права по возможности с развернутым или кратким комментарием арбитра.

Следует согласиться с рядом коллег, которые считают, что обоснованное особое мнение арбитра имеет позитивное значение. Как отмечают Р. Моск и Т. Гинсберг, мотивированные мнения заставляют других арбитров в трибунале действовать ответственно при принятии арбитражного решения и, следовательно, повышают его качество <9>.

<9> Краткий и содержательный обзор взглядов на природу и значение особого мнения см.: Зыонг Тхи Тху Хыонг. Гарантии независимости и беспристрастности арбитров в международном коммерческом арбитраже (на примере Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам: Дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2016. С. 142 - 150 // http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/Zyong_dissertatsia.pdf; дата посещения - 07.04.2018).

Статистика показывает, что большинство особых мнений выражается арбитром в пользу стороны, которая его назначала (избрала). Например, по годовой статистике ICC в Париже в 2001 г. было всего 24 особых мнения, среди них 22 были в пользу стороны, назначившей (избравшей) арбитра, выразившего особое мнение <10>.

<10> Там же. С. 149.

Немотивированное особое мнение скорее можно отнести к мнению наблюдателя, участника процесса, иногда представителя стороны, чем к правовой позиции арбитра по делу. Если при этом данное особое мнение выражено арбитром, избранным (назначенным) стороной, содержит оценочные и не подкрепленные документально суждения в пользу указанной стороны, то с большей или меньшей степенью обоснованности правомерно утверждать, что арбитр не в полной мере осознает свою роль и обязанность быть беспристрастным и независимым третейским судьей, а не первым полномочным представителем стороны в коллегии арбитров.

Сам факт наличия в материалах дела немотивированного мнения арбитра, выраженного в пользу стороны, избравшей (назначившей) его, не может быть основанием для отвода данного арбитра, однако это обстоятельство может обращать на себя внимание. Если в деле имеется два противоположных особых мнения, то решение будет вынесено председателем третейского суда.

По вопросу о природе особого мнения существует три основных подхода. Суть первого подхода

проста: особое мнение не является частью арбитражного решения, поскольку оно не влияет на юридическую силу решения. Законодательство об арбитраже в ряде стран вообще не упоминает право арбитра выразить особое мнение <11>.

<11> Закон Вьетнама "О коммерческом арбитраже" 2010 г.; Закон Нидерландов "Об арбитраже" 2015 г. и мн. др.

Приверженцы второго направления считают, что особое мнение - неотъемлемая часть решения, корпус оснований для возможной отмены арбитражного решения государственным судом в рамках процедуры оспаривания арбитражного решения, а также база для вероятного будущего арбитражного решения. В рамках этого подхода особое мнение является составной частью решения, так как разделяет его "процессуальную судьбу".

Третий подход заключается в том, что особое мнение есть лишь частное мнение отдельного арбитра. В некоторых странах оно даже не прилагается к решению, а либо отражается в протоколе, либо в виде отдельного документа содержится в деле, в такой форме с особым мнением могут знакомиться стороны и остальные арбитры. Так, например, в Китае ст. 53 закона КНР "Об арбитраже" 1994 г. определяет, что решение арбитражной комиссии должно приниматься большинством голосов арбитражных судей. Мнения меньшинства арбитражных судей, не согласных с принятым решением, должны быть отражены в протоколе. В том случае, если мнения арбитражных судей разделились поровну, арбитражное решение выносится вердиктом главного арбитражного судьи.

Решение вместе с особым мнением может быть опубликовано при наличии согласия сторон либо в случае исполнения решения в принудительном порядке. Неисполнение арбитражного решения в добровольном порядке автоматически означает согласие ответчика на публикацию решения после обращения взыскателя к механизму принудительного исполнения решения. Принцип конфиденциальности решения действует до тех пор, пока стороны соблюдают его, выполняя предписания арбитража, собственным поведением и добровольным исполнением решения сохраняя тайну своих отношений и обращения в арбитраж.

Фактор времени также имеет значение. Регламентом может быть определен срок, по истечении которого с предварительным уведомлением сторон либо без уведомления при отсутствии возражений сторон решение публикуется, к примеру, в разделе практики соответствующего арбитражного учреждения.

18.5.3. Дата и место вынесения решения

В любом арбитражном решении должны быть указаны дата и место его принятия. Дата вынесения решения обозначает момент начала течения или точку для отсчета ряда сроков. Так, от даты арбитражного решения начинается исчисляться срок добровольного исполнения решения, с момента принятия решения в окончательной форме оно становится обязательным для сторон, так же исчисляются сроки, установленные законодательством для оспаривания или принудительного исполнения арбитражного решения. Кроме того, от даты вынесения решения определяется срок, отведенный законом или регламентами составу арбитров для исправления ошибок в подсчетах, опечаток или опечаток либо иных ошибок аналогичного характера, которые состав арбитров имеет право исправить по собственной инициативе.

Арбитражное решение, в котором не указана дата его принятия, по инициативе третейского суда или стороны разбирательства может быть исправлено и приведено в соответствие с требованиями законодательства (п. 2 ст. 33 Закона о МКА), а также нормами регламентов арбитражных центров.

Регламенты различных арбитражных центров содержат правила для определения даты арбитражного решения. Так, например, п. 2 § 37 Правил арбитража МКС МКАС устанавливает: "2. Дата вынесения арбитражного решения определяется с учетом даты последней подписи арбитра, входящего в состав третейского суда.

Если кто-либо из арбитров не может подписать арбитражное решение, Председатель МКАС

удостоверяет это обстоятельство с указанием причин отсутствия подписи арбитра. В таком случае дата вынесения арбитражного решения определяется по дате удостоверения этого обстоятельства Председателем МКАС".

Общие правила относительно места арбитража и, следовательно, места принятия арбитражного решения изложены в ст. 20 и п. 3 ст. 31 Закона о МКА. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража. При отсутствии такой договоренности место арбитража устанавливается третейским судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон. Арбитражное решение считается вынесенным в месте, определенном сторонами либо третейским судом.

18.5.4. Мотивированное и немотивированное арбитражное решение. Решения третейских судов "по совести" (bonae fidei iudicia) и третейских судов, разрешающих споры методом "дружественных посредников"

Согласно классическим подходам в международном коммерческом арбитраже в зависимости от воли сторон могут выноситься как мотивированные, так и немотивированные решения, что является традиционным и признанным законодательством ряда стран мира преимуществом этого альтернативного способа разрешения споров перед тяжбой в государственном суде.

Однако в п. 2 ст. 31 Закона о МКА содержится требование об обязательности указания мотивов, на которых арбитражное решение основано, вывода об удовлетворении или отклонении исковых требований, указания суммы арбитражного сбора, других расходов и их распределения между сторонами. Следовательно, **международные коммерческие арбитражи, разрешающие споры на территории РФ, могут выносить только мотивированные арбитражные решения**. По мнению значительной части российских специалистов в области коммерческого арбитража, современная практика ведущих арбитражных центров идет по пути подготовки четко структурированных и достаточно подробных решений, что, как правило, свидетельствует о высокой квалификации и правовой культуре прежде всего арбитров, выносящих решение. Арбитражные учреждения деятельно участвуют в процессе совершенствования формы арбитражных решений, в частности принимают различные руководства, выносят рекомендации, разрабатывают оптимальные "модели" оформления решений.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ в п. 2 ст. 31 закрепляет три варианта арбитражного решения: обычный вариант - традиционное мотивированное решение - и два исключения из правила: первое - немотивированное решение, принятое по воле сторон; второе - арбитражное решение на согласованных условиях в соответствии со ст. 30 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Под немотивированным решением следует понимать основанное на воле сторон арбитражное решение без указания мотивов его принятия либо решение, содержащее лишь ссылки на нормы договора, применимого права и, возможно, краткую констатацию позиции арбитров, своего рода квинтэссенцию того понимания обстоятельств, на основе которого данное решение принято.

Относительно вопроса о необходимости вынесения мотивированных решений в правовой науке существует два основных подхода. В ряде европейских стран сохраняется традиция требовать вынесения преимущественно мотивированных решений, в законодательстве этих стран содержится императивная норма об изложении мотивов принятого решения. Второй подход ставит обязательность указания в решении мотивов в зависимость от воли сторон, такой трактовки придерживается законодательство Германии, Дании, США и некоторых других стран.

Законодательство отдельных штатов США предъявляет к арбитражным решениям всего два обязательных требования: письменная форма решения и наличие подписей лиц, его принявших. Видный специалист в области альтернативных способов разрешения споров Е.И. Носырева отмечает, что американские коллеги объясняют подобный упрощенный подход к содержанию решения тем, что стороны при обращении в коммерческий арбитраж заинтересованы прежде всего в конечном результате, а не в мотивированном решении <12>.

<12> Носырева Е.И. Альтернативное разрешение споров в США. М., 2005. С. 115 - 117.

По свидетельству Е.И. Носыревой, американский законодатель даже предусмотрел возможность заключения так называемых **high-low arbitration clauses** - арбитражных соглашений, заключаемых сторонами по спорам, связанным с взысканием денежных средств, в которых истец определяет максимальную сумму, на взыскание которой претендует, а ответчик указывает минимальную сумму, на выплату которой он согласен. Эти суммы определяют верхнюю и нижнюю границы резолютивной части будущего решения <13>.

<13> Носырева Е.И. Указ. соч. С. 115.

Поскольку законодательство ряда стран мира, а также регламенты авторитетных арбитражных институтов допускают существование немотивированных решений <14>, арбитражное решение не может быть отменено или заявителю не может быть отказано в исполнении решения только на том основании, что решение является немотивированным.

<14> Исключение составляет Арбитражный регламент ICC, который требует, чтобы арбитражное решение было мотивированным (п. 2 ст. 31).

Безусловно, подавляющее большинство арбитражных решений являются мотивированными. Признавая важность наличия в решении мотивов, следует принимать во внимание доводы в пользу существования, а в отдельных, немногочисленных случаях и полезности немотивированных решений. Наиболее значимая польза от таких решений - исключение самой возможности для проигравшей стороны оспорить арбитражное решение в государственном суде по причине несогласия с его мотивировочной частью. Представители проигравших сторон, а иногда и третьи лица, прибегая к подобным некорректным тактикам, провоцируют государственных судей к вмешательству в суть третейского разбирательства, пытаются противопоставить подходы арбитров и судебную практику на основании различий в доводах, подходах к оценке доказательств и мотивации решений. Тем самым нарушается принцип окончательности арбитражного решения. Немотивированное решение третейского суда **volens-nolens** исключает или определенно затрудняет не санкционированное законом вмешательство судов в деятельность третейских судов в части разрешения ими споров по существу.

С другой стороны, подробное изложение мотивов третейского решения создает предпосылки для изучения национальными судами данных мотивов на предмет их соответствия применимому материальному праву, что повышает риск отказа в признании и исполнении либо отмены такого решения. "Торпедирование" арбитражных решений на основе ходатайств, содержащих ссылки на неверную или недостаточную мотивированность арбитражного решения, на противоречия мотивов законодательству, зачастую связано с попыткой проигравших сторон добиться конкретных целей при идеологической поддержке отдельных специалистов, желающих превратить российские коммерческие арбитражи в "нулевую или самую первую" инстанцию государственного суда.

Для законодательного допущения немотивированных арбитражных решений необходимо изменить п. 2 ст. 31 Закона о МКА и привести его в соответствие с нормой п. 2 ст. 31 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Особняком в ряду арбитражных решений стоят решения, принимаемые третейскими судами "по совести" (**bonae fidei iudicia**), или решения третейских судов, разрешающих споры методом "дружественных посредников" (**amiable compositeurs**) на основе справедливости и основных принципов права.

Стороны могут исключить применение к их спору законодательства какой-либо конкретной страны и подписать арбитражное соглашение о рассмотрении спора на основе общих положений и принципов международного торгового права либо передать свой спор на "суд совести" третьего лица - арбитра (арбитров).

Так, в частности, ст. VII Европейской конвенции 1961 г. предусмотрено, что, если стороны

договорились, а применимый закон это допускает, арбитры вправе вынести решение в качестве "дружественных посредников". Типовой закон ЮНСИТРАЛ (п. 3 ст. 28) также предусматривает при наличии соответствующего соглашения сторон возможность вынесения решения по справедливости (**ex aequo et bono**) или в качестве "дружественного посредника" (**amiable compositeur**).

Третейские суды "по совести" и третейские суды, разрешающие споры методом "дружественных посредников", принимают как мотивированные, так и немотивированные арбитражные решения. Мотивированное решение, вынесенное указанными третейскими судами, несколько отличается от обычного арбитражного решения - мотивы удовлетворения или отклонения исковых требований, доводы арбитров зачастую не основаны на законодательстве той или иной страны.

Так, п. п. 2, 3 ст. 35 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в ред. 2010 г.) определяют следующее: "2. Арбитражный суд выносит решение в качестве "дружественного посредника" или **ex aequo et bono** лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили арбитражный суд на это.

3. Во всех случаях арбитражный суд принимает решение в соответствии с условиями договора, при наличии такового, и с учетом любых торговых обычаев, применимых к данной сделке".

Однако внутри России такие способы альтернативного разрешения споров, как суды "по совести" (**ex aequo et bono**) или вынесение третейским судом решения методом "дружеских посредников", не встречают поддержки со стороны законодателя и консервативной части исследователей и судейского корпуса. Как справедливо отмечает О.Ю. Скворцов, "российское законодательство отказалось от третейского суда по совести. В настоящее время можно говорить о том, что российское законодательство выстраивает правовую конструкцию третейского суда по закону. Между тем третейское судопроизводство по совести (по справедливости) имеет глубокие традиции как в истории российского судопроизводства, так и широкое распространение в юрисдикциях иностранных государств. Виднейшие российские юристы, занимавшиеся проблемами судостройства и третейского разбирательства, отмечали, что право третейского судьи руководствоваться при разрешении спора чувством справедливости, а не следовать букве закона, является одним из главных преимуществ третейского суда" <15>.

<15> Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 73 - 74.

18.5.5. Вынесение арбитражного решения на согласованных условиях

В ходе арбитражного разбирательства стороны могут урегулировать свой спор самостоятельно, например путем заключения мирового соглашения. После чего по просьбе сторон и при отсутствии возражений третейского суда арбитражное разбирательство завершается вынесением решения на согласованных сторонами условиях. Мировое соглашение может быть заключено сторонами по любому спору, находящемуся в компетенции третейского суда, на любой стадии разбирательства - вплоть до момента вынесения арбитражного решения по существу спора.

Регулирующая данный вопрос ст. 30 Закона о МКА, озаглавленная "Мировое соглашение", фактически полностью воспроизводит наименование и текст аналогичной статьи Типового закона ЮНСИТРАЛ (ст. 30).

Многие ведущие российские и зарубежные коммерческие арбитражные центры пошли по пути унификации своих регламентов с положениями Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Чтобы убедиться в этом на примере норм о мировом соглашении и порядке принятия решения на согласованных условиях, достаточно сравнить п. 1 ст. 36 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (в ред. 2010 г.) с п. 1 § 39 Правил арбитража МКАС МКАС, а также с п. 1 § 45 Регламента SCC.

Приведем п. 1 ст. 36 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (2010) полностью: "Если до вынесения арбитражного решения стороны достигают соглашения об урегулировании спора, то арбитражный суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства либо, если об этом просят стороны и арбитражный суд с этим согласен, фиксирует урегулирование в форме арбитражного решения

на согласованных условиях. Арбитражный суд не обязан излагать мотивы такого решения".

Далее дадим для сравнения текст п. 1 § 39 Правил арбитража МКАС МКАС: "Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, то арбитражное разбирательство прекращается. По просьбе сторон третейский суд может вынести решение на согласованных условиях".

Принципиальное различие состоит лишь в том, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ допускает возможность принятия третейским судом немотивированного решения на согласованных сторонами условиях.

Несмотря на свое название - "Мировое соглашение", содержание ст. 30 Закона о МКА посвящено арбитражному решению на согласованных сторонами условиях. Мировое соглашение сторон есть основание для принятия третейским судом соответствующего решения на согласованных условиях - основание, которое вынесено за рамки нормы указанной статьи.

Поскольку мировое соглашение, его условия могут быть положены в основу арбитражного решения, стать его частью, обозначить его материально-правовое наполнение, сторонам важно позаботиться о правильном оформлении и законном содержании своего мирового соглашения. Предпочтительным является обращение к российской и международной юридической практике составления мировых соглашений. Речь не идет об утверждении мирового соглашения третейским судом, что обязывало бы стороны жестко следовать установленной законодательством форме и условиям мирового соглашения.

Вместе с тем отметим, что российское законодательство не требует, чтобы стороны оформляли свою договоренность исключительно в виде мирового соглашения, это может быть любой договор об урегулировании спора.

Мировое соглашение либо любой иной договор об урегулировании спора заключается в письменной форме и подписывается сторонами или их представителями при наличии у них полномочий на заключение мирового соглашения, специально предусмотренных в доверенности или ином документе, подтверждающем полномочия представителя. Однако гипотетически возможен вариант урегулирования сторонами спора непосредственно в ходе слушаний. Условия такого урегулирования могут быть зафиксированы в протоколе заседания третейского суда, а сам протокол подписан сторонами или их представителями, если у них имеются соответствующие полномочия.

Договор об урегулировании спора, в том числе мировое соглашение, должен содержать согласованные условия о размере и сроках исполнения сторонами своих обязательств, положения о распределении арбитражных и иных расходов, связанных с разрешением спора.

Договор может включать в себя условия об отсрочке или о рассрочке исполнения обязательств ответчиком, об уступке прав требования, о полном или частичном прощении либо признании долга, а также иные условия, не противоречащие арбитражному соглашению сторон, регламенту арбитражного центра, действующему законодательству.

Третейский суд, рассматривая ходатайство сторон о вынесении арбитражного решения на согласованных условиях, имеет право отказаться выносить такое решение, если сочтет, что условия соглашения сторон, разрешающего спор, нарушают права и законные интересы третьих лиц, противоречат императивным нормам законодательства.

Так, например, Международный арбитраж "IUS" рассмотрел иск дочерней российской компании к коммерческой организации Республики Казахстан о праве собственности на участок земли, находящийся в Казахстане (дело N 12/220 ТС). Стороны подписали третейскую запись о применении к их спору общих положений и принципов международного частного права без привязки к законодательству конкретной страны. Местом разбирательства был определен Санкт-Петербург. В ходе разбирательства стороны заключили мировое соглашение и заявили ходатайство о вынесении решения на согласованных сторонами условиях.

При более детальном изучении вопроса третейский суд запросил дополнительные документы и выяснил, что спорная территория фактически состоит из двух участков, один из которых был оформлен на компанию, не являющуюся стороной арбитражного разбирательства. Кроме того, границы второго участка

оспаривались в другом судебном процессе. Представитель компании - собственника участка был приглашен в арбитраж в качестве свидетеля.

Третейский суд пришел к выводу о том, что стороны, подписывая мировое соглашение и прося вынести решение на его основе, преследовали цель завладеть недвижимым имуществом третьего лица, подделали документы и пытались ввести коллегия арбитров в заблуждение. В вынесении арбитражного решения на согласованных сторонами условиях и в иске было отказано; кроме того, со сторон были взысканы дополнительные арбитражные расходы, которые понес арбитраж, в частности расходы на вызов свидетеля.

Приведенный пример, однако, является исключением; большинство мировых соглашений сторон находится "в правовом поле" и подлежит "утверждению" составом арбитров в форме арбитражного решения. Удовлетворяя просьбу сторон о вынесении арбитражного решения на согласованных условиях, третейский суд основывает свое решение на договоренности сторон об урегулировании спора и обязан включить все существенные условия мирового соглашения или иного договора в текст своего решения.

Решение на согласованных сторонами условиях является арбитражным решением. Данный акт должен соответствовать всем требованиям, предъявляемым законодательством к форме и содержанию арбитражного решения (ст. 31 Закона о МКА). Арбитражное решение на согласованных условиях имеет ту же юридическую силу, что и любое другое решение третейского суда по существу спора, и подлежит обязательному исполнению. В случае его неисполнения на данное решение может быть получен исполнительный лист.

18.5.6. Толкование, исправление арбитражного решения. Дополнительное арбитражное решение

При наличии соответствующей договоренности между сторонами любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может просить третейский суд разъяснить, прокомментировать какой-либо конкретный пункт или дать толкование части решения. Сторона в своем заявлении - просьбе о толковании - указывает, что именно в решении нуждается в толковании и почему, т.е. просьба стороны должна быть мотивирована. Помимо этого норма абз. 3 п. 1 ст. 33 Закона о МКА определяет, что просьба о толковании части решения может иметь место лишь "при наличии соответствующей договоренности между сторонами".

Весьма редко встречаются стороны, запрашивающие разъяснения только из желания довести полученное арбитражное решение до совершенства, а свое понимание отдельных положений решения - до идеального состояния. Обычно разъяснения содержания резолютивной части решения запрашивают, когда предполагают, что исполнение данного решения может быть проблематичным по причине неопределенности, неясности отдельных положений постановления третейского суда, содержащегося в резолютивной части арбитражного решения. Толкование вводной или мотивировочной частей требуется в случае, если проигравшая сторона ищет основания для оспаривания и отмены арбитражного решения либо доказательства наличия отдельных обстоятельств, перечисленных в ст. 36 Закона о МКА.

Толкование решения или вынесение дополнительного решения происходит исключительно по инициативе одной из сторон. Напротив, исправление арбитражного решения может иметь место как по заявлению стороны, так и по собственной инициативе третейского суда.

Вынесение дополнительного решения, а также толкование отдельных положений решения есть акты, относящиеся к содержанию решения; в каком-то смысле это - часть деятельности третейского суда по отправлению правосудия. Исправление допущенных в решении ошибок в подсчетах, опечаток или опечаток либо иных подобных ошибок можно охарактеризовать как техническую работу, как правило прямо не связанную с сутью, основаниями и мотивами принятого арбитражного решения. Поэтому считаем логичным рассматривать процессы толкования решения и вынесения дополнительного решения в рамках данной классификации совместно друг с другом, хотя это несколько противоречит формально-логическому строению норм ст. 33 Закона о МКА.

Проанализировав норму ст. 33 Закона о МКА, а также положения регламентов некоторых ведущих арбитражных центров, касающиеся сроков предъявления заявлений о толковании, дополнении, а также об

исправлении арбитражного решения, можно заключить следующее:

1) законодательство устанавливает 30-дневный срок для подачи ходатайств или заявлений с просьбами дать толкование, принять дополнительное решение либо внести технические исправления в принятое арбитражное решение. Причем сторона-инициатор обязана уведомить другую сторону о подаче такого заявления;

2) исчисление сроков для предъявления заявлений о толковании, дополнительном решении, а также об исправлении арбитражного решения начинается с момента получения решения стороной, а не с даты вынесения решения. Данное обстоятельство - дополнительная гарантия прав сторон;

3) 30-дневный срок, отведенный на подачу заявлений о толковании, а также об исправлении арбитражного решения, является диспозитивным и может быть по воле сторон изменен как в большую, так и в меньшую сторону, в том числе в самом регламенте арбитражного центра.

Законодательство достаточно четко регламентирует сроки, в течение которых третейский суд обязан определить свою позицию по заявлению стороны о толковании, дополнении, а также об исправлении арбитражного решения. Так, если третейский суд сочтет, что просьба стороны оправданна, а ее заявление подлежит удовлетворению, то имеется:

- 30 дней со дня получения заявления, для того чтобы дать толкование или внести соответствующие исправления в текст арбитражного решения;

- 60 дней после получения заявления, чтобы принять дополнительное решение в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в решении.

Кроме того, третейский суд в течение 30 дней, считая с даты арбитражного решения, может по своей инициативе исправить любые ошибки в подсчетах, описки или опечатки либо иные аналогичные ошибки технического характера.

Акты третейского суда в отношении исправления или толкования арбитражного решения и дополнительное арбитражное решение становятся частью решения, следовательно, они должны соответствовать положениям ст. 31 Закона о МКА, т.е. третейский суд обязан вынести акт, отвечающий по форме и содержанию арбитражному решению.

Согласно норме п. 5 ст. 33 Закона о МКА компетентный суд, рассматривающий заявление об отмене арбитражного решения, может приостановить производство по делу об отмене, чтобы третейский суд возобновил арбитражное разбирательство и устранил основания для отмены арбитражного решения. В таком случае третейский суд может возобновить разбирательство по ходатайству любой стороны, поданному в течение срока приостановления дела об отмене.

18.5.7. Проблема финальности арбитражного решения

Финальность арбитражного решения - это свойство, присущее любому решению третейского суда, вынесенному по существу спора, и связанное прежде всего с прекращением полномочий арбитров после подписания арбитражного решения. Однако, как известно, из любого правила имеются исключения.

Помимо трех классических и предусмотренных законодательством случаев возобновления полномочий арбитров для обращения к ранее вынесенному решению, в том числе в целях его возможной корректировки, законодательство и практика в последние годы выработали дополнительные возможности, которые, не нарушая прав сторон, обеспечивают учет волеизъявления сторон и процессуальную экономию.

Так, изменения и дополнения, внесенные в процессуальные кодексы в конце 2015 г. в рамках третейской реформы, закрепили принципиальную возможность возобновления третейского разбирательства для исправления недостатков, допущенных в решении или в ходе третейского (арбитражного) разбирательства (п. 5 ст. 232 и п. 8 ст. 238 АПК РФ, п. 5 ст. 420 и п. 8 ст. 425 ГПК РФ). Так, в случае, если государственный суд, рассматривающий заявление об отмене решения третейского суда

или о приведении этого решения в исполнение, приостановит производство по делу, чтобы третейский суд возобновил третейское разбирательство и устранил основания для отмены решения третейского суда (коммерческого арбитража) или основания для отказа в его принудительном исполнении, третейский суд может возобновить третейское разбирательство по ходатайству любой стороны, поданному в течение срока такого приостановления дела в государственном суде.

К недостаткам, которые можно исправить, кодексы относят: недолжное уведомление стороны о назначении арбитра или о третейском разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда; непредставление (по уважительным причинам) стороной своих объяснений; вынесение решения по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или решения, содержащего постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; состав третейского суда или арбитражную процедуру, не соответствовавшие соглашению сторон или федеральному закону. Для устранения перечисленных недостатков решения третейского суда или оснований для его отмены государственный суд по ходатайству стороны третейского разбирательства вправе приостановить производство по делу об отмене решения третейского суда на срок, не превышающий трех месяцев. После возобновления производства по делу об отмене решения третейского суда государственный суд рассматривает данное заявление с учетом действий, предпринятых третейским судом в целях устранения оснований для отмены решения третейского суда. Практически действия по устранению оснований для отмены решения могут означать принятие третейским судом нового или вынесение измененного, дополненного и/или исправленного решения.

Несмотря на предложение экспертного сообщества, не нашла законодательного закрепления в новом российском законодательстве об арбитраже практика утверждения третейскими судами мировых соглашений, а также установления процессуального правопреемства после вынесения решения третейским судом.

В частности, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 07.06.2012 N 16434/11 было констатировано, что действующее законодательство не содержит ограничений, при которых третейский суд не вправе после принятия решения по существу и до принятия арбитражным судом судебного акта о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение такого решения утвердить мировое соглашение, заключенное сторонами спора <16>.

<16> Постановление Президиума ВАС РФ от 07.06.2012 N 16434/11 // СПС "КонсультантПлюс".

Если следовать логике противников такой возможности, то стороны арбитража вынуждены были бы обращаться в государственный суд за выдачей исполнительных листов лишь для того, чтобы получить возможность заключить мировое соглашение, установить правопреемство.

В ст. 60 Регламента Арбитражного центра при РСПП предусмотрено, что полномочия арбитра возобновляются, а затем прекращаются при обращении сторон с заявлением об устранении оснований для отмены решения третейского суда или отказа в его принудительном исполнении, утверждении мирового соглашения сторон решением на согласованных условиях, заменяющим ранее вынесенное решение третейского суда, установлении процессуального правопреемства.

Полномочия арбитра не возобновляются, если любое из вышеуказанных заявлений подано в арбитражный центр после подачи в суд заявления о принудительном исполнении решения третейского суда или его отмене.

18.5.8. Контроль арбитражного института за оформлением арбитражного решения

Арбитражное учреждение осуществляет контроль за соответствием решения, вынесенного третейским судом по конкретному делу, форме и требованиям, установленным правилами арбитража.

Так, в частности, п. 1 § 40 Правил арбитража МКАС гласит: "До подписания арбитражного решения третейский суд заблаговременно представляет проект арбитражного решения в Секретариат.

Секретариат, не затрагивая независимости арбитров в принятии арбитражного решения, может обратить внимание третейского суда на выявленные несоответствия проекта арбитражного решения требованиям, предусмотренным Правилами либо иными положениями и правилами МКАС. При неустранении таких несоответствий Секретариат вправе информировать об этом Президиум". Норма данного пункта почти полностью дублирует ст. 33 Регламента ICC, что прямо свидетельствует о важности вопроса контроля за подготовкой и оформлением решения третейским судом.

Практика рассмотрения споров арбитражными учреждениями показывает, что арбитры, не являясь профессиональными судьями и не обладая достаточным опытом работы, иногда допускают технические ошибки, описки, отступают от установленной регламентом формы решения. Безусловно, действующее законодательство и регламенты арбитражных учреждений предусматривают возможность исправления обозначенных ошибок и описок в порядке, установленном ст. 33 Закона о МКА. Однако всегда лучше не допускать подобных ситуаций, в том числе вводя в "тело" регламента нормы, обеспечивающие контроль за формой решений.

Поэтому прежде чем подписать любое арбитражное решение, состав арбитров обязан представить его проект в секретариат арбитражного учреждения или иной уполномоченный регламентом орган арбитражного центра, который может предложить третейскому суду внести изменения, касающиеся формы арбитражного решения. В некоторых случаях арбитражный центр также имеет право, не затрагивая независимость состава арбитров в принятии решения, обратить внимание арбитров на вопросы, касающиеся существа дела, при необходимости рекомендовать арбитрам внести соответствующие изменения в текст решения. Подобная потребность, как правило, может быть вызвана ошибками и упущениями арбитров в применении правил процедуры.

Как правило, арбитражное решение не может быть подписано составом арбитров, пока оно не одобрено арбитражным учреждением на соответствие его форме. Фактически решение не может быть выпущено, отпечатано на бумажном носителе с проставлением необходимых знаков его подлинности (подписи арбитров, бланк, печать, пронумерованный и сшитый экземпляр и т.п.) и затем вручено или направлено сторонам без прохождения финальной фазы контроля арбитражного центра над формой решения. В особых случаях регламенты арбитражных учреждений могут предусматривать дополнительные, "страховочные" нормы на случай, если решение тем не менее было подписано составом арбитров.

Еще одной формой контроля арбитражного института за процессом принятия решения и его финальным содержанием является возможность применения процедур, сходных с процедурами, существующими в государственных судах практически любой страны. Так, некоторые ПДАУ в своих основных регламентах или отдельных правилах предусматривают процедуры апелляции. Широкую известность подобные случаи получают в основном после того, как определенная американская или европейская институция берет апелляцию в свой арсенал средств, после чего это обычно становится предметом публичной дискуссии и включенности в сферу обсуждения специалистов; в остальных случаях подобные практики, как правило, остаются в тени.

Традиционно считается, что процедуры обжалования арбитражных решений противоречат существу коммерческого арбитража, поскольку арбитражное решение окончательно и обжалованию по существу вынесенного решения не подлежит. Согласно международным договорам РФ и действующему в РФ законодательству арбитражные решения могут быть отменены компетентным судом либо может быть отказано в их исполнении только при серьезных процессуальных нарушениях или при их противоречии публичному порядку страны исполнения решения.

На достаточно смелый шаг в сфере контроля решилась AAA, которая приняла Факультативный апелляционный регламент (Optional Appellate Arbitration Rules), вступивший в силу с 01.11.2013 <17>. Факультативный апелляционный регламент AAA состоит из введения, 22 пунктов, а также краткого положения о сборе за рассмотрение апелляций. Введение к Регламенту содержит текст рекомендуемой арбитражной оговорки об апелляции, из которой следует, что Апелляционный регламент действует только в том случае, если стороны в своем арбитражном соглашении предусмотрели саму возможность апелляции.

<17>

См.:

<https://www.adr.org/sites/default/files/AAA%20ICDR%20Optional%20Appellate%20Arbitration%20Rules.pdf> (дата посещения - 07.04.2018); Ермакова Е.П. Факультативный апелляционный регламент Американской арбитражной ассоциации 2013 г. // Третейский суд. 2014. N 4. С. 116.

Апелляция может быть подана только на мотивированное арбитражное решение; после получения арбитражного решения сторона в течение 30 дней имеет право подать апелляцию в AAA. Вторая сторона может подать встречную апелляцию в течение семи дней с момента получения заявления об апелляции.

Стороны имеют право самостоятельно назначить состав апелляционного трибунала или согласовать порядок его назначения; если стороны этого не сделали, то апелляционный трибунал назначает AAA. Пункт А-10 Апелляционного регламента определяет, что апелляция подается в двух случаях: во-первых, если арбитражный суд неправильно или ошибочно применил законодательство; и во-вторых, если в решении неверно изложены факты и обстоятельства дела.

Апелляция рассматривается в месте, где проходило основное арбитражное разбирательство, если стороны не договорились об ином.

Апелляционный трибунал выносит окончательное решение, которое не подлежит дальнейшему обжалованию.

Общая тенденция, своего рода **mainstream** современного коммерческого арбитража - это усиление контроля со стороны арбитражных центров за процессом принятия, формой и даже за содержанием арбитражных решений. Возможность проверки арбитражных решений, установление различных форм контроля - особенность арбитражных институтов, которая может рассматриваться в качестве одного из преимуществ данного вида арбитражного разбирательства, к примеру, перед арбитражем **ad hoc**. Зачастую, заключая арбитражное соглашение, обращаясь в определенный арбитражный центр, стороны ориентируются прежде всего на репутацию самого этого центра, его регламент или правила, а не только на имена потенциальных арбитров, как это имеет место в арбитраже **ad hoc**. Стороны вправе рассчитывать, что арбитражный институт несет ответственность и в определенной степени гарантирует то, что арбитражное решение будет вынесено в соответствии с применимым правом, арбитры рассмотрят все заявленные требования, но гарантировать это можно, если у арбитражного института есть действенные механизмы контроля, которыми он тем не менее должен пользоваться весьма осторожно, не умаляя автономию и исключительные полномочия третейского суда.

18.5.9. Проблемы преюдициальности арбитражных решений и доктрина *res judicata*

Доктрина **res judicata** (от лат. "разрешенное дело") характеризует такие свойства судебного решения, как преюдициальность и исключительность. Свойство преюдициальности предполагает освобождение от доказывания фактов, ранее установленных судебным решением. Свойство исключительности делает невозможным повторное предъявление того же иска в отношениях между теми же сторонами. Доктрина **res judicata** знакома правовым системам всех стран мира и зачастую характеризуется как общепризнанный принцип международного права <18>.

<18> См., например: решение ЕСПЧ от 12.01.2006 по делу **Kehaya and others v. Bulgaria** (заявления N 47797/99, 68698/01): <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72559> (дата посещения - 07.04.2018).

Преобладающие подходы к применению этой доктрины в рамках международного коммерческого арбитража описаны в Рекомендациях в отношении доктрины **res judicata** и арбитража, утвержденных на 72-й конференции Ассоциации международного права в 2006 г. <19>. Рекомендации исходят из того, что третейские решения, как и решения государственных судов, обладают свойствами преюдициальности и исключительности для последующих третейских разбирательств. Условием надления третейского решения этими свойствами является его окончательность и обязательность в государстве по месту вынесения решения, а равно отсутствие препятствий для его признания на территории того государства, где проводится последующее третейское разбирательство.

<19> International Law Association Recommendations on Res Judicata and Arbitration (Resolution N 1/2006). Русский перевод Рекомендаций см.: Международный коммерческий арбитраж. 2008. N 2. С. 104 - 106.

Одновременно с данными Рекомендациями Ассоциацией международного права был подготовлен Окончательный отчет в отношении доктрины **res judicata** и арбитража (Final Report on Res Judicata and Arbitration // Arbitration International. Vol. 25. Iss. 1. P. 67 - 82.

В большинстве стран континентальной правовой семьи доктрина **res judicata** понимается в узком смысле - как невозможность подачи тождественного иска (т.е. на первый план выходит свойство исключительности решения). Обязательным условием при этом будет соблюдение так называемого теста тройной идентичности (**triple identity test**). Речь идет о том, что в обоих разбирательствах (предшествующем и последующем) должны обязательно совпадать все три элемента: 1) предмет исков; 2) основание исков; 3) стороны спора.

В то же время в большинстве стран англосаксонской правовой семьи доктрина **res judicata** имеет более широкие пределы действия и два основных проявления. Во-первых, это описанный выше эффект невозможности подачи тождественного иска (**claim estoppel, claim preclusion**). Во-вторых, это лишение стороны в новом разбирательстве возможности оспаривать те факты и обстоятельства, которые были установлены предшествующим решением (**issue estoppel, collateral estoppel**). В рамках второго проявления доктрины **res judicata** достаточно идентичности спорящих сторон, в то время как предмет и основание исков могут быть разными <20>.

<20> Подробнее см.: Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин **lis pendens** и **res judicata** в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике // Международный коммерческий арбитраж. 2008. N 2. С. 85 - 89.

Российское процессуальное право также различает два указанных проявления доктрины **res judicata**, однако обычно считает их двумя различными элементами законной силы судебного решения. Первое проявление (свойство исключительности) означает, что суд обязан прекратить производство по делу, если имеется принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям предшествующее судебное решение (абз. 3 ст. 220 ГПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 150 АПК РФ). Второе проявление (свойство преюдициальности) освобождает сторону от доказывания обстоятельств, установленных предшествующим судебным разбирательством, в котором участвовали те же лица (ч. ч. 2 и 3 ст. 61 ГПК РФ, ч. ч. 2 и 3 ст. 69 АПК РФ).

Российское процессуальное право не испытывает проблем с признанием за третейскими решениями свойства исключительности: наличие предшествующего третейского решения при соблюдении теста тройной идентичности (совпадении предмета исков, основания исков и сторон спора) делает невозможным рассмотрение в российском суде нового тождественного иска (абз. 6 ст. 220 ГПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК РФ). Исключение устанавливается для случаев, когда российский суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение третейского решения или отменил третейское решение. Это означает, что возникновение у третейского решения свойства исключительности не связано с вынесением государственным судом определения о выдаче исполнительного листа или об отказе в отмене третейского решения: третейское решение блокирует подачу в российский суд тождественных исков до момента, пока государственный суд не отменит это третейское решение или не откажет в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение <21>.

<21> См. аналогичный вывод в кн.: Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. 2-е изд. М., 2013. С. 72 - 73.

Сложности в российском процессуальном праве возникают в отношении свойства преюдициальности третейских решений. Соответствующие нормы российских процессуальных кодексов освобождают от доказывания лишь тех обстоятельств, которые были установлены предшествующими актами российских государственных судов, третейские решения при этом не упоминаются (ст. 61 ГПК РФ, ст. 69 АПК РФ). В российской доктрине ведется спор относительно того, как следует понимать это умолчание российского законодателя. Некоторые авторы делают однозначный вывод об отсутствии у третейских решений свойства преюдициальности <22>. Другие авторы считают, что речь идет о законодательном пробеле, который следует восполнить путем признания за третейскими решениями данного свойства <23>. Компромиссное решение предлагается в работах В.В. Яркова. Он считает, что о свойстве преюдициальности можно говорить применительно к тем третейским решениям, которые были признаны и приведены в исполнение государственными судами: в результате факты, установленные в третейском решении, становятся преюдициальными через судебный акт государственного суда <24>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (отв. ред. В.В. Ярков) включен в информационный банк согласно публикации - Статут, 2017 (7-е издание, переработанное и дополненное).

<22> См.: Безруков А.М. Преюдициальная связь судебных актов. М., 2007. С. 43; Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. 2-е изд. М., 2003. С. 734 (автор главы - Е.А. Виноградова).

<23> Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М., 2007. С. 218 - 221. Ранее точка зрения о наличии у третейских решений свойства преюдициальности высказывалась в следующей работе: Мусин В.А., Березий А.Е. О преюдиции судебных актов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. N 6. С. 61 - 68.

<24> Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. С. 175 - 176.

Важно учитывать, что выдача государственным судом исполнительного листа на принудительное исполнение третейского решения в любом случае не меняет субъективные пределы действия данного решения, которое связывает только участников третейского разбирательства, но не третьих лиц. Так, в рамках одного из дел Президиум ВАС РФ столкнулся с ситуацией, когда ранее третейским судом было вынесено решение по спору между кредитором и государственным научным учреждением, созданным Российской академией сельскохозяйственных наук. Государственный суд выдал исполнительный лист на принудительное исполнение третейского решения. Однако из-за отсутствия у учреждения денежных средств кредитор был вынужден предъявить в государственный суд новый иск к субсидиарному должнику - Российской академии сельскохозяйственных наук, которая не являлась стороной арбитражного соглашения и не участвовала в предшествующем третейском разбирательстве. Президиум ВАС РФ подчеркнул, что предшествующее третейское решение не может иметь преюдициальной силы в отношении третьего лица (Российской академии сельскохозяйственных наук), не участвовавшего в предшествующем третейском разбирательстве <25>.

<25> Постановление Президиума ВАС РФ от 11.02.2014 N 15554/13 // СПС "КонсультантПлюс".

Важно обратить внимание на то, что описанные ранее нормы российских процессуальных кодексов (ст. 61 ГПК РФ, ст. 69 АПК РФ) не касаются ситуации, когда новый спор между теми же сторонами рассматривается опять же в третейском разбирательстве в соответствии с заключенным сторонами арбитражным соглашением. В данном сценарии третейскому суду, сформированному для рассмотрения нового (второго) спора, было бы предпочтительным использовать описанные ранее Рекомендации Ассоциации международного права 2006 г. и исключать возможность оспаривания теми же сторонами фактов, ранее установленных в предшествующем третейском решении (естественно, при условии, что это предшествующее третейское решение вынесено компетентным третейским судом, указанным в арбитражном соглашении сторон).

Иными словами, свойство преюдициальности третейского решения следует признавать в рамках

последующих третейских разбирательств между теми же сторонами. Данным свойством должны обладать все обязательные для сторон третейские решения вне зависимости от того, успела ли заинтересованная сторона добиться выдачи исполнительного листа в соответствующем государственном суде. Для целей последующих третейских разбирательств свойство преюдициальности утрачивается лишь в том случае, когда компетентный государственный суд отменяет данное третейское решение или отказывает в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение.

Данный подход является логическим следствием договорных элементов в природе международного коммерческого арбитража: заключая арбитражное соглашение, его стороны принимают на себя обязанность добровольно исполнять будущее третейское решение и признавать выводы третейского суда по спорным вопросам. Именно такой подход к вопросу преюдициальности третейских решений традиционно используется в практике МКАС <26>.

<26> См.: решения N 9, 41, 45, 61, 75, 87 // Практика МКАС при ТПП РФ: 2004 - 2016: К 85-летию МКАС (на основе анонимизированных материалов из журналов "Международный коммерческий арбитраж" и "Вестник международного коммерческого арбитража") / Науч. ред. и сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов; предисл. А.С. Комарова; ред. П.Д. Савкин; МКАС при ТПП РФ; ИЦЧП им. С.С. Алексеева при Президенте РФ; Каф. междунар. части. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД РФ. М., 2017.

Глава 19. ГОСУДАРСТВО И АРБИТРАЖ

19.1. Контроль государства за международным коммерческим арбитражем

Успешное становление и развитие третейского разбирательства, в том числе международного коммерческого арбитража как альтернативного способа разрешения споров, невозможно без поддержки государства. При этом такая поддержка может осуществляться, например, посредством законодательного регулирования арбитража, направленного на стимулирование его развития. В частности, в обоснование необходимости реформирования института арбитража (третейского разбирательства) и принятия нового Закона об арбитраже указывалось, что это "будет способствовать развитию института арбитража (третейского разбирательства) в Российской Федерации как одного из важнейших институтов гражданского общества, осуществляющего публично значимые функции и являющегося альтернативным способом разрешения споров", повышению авторитета и привлекательности арбитража <1>. Поддержка государства может осуществляться и посредством оказания определенной помощи со стороны государственного суда, без которой, как считал В.А. Мусин, "третейский суд (в том числе и международный коммерческий арбитраж) нормально функционировать не может" <2>.

<1> Пояснительная записка к проекту федерального закона "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" // Третейский суд. 2014. N 2/3. С. 53.

<2> См.: Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: Постатейный, научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже" / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина; сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2007. С. 37. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 2).

Надо сказать, что вопрос о формах и основаниях такой поддержки обстоятельно исследовался в литературе. Как в доктрине, так и в законодательстве поддержка государством третейского разбирательства общепризнанно понимается как наделение государственных судов функциями контроля и содействия <3>. Думается, что эти функции или формы участия государства в отношениях, возникающих в связи с третейским разбирательством, связаны между собой. Сам термин "содействие", понимаемый как "помощь, поддержка" <4>, применительно к третейскому разбирательству охватывает и те полномочия, которые государственный суд осуществляет в рамках контроля за третейским разбирательством, например, при выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, содействуя тем самым стороне третейского разбирательства в приведении в

исполнение арбитражного решения. При принятии государственным судом обеспечительных мер по заявлению стороны третейского разбирательства не только осуществляется содействие этой стороне и арбитражу, но одновременно реализуются полномочия судебного контроля <5>.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья И.М. Стрелова "Некоторые вопросы взаимодействия арбитражных и третейских судов" включена в информационный банк согласно публикации - "Арбитражные споры", 2008, N 2.

<3> См., например: Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М., 2008; Решетникова И.В. Взаимодействие арбитражных и третейских судов // Арбитражный суд Свердловской области в 2004 г. / Под ред. И.В. Решетниковой. Екатеринбург, 2005. С. 574 - 584; Траспов Р.А. Судебный контроль над арбитражным (третейским) рассмотрением международных коммерческих споров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003; Стрелов И.М. Некоторые вопросы взаимодействия арбитражных и третейских судов // Третейский суд. 2007. N 6. С. 14 - 21.

<4> Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1987. С. 645.

<5> Андреева Т.К. Новый АПК РФ о содействии развитию альтернативных способов разрешения споров и примирению сторон // Арбитражная практика. 2002. N 12. С. 47 - 50; Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства... С. 38.

Взаимосвязь и взаимозависимость функций судебного контроля и содействия государства третейскому разбирательству свидетельствуют о некоторой условности их выделения в качестве самостоятельных форм участия государства в отношениях, связанных с арбитражем, взаимодействия государственных судов и арбитража. Тем не менее правовые основания такого участия и сформировавшиеся в доктрине подходы <6> обуславливают возможность их отдельного исследования применительно к международному коммерческому арбитражу.

<6> См., например: Ануров В.Н. Нарушение третейского соглашения // Третейский суд. 2002. N 3/4. С. 167 - 168; Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 108 - 109; Богуславский М.М. Связь третейских судов с государственными судами // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 67 - 73; Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М., 2017. С. 227 и сл.

Юридические предпосылки контроля государства за международным коммерческим арбитражем. В ходе реформы третейского разбирательства 2015 г. был не только принят Закон об арбитраже, внесены изменения в Закон о МКА, но и унифицированы в соответствии с ними нормы гражданского процессуального законодательства и арбитражного процессуального законодательства, а также нормы других законодательных актов в части регулирования вопросов реализации государством функций контроля в отношении международного коммерческого арбитража.

Так, в процессуальном законодательстве, регулирующем гражданское судопроизводство, появились положения, предусматривающие наделение судов общей юрисдикции и арбитражных судов функциями содействия и контроля в отношении третейских судов, а также термины "содействие" и "контроль" в связи с формами и пределами участия государственных судов в отношениях, связанных с арбитражем, формами их взаимодействия используются впервые.

Указание на выполнение судами общей юрисдикции функций контроля в отношении третейских судов содержится в наименовании разд. VI ГПК РФ (в ред. Закона N 409-ФЗ). В АПК РФ также указывается на подведомственность арбитражным судам дел, связанных с выполнением функций контроля в отношении третейских судов (ст. 31 АПК РФ), и регламентируется производство по рассмотрению арбитражными судами названных дел (гл. 30 АПК РФ в ред. Закона N 409-ФЗ). До внесения

соответствующих изменений в ГПК РФ и АПК РФ в ходе реформы третейского разбирательства понятие контроля (как и понятие содействия) для обозначения полномочий судов по рассмотрению ими дел, связанных с третейским разбирательством, не использовалось, хотя к ведению судов и раньше относились дела об определении компетенции арбитража, отмене его решений, о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения арбитража, рассмотрение которых связывается с осуществлением государственными судами контрольных полномочий в отношении арбитража как в Российской Федерации, так и за рубежом <7>.

<7> См.: Траспов Р.А. Указ. соч. С. 18 - 23; Соловых С.Ж. Процессуальные гарантии субъективных прав сторон третейского разбирательства при разрешении экономических споров: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 21; Богуславский М.М. Указ. соч. С. 67 - 74; Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже... С. 15 - 16; Хегер С. Новые правила в австрийском арбитражном законодательстве и его соотношение с Типовым законом ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 460 - 461.

Вместе с тем следует признать, что названные изменения ГПК РФ и АПК РФ в части указания на формы участия государственных судов в отношениях, связанных с третейским разбирательством, включая указание на функции судебного контроля, по существу, свидетельствуют об унификации норм законодательства о гражданском судопроизводстве и международном коммерческом арбитраже, а также норм международного права.

В частности, концептуальная идея, лежащая в основе взаимодействия государственного суда и арбитража, сформулирована в ст. 5 Закона о МКА относительно пределов вмешательства суда: по вопросам, регулируемым Законом о МКА, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено данным Законом. Таким образом, пределы вмешательства государственного суда ограничены Законом о МКА, и эти ограничения связаны с выполнением судом определенных функций содействия и контроля в предусмотренных в ст. 6 названного Закона случаях. Именно Закон о МКА, его ст. 6 (как в редакции, действовавшей до принятия Закона N 409-ФЗ, так и в редакции указанного Закона), использует понятия содействия и контроля для обозначения пределов вмешательства государственного суда в отношения, связанные с арбитражем.

Как следует из положений Закона о МКА, функции судебного контроля в отношении международного коммерческого арбитража осуществляются в формах проверки постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции (п. 3 ст. 16), рассмотрения заявлений стороны третейского разбирательства об отмене арбитражного решения (п. 2 ст. 34), его признания, приведения в исполнение (ст. 35) или отказа в признании и приведении в исполнение (ст. 36).

Приведенное регулирование соответствует и фактически полностью воспроизводит аналогичные положения Типового закона ЮНСИТРАЛ (ст. ст. 5, 6).

В свою очередь, как это особо подчеркивает Б.Р. Карабельников, Типовой закон ЮНСИТРАЛ принят в развитие Нью-Йоркской конвенции 1958 г., которая, хотя и не использует понятие контроля, четко ограничивает пределы вмешательства государства в отношения, связанные с арбитражем <8>.

<8> 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. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 27 - 28.

Формы осуществления судебного контроля за международным коммерческим арбитражем. Если исходить из того, что в международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон, как правило, могут передаваться споры, возникающие из гражданско-правовых отношений и связанные с осуществлением внешнеторговой и иной международной экономической деятельности, а также споры, возникающие в связи с осуществлением иностранных инвестиций (ст. 1 Закона о МКА), то становится

очевидной схожесть круга рассматриваемых споров с компетенцией государственных арбитражных судов. В связи с этим представляется оправданным исследование вопроса о том, в каких процессуальных формах выполняют суды возложенные на них функции контроля в отношении международного коммерческого арбитража на примере арбитражных судов. В соответствии со ст. 31 АПК РФ к подведомственности дел, связанных с выполнением арбитражными судами функций контроля, относятся следующие дела, связанные с третейскими судами, в отношении которых такой контроль осуществляется: "1) об оспаривании решений третейских судов по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности; 2) о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности; 3) об оказании содействия третейским судам по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности". Взаимосвязанное применение ст. 31, ч. 1 ст. 230 и ч. 1 ст. 236 АПК РФ позволяет говорить о распространении функций судебного контроля, выполняемых арбитражными судами, также на международный коммерческий арбитраж. При этом разграничение подведомственности дел по осуществлению контроля в отношении международного коммерческого арбитража между судами общей юрисдикции и арбитражными судами обеспечивается на основе использования предметного критерия. В частности, в ст. 31 АПК РФ указывается на подведомственность арбитражным судам дел, связанных с выполнением функций контроля и содействия в отношении третейских судов, рассматривающих споры, возникающие при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, т.е. это не экономические споры, а компетенция иного рода, не связанная с рассмотрением арбитражным судом спора по существу <9>. Соответственно, эти дела согласно ч. 3 ст. 22 ГПК РФ исключаются из ведения судов общей юрисдикции.

<9> Там же. С. 179.

Таким образом, для разграничения подведомственности в данном случае значимым является предмет спора, рассматриваемого международным коммерческим арбитражем: он должен быть связан с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности сторонами третейского разбирательства. Субъектный состав или статус сторон третейского разбирательства на определение подведомственности дела, связанной с выполнением функций судебного контроля, не влияет <10>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник "Арбитражный процесс" (под ред. М.К. Треушникова) включен в информационный банк согласно публикации - Городец, 2007 (издание третье, исправленное и дополненное).

<10> См., например: Арбитражный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. 5-е изд., перераб. и доп. / Под ред. М.К. Треушникова. М., 2016. С. 97; пункт 15 информационного письма N 96; Постановления Президиума ВАС РФ от 05.02.2008 N 12378/07, от 16.10.2007 N 4515/07 // СПС "КонсультантПлюс".

Выполнение судами функций контроля в отношении международного коммерческого арбитража является гарантией надлежащего функционирования арбитража, его привлекательности и эффективности, независимости и беспристрастности процедуры третейского разбирательства, качества арбитражного решения. Как отмечается в литературе, необходимость в таких гарантиях обусловлена природой международного коммерческого арбитража, являющегося "санкционируемым государством частным механизмом разрешения международных коммерческих споров, в рамках полномочий, "делегируемых" сторонами и "ограничиваемых" публичным порядком" <11>, а любое ограниченное делегирование полномочий, по справедливому замечанию профессора М. Размана, должно иметь свою систему контроля как совокупность определенных приемов и методов, "гарантирующих протекание любого динамичного процесса в соответствии с предназначением подконтрольного явления" <12>.

<11> Траспов Р.А. Указ. соч. С. 3 - 4.

<12> Цит. по: Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж ... С. 231; Траспов Р.А. Указ. соч. С. 4.

Такая система контроля в сфере международного коммерческого арбитража предусмотрена процессуальным законодательством. Контроль осуществляется, в частности, арбитражными судами посредством выполнения следующих функций: контроль действительности арбитражных соглашений (ст. 148 АПК РФ); рассмотрение дел об оспаривании арбитражных решений по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (§ 1 гл. 30 АПК РФ); рассмотрение дел о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений по спорам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (§ 2 гл. 30 АПК РФ); рассмотрение заявлений по вопросу компетенции третейского суда (ст. 235 АПК РФ); признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации решений международного коммерческого арбитража, принятых им на территории иностранного государства (гл. 31 АПК РФ). Выполнение этих функций принято рассматривать в качестве форм судебного контроля в отношении арбитража, осуществляемого в случаях и в порядке, предусмотренных федеральным законом <13>.

<13> Богуславский М.М. Указ. соч. С. 67 - 74; Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства... С. 38 - 41; Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже... С. 15 - 16.

Указание на порядок осуществления названных форм судебного контроля базируется на положениях ст. ст. 31 и 32 АПК РФ, содержащих ссылки на правила судопроизводства, применяемые при рассмотрении арбитражными судами дел и заявлений, связанных с осуществлением контрольных полномочий в отношении арбитража. Закрепление обязанности суда действовать в строго определенной процессуальной форме, независимо от того, действует ли суд в качестве органа по осуществлению правосудия, понимаемого как рассмотрение и разрешение судом подведомственных ему дел по существу <14> или включающего в себя также осуществление любых судебных полномочий, хотя и не связанных с разрешением спора по существу, но направленных на обеспечение прав, свобод и интересов граждан и организаций <15>, само по себе является гарантией защиты прав участников гражданского оборота. Гражданская процессуальная форма (равно как и арбитражная процессуальная форма), в которой протекает вся деятельность суда, а также лиц, участвующих в деле, характеризуется присущей ей системой требований, закрепленных нормами процессуального права: "Эта система предполагает наличие в своем составе правил, которые определяют круг и порядок деятельности всех без исключения лиц, участвующих в процессе, последовательность, содержание и характер их действий, а также ответственность за невыполнение этих действий" <16>. Таким образом, уже сама гражданская процессуальная форма защиты права, в том числе связанного с арбитражем, обеспечивает лицам, заинтересованным в исходе дела, определенные правовые гарантии законности, справедливости, равенства процессуальных прав и обязанностей. Именно этим судебный контроль отличается от какой-либо иной формы государственного контроля.

<14> См.: Носырева Е.И. О функциях суда первой инстанции при рассмотрении гражданских дел // Новеллы гражданского процессуального права: Материалы науч.-практ. конф., посвящ. 80-летию М.С. Шакарян. М., 2004. С. 129.

<15> См.: Боннер А.Т. Правосудие как вид государственной деятельности. М., 1973. С. 3; Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М., 2007. С. 39.

<16> Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 25.

Таким образом, судебный контроль в отношении международного коммерческого арбитража, осуществляемый в процессуальной форме, закрепленной в нормах АПК РФ и ГПК РФ, является гарантией

защиты прав сторон третейского разбирательства, а также механизмом, направленным на развитие и стимулирование третейского разбирательства. Пределы такого контроля ограничены федеральным законом и положениями международных договоров Российской Федерации, в том числе Нью-Йоркской конвенции 1958 г., Европейской конвенции 1961 г., Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Судебный контроль основан на невмешательстве государства в третейское разбирательство, что предполагает осуществление так называемого формально-юридического контроля, а не проверку решения арбитража по существу <17>. Такой подход к оценке пределов контроля поддерживается в доктрине. Интересной представляется позиция Г.В. Севастьянова, охарактеризовавшего государственный контроль как "исключительный характер вмешательства государственного суда в арбитражную процедуру" <18>.

<17> См.: Андреева Т.К. Некоторые комментарии к Федеральному закону "О третейских судах в Российской Федерации" // Хозяйство и право. 2003. N 1. С. 26.

<18> См.: Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Сковцова. СПб., 2012. С. 128; Комментарий к Федеральному закону "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (постатейный, научно-практический) / Под ред. О.Ю. Сковцова, М.Ю. Савранского. М., 2016. С. 38 - 39.

Надо сказать, что правило о пределах вмешательства государственного суда в отношении, возникающие в связи с арбитражем, ранее были предусмотрены только в ст. 5 Закона о МКА, буквально воспроизводившей соответствующее положение Типового закона ЮНСИТРАЛ. Закон о третейских судах, как и нормы процессуальных кодексов, таких ограничений не содержал. В связи с этим позитивное значение имела позиция ВАС РФ, сформулированная в п. 12 информационного письма N 96, о том, что при рассмотрении заявлений об отмене решения третейского суда арбитражный суд не вправе пересматривать решение по существу. При этом ВАС РФ указал на превышение полномочий арбитражным судом, допустившим переоценку им выводов третейского суда, к исключительной компетенции которого отнесено рассмотрение спора по существу в силу соглашения сторон о третейском разбирательстве.

Процессуальный порядок осуществления судебного контроля. Как ранее отмечалось, выполнение судами функций контроля в отношении международного коммерческого арбитража осуществляется в процессуальной форме, закрепленной в нормах процессуальных кодексов, регламентирующих соответствующее производство или устанавливающих порядок и условия выполнения определенных процессуальных действий.

Так, важное значение в развитии международного коммерческого арбитража, признании его роли как альтернативного способа урегулирования споров имеет реализация судом контрольных полномочий посредством проверки действительности арбитражного соглашения.

В каких случаях это происходит? До обращения в арбитраж или после? Допустимо ли вмешательство государственного суда в спор, в отношении которого имеется арбитражное соглашение, и в каких пределах? Данные вопросы активно обсуждаются на доктринальном уровне и в правоприменительной практике.

В частности, Б.Р. Карабельников, комментируя положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г., отметил наличие в ней двух видов норм, непосредственно связывающих процесс международного коммерческого арбитража с деятельностью государственных судов. В соответствии со ст. II Нью-Йоркской конвенции государственный суд обязан по просьбе одной из сторон передавать спор, в отношении которого имеется арбитражное соглашение, в арбитраж ("направлять стороны в арбитраж"), а ст. V Конвенции ограничивает право государственного суда отказывать в приведении в исполнение арбитражного решения. Эти статьи, по мнению Б.Р. Карабельникова, "являются ключевыми для понимания механизма ее [Нью-Йоркской конвенции] действия: ограничивая пределы вмешательства государственного суда, они тем не менее связывают решения, принимаемые негосударственными арбитражами, с национальными системами принудительного исполнения" <19>.

<19> Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 140.

Осуществление контроля в механизме приведения арбитражного решения в исполнение традиционно рассматривается как необходимая, хотя и ограниченная форма вмешательства государственного суда в отношения, связанные с арбитражем. Ограничения вмешательства государственного суда в данном случае четко обозначены в правилах судопроизводства (гл. 30, 31 АПК РФ). Вопросы же реализации в российском законодательстве контрольных полномочий, о которых идет речь в ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г., заслуживают особого внимания. Дело в том, что ни в ст. 31 АПК РФ, определяющей круг подведомственных арбитражным судам дел, связанных с выполнением функций контроля и содействия в отношении третейских судов, ни в гл. 30 АПК РФ, само название которой использует понятие контроля, не регулируются вопросы вмешательства суда в отношения, связанные с арбитражем, до принятия им (арбитражем) решения.

Речь идет в данном случае о ситуации, когда истец обращается в государственный суд с иском по требованию, основанному на соглашении сторон, содержащем арбитражную оговорку. Влияет ли это обстоятельство на возможность принятия искового заявления судом и препятствует ли оно рассмотрению судом спора по существу? В п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ предусмотрено, что в этом случае арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после принятия его к производству установит, что имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом, если любая из сторон не позднее дня представления своего первого заявления по существу спора в арбитражном суде первой инстанции заявит по этому основанию возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде, за исключением случаев, если арбитражный суд установит, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

Аналогичное правило сформулировано в п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ для случая, когда стороны заключили соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, имея в виду закрепленное в ч. 6 ст. 4 АПК РФ право сторон передать подведомственный арбитражному суду спор на рассмотрение третейского суда.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г., как и Европейская конвенция 1961 г. и Типовой закон ЮНСИТРАЛ, обязывает государственные суды направлять стороны в случае наличия у них арбитражного соглашения в арбитраж. Однако названные международные договоры позволяют суду не передавать спор на рассмотрение арбитража, если суд "найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено" (п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г., п. 1 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ, п. 3 ст. VI Европейской конвенции 1961 г.) <20>.

<20> Там же. С. 141.

Как следует из содержания названных международных документов, а также положений, содержащихся в п. п. 5 и 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, в данном случае допускается вмешательство государственного суда в спор, в отношении которого имеется арбитражное соглашение, в форме контроля действительности арбитражного соглашения, осуществляемого судом до начала арбитражного разбирательства. С.А. Курочкин называет такой контроль предварительным (или превентивным) контролем <21>.

<21> Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж... С. 232.

На практике п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ толкуется более широко, позволяя не оставлять исковое заявление без рассмотрения и не направлять стороны в арбитраж, а рассмотреть спор по существу, если суд установит, что данный спор не может быть предметом арбитражного разбирательства (т.е. если сочтет, что спор неарбитрабелен).

Так, например, по одному из дел Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ отменила Определение Арбитражного суда г. Москвы и оставившие его в силе судебные акты апелляционной и кассационной инстанций об оставлении искового заявления без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ и направила дело в арбитражный суд первой инстанции для его рассмотрения по существу. В обоснование отмены судебных актов ВС РФ сослался на позицию Конституционного Суда РФ о публично-правовой природе дел о несостоятельности (банкротстве) <22> и сформулировал подход, согласно которому споры санлируемых банков неарбитрабельны и должны рассматриваться в государственном суде <23>.

<22> См.: Постановления КС РФ от 22.07.2002 N 14-П "По делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона "О реструктуризации кредитных организаций", пунктов 5 и 6 статьи 120 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в связи с жалобами граждан, жалобой региональной общественной организации "Ассоциация защиты прав акционеров и вкладчиков" и жалобой ОАО "Воронежское конструкторское бюро антенно-фидерных устройств", от 19.12.2005 N 12-П "По делу о проверке конституционности абзаца восьмого пункта 1 статьи 20 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" в связи с жалобой гражданина А.Г. Меженцева" // СПС "КонсультантПлюс".

<23> Определение ВС РФ от 16.08.2016 N 305-ЭС16-4051 по делу N А40-117039/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Таким образом, осуществляя контроль предварительного характера (ст. 148 АПК РФ), арбитражный суд может рассмотреть спор по существу и при наличии арбитражного соглашения, если сочтет, что спор не может быть предметом третейского разбирательства, не дожидаясь рассмотрения заявления по вопросу компетенции арбитража и использования других форм контроля, что вполне согласуется с положениями п. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Выполнение судом функций контроля по вопросу компетенции международного коммерческого арбитража регламентируется в ст. 235 АПК РФ, которая обуславливает такой контроль случаями, предусмотренными федеральным законом. Это также форма контроля, который может носить предварительный характер или осуществляться после начала арбитражного разбирательства.

Арбитражный суд рассматривает заявление по вопросу компетенции по правилам § 1 гл. 30 АПК РФ. Возможность подачи такого заявления в компетентный суд предусмотрена п. 3 ст. 16 Закона о МКА. Вместе с тем стороны могут прямым соглашением исключить данную возможность, если заключенное ими арбитражное соглашение предусматривает администрирование арбитража ПДАУ, т.е. возможность выполнения судом указанной формы контроля в отношении международного коммерческого арбитража поставлена в определенную зависимость от усмотрения сторон.

Новеллой в регулировании порядка рассмотрения заявления по вопросу компетенции является положение ч. 6 ст. 235 АПК РФ, исключающее возможность обжалования определения арбитражного суда, выносимого по результатам рассмотрения данного заявления.

Главной формой судебного контроля в отношении международного коммерческого арбитража является контроль или проверка арбитражных решений в четко обозначенных пределах. Выполнение арбитражным судом этой функции осуществляется по правилам § 1 гл. 30 АПК РФ, регулирующего производство по делам об оспаривании решений третейских судов, а также § 2 гл. 30, определяющего производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решений третейского суда.

Реализация этих форм судебного контроля сопряжена со множеством ограничений и условий, базирующихся на принципе невмешательства государства в арбитраж. Поэтому, как в случае рассмотрения заявления об отмене арбитражного решения, когда подача такого заявления допустима, так и в случае рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, государственный суд ограничен проверкой и установлением только тех обстоятельств, которые являются основаниями для отмены арбитражного решения или отказа в выдаче

исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, предусмотренными соответственно в ст. ст. 233 и 239 АПК РФ.

В регулирование правил осуществления судом названных полномочий в ходе реформы третейского разбирательства были внесены некоторые изменения. Одно из них, связанное с сокращением до одного месяца срока рассмотрения заявлений об отмене арбитражного решения и о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, направлено на содействие третейскому разбирательству и имеет важное значение для его стимулирования.

Другое изменение, предусматривающее возможность подачи заявления об отмене арбитражного решения прокурором в интересах государства и муниципальных образований, не участвующих в третейском разбирательстве (ч. 3 ст. 230 АПК РФ), в определенной мере нарушает тот баланс, который базируется на принципах невмешательства и ограниченного контроля со стороны государства отношений, возникающих в связи с третейским разбирательством.

Выполнение функций судебного контроля в отношении иностранных арбитражных решений регламентируется в гл. 31 АПК РФ. Предусмотренные в данной главе правила составляют необходимую процессуальную основу для реализации судом контрольных полномочий с учетом требований международных договоров.

19.2. Содействие государства международному коммерческому арбитражу

Реформирование третейского разбирательства повлекло за собой серьезные изменения процессуального законодательства. В частности, рассматриваемые арбитражными судами дела, касающиеся взаимоотношений с третейскими судами, теперь получили название дел, связанных с выполнением арбитражными судами функций содействия и контроля в отношении третейского суда. Эта категория дел регулируется в ст. 31 АПК РФ, определяющей правила подведомственности, а также в гл. 30 АПК РФ в ред. Закона N 409-ФЗ.

Глава 30 АПК РФ была дополнена § 3, регулирующим производство по делам, связанным с выполнением арбитражными судами функций содействия в отношении третейского суда. В ч. 2 ст. 240.1 АПК РФ называется критерий, предметный по своему характеру, позволяющий осуществить разграничение подведомственности дел этой категории между судами общей юрисдикции и арбитражными судами. В частности, предусмотрено, что арбитражные суды выполняют функции содействия в отношении третейских судов по спорам, возникающим из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности. Как следует из редакции этой нормы, субъектный состав участников третейского разбирательства на подведомственность в данном случае не влияет.

В соответствии со ст. 240.1 АПК РФ в случаях, предусмотренных федеральным законом, арбитражные суды осуществляют следующие функции содействия в отношении третейских судов:

- "1) разрешение вопросов, связанных с отводом третейского судьи;
- 2) разрешение вопросов, связанных с назначением третейского судьи;
- 3) разрешение вопросов, связанных с прекращением полномочий третейского судьи".

При этом установлено, что названные функции содействия выполняются в отношении третейского разбирательства, осуществляемого на территории Российской Федерации, и только по заявлению лица или лиц, участвующих в третейском разбирательстве.

Подсудность дел, связанных с выполнением арбитражными судами функций содействия в отношении третейского суда, определяется местом проведения соответствующего третейского разбирательства.

В АПК РФ определяются требования, предъявляемые к форме и содержанию заявления о выполнении арбитражными судами функций содействия в отношении третейского суда, а также к перечню

документов, которые к нему должны быть приложены. Так, при обращении в арбитражный суд с заявлением о содействии к нему должна быть приложена надлежащим образом заверенная копия искового заявления в третейский суд, а также подлинное соглашение о третейском разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия. Необходимо, кроме того, представить документы, обосновывающие требования заявителя, и документы, подтверждающие обстоятельства, являющиеся основанием для обращения заявителя в арбитражный суд с заявлением о содействии в отношении третейского суда. Нарушение требований относительно формы и содержания заявления о содействии влечет оставление его без движения или его возвращение по правилам, предусмотренным ст. ст. 128, 129 АПК РФ.

Важное условие, с которым связывается право на обращение в арбитражный суд с заявлением о выполнении им функций содействия в отношении третейского суда, касается указания в федеральном законе на возможность такого обращения.

Применительно к международному коммерческому арбитражу возможность и основания обращения в компетентный суд с заявлением о выполнении функций содействия предусмотрены Законом о МКА, воспроизводящим аналогичные положения Типового закона ЮНСИТРАЛ. В частности, ст. 11 Закона о МКА, регулирующая порядок назначения арбитров, акцент делает на согласовании сторонами такого порядка. Если при соблюдении всех правил стороны все же не смогли достичь соглашения по процедуре назначения или не смогли избрать или назначить арбитра, любая сторона может просить компетентный суд решить этот вопрос. При этом предусматривается право сторон, арбитражное соглашение которых предполагает администрирование арбитража ПДАУ, своим прямым соглашением исключить возможность разрешения данного вопроса судом.

При рассмотрении заявления о назначении арбитра суд должен учитывать любые требования, предъявляемые к арбитру соглашением сторон, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра (п. 6 ст. 11 Закона о МКА). Кроме того, суд должен проверить, исчерпали ли стороны все способы обеспечения назначения.

Статья 12 Закона о МКА предусматривает также возможность обращения в компетентный суд с заявлением об удовлетворении отвода арбитра, если заявление об отводе арбитра при применении любой процедуры, согласованной сторонами, или процедуры, предусмотренной п. 2 данной статьи, не удовлетворено. В данном случае, как и в случае с назначением арбитра, стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража ПДАУ, своим прямым соглашением могут исключить возможность разрешения данного вопроса государственным судом. Что интересно, предъявление в суд заявления об отводе арбитра само по себе не препятствует составу арбитров, в том числе арбитра, которому заявлен отвод, продолжить разбирательство и вынести арбитражное решение (п. 3 ст. 13 Закона о МКА).

Закон о МКА предусматривает также возможность обращения в компетентный суд с заявлением о разрешении вопроса о прекращении полномочий арбитра, если только стороны своим прямым соглашением не исключают такую возможность (ст. 14).

Заявление о выполнении арбитражным судом функций содействия в отношении третейского суда рассматривается в порядке, предусмотренном ст. 240.3 АПК РФ, т.е. при соблюдении процессуальной формы. Этот порядок предполагает соблюдение общих правил рассмотрения дел в арбитражном суде первой инстанции с особенностями, установленными в § 3 гл. 30 АПК РФ, а также в Законе о МКА.

Судья, выполнявший указанные в ч. 2 ст. 240.1 АПК РФ функции содействия в отношении третейского суда, не вправе участвовать в рассмотрении заявления об отмене или о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения по соответствующему спору. Следовательно, он должен заявить самоотвод или ему по этому основанию может быть заявлен отвод на основании п. 1 ч. 1 ст. 21 АПК РФ.

Основания для удовлетворения поданного в арбитражный суд заявления о содействии предусмотрены в ст. 240 АПК РФ. Такое заявление подлежит удовлетворению при наличии одновременно как обстоятельств, связанных с соблюдением предусмотренной законом процедуры решения соответствующего вопроса, так и обстоятельств, связанных с наличием определенных оснований,

обусловивших обращение в суд.

По результатам рассмотрения заявления о содействии арбитражный суд выносит определение, которое не может быть обжаловано (ч. 3 ст. 240 АПК РФ).

Названные функции содействия, которые арбитражный суд выполняет в соответствии с правилами § 3 гл. 30 АПК РФ, являются новыми и не входили до реформы третейского разбирательства в полномочия судов, регулируемые нормами процессуальных кодексов. Хотя надо признать, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ, на основе которого был принят Закон о МКА, содержал соответствующие правила.

Однако этими полномочиями не исчерпываются все функции содействия, выполняемые государственными судами в отношении международного коммерческого арбитража.

Ранее уже отмечалось, что все полномочия судов, осуществляемые в рамках контроля и взаимодействия государственных и третейских судов, направлены на оказание содействия развитию третейского разбирательства, привлекательности третейского суда как альтернативного способа разрешения споров. Именно на эти цели указывалось в пояснительной записке, содержащей обоснование необходимости реформирования третейского разбирательства <24>. В качестве содействия со стороны государства развитию третейского разбирательства можно рассматривать внесение изменений в п. 4 ст. 3 Закона о статусе судей, определяющий требования, предъявляемые к судьям. Этот пункт сейчас изложен в новой редакции, и в качестве отдельного, самостоятельного правила в нем сформулировано положение, предусматривающее возможность для судей, пребывающих в отставке, независимо от возраста и судейского стажа выступать в качестве арбитров (третейских судей).

<24> Пояснительная записка к проекту федерального закона "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" // Третейский суд. 2014. N 2/3. С. 87.

Названные изменения Закона о статусе судей наряду с разъяснениями Президиума Совета судей Российской Федерации относительно их применения <25> приобретают особую значимость в связи с требованиями Закона об арбитраже, определяющими порядок формирования рекомендованных списков арбитров.

<25> Постановление Президиума Совета судей РФ от 27.06.2016 N 518 "О разъяснении применения пункта 4 статьи 3 Закона Российской Федерации от 26.06.1992 N 3132-1 "О статусе судей в Российской Федерации" (в ред. Федерального закона от 29.12.2015 N 409-ФЗ, вступающей в законную силу с 01.09.2016)" // СПС "КонсультантПлюс".

Надо сказать, что для международной практики ограничения, связанные с запретом судьям в отставке осуществлять полномочия арбитров, не характерны, причем не только для судей, пребывающих в отставке, но и для действующих судей <26>. С учетом этого, а также в целях "укрепления третейского движения" за счет использования профессионального потенциала и юридического опыта судей, пребывающих в отставке, в литературе давно высказывались предложения об отмене установленных в Законе о статусе судей ограничений <27>. Следовательно, законодательное закрепление права судей, пребывающих в отставке, выступать арбитрами согласуется с международной практикой и обусловлено настоятельной необходимостью эффективного развития института третейского разбирательства.

<26> См., например: Зыкин И.С. Статус арбитра в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2003. N 1. С. 88; Арбитраж в Швеции / Ф. Андерссон, Т. Исаксон, М. Юханссон, У. Нильссон; под ред. Дж. Херре. М., 2014. С. 82.

<27> Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 248.

Таким образом, перечнем дел, обозначенных в ст. 240.1 АПК РФ в качестве связанных с выполнением арбитражными судами функций содействия в отношении третейского суда, содействие международному коммерческому арбитражу не исчерпывается.

Так, например, М.В. Петров предлагал понимать под функциями содействия государственного суда международному коммерческому арбитражу вид деятельности суда по осуществлению властного принуждения, правом применения которого третейский суд не наделен, для более эффективного разбирательства спора в международном коммерческом арбитраже <28>. Такое понимание функций содействия позволяет отнести к ним, наряду с названными в гл. 30 АПК РФ функциями участия суда в формировании состава международного коммерческого арбитража, в том числе назначения арбитров, рассмотрения вопросов, связанных с отводом арбитров, с прекращением полномочий арбитров, также функции по принятию обеспечительных мер по заявлению стороны третейского разбирательства и содействию в получении доказательств.

<28> Петров М.В. Взаимодействие государственного суда и международного коммерческого арбитража: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 7.

Оказание государственным арбитражным судом содействия международному коммерческому арбитражу в принятии обеспечительных мер было предусмотрено АПК РФ с 2002 г. В ст. 90 АПК РФ установлено, что по основаниям, предусмотренным в ч. 2 данной статьи, и по правилам гл. 8 АПК РФ обеспечительные меры могут быть приняты арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства. Заявление подается в арбитражный суд по месту нахождения третейского суда, либо по месту нахождения или месту жительства должника, либо месту нахождения имущества должника.

Пленум ВАС РФ, разъясняя вопросы судебной практики, связанной с применением института обеспечительных мер, обратил внимание судов на понятие "иные лица", используемое в ч. 1 ст. 90 АПК РФ, по заявлению которых арбитражные суды принимают обеспечительные меры, и указал, что под этими лицами понимаются и стороны третейского разбирательства <29>.

<29> См.: п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 N 55 "О применении арбитражными судами обеспечительных мер" // СПС "КонсультантПлюс".

Важная особенность отмечена Пленумом ВАС РФ в п. 34 Постановления от 12 октября 2006 г. N 55: при осуществлении полномочий, связанных с содействием третейским судам в обеспечении имущественных интересов сторон третейского разбирательства, арбитражный суд одновременно выполняет функции судебного контроля. В данном Постановлении указано, что арбитражный суд принимает обеспечительные меры по заявлению стороны третейского разбирательства по общим правилам, предусмотренным нормами АПК РФ, с учетом особенностей третейской формы разбирательства споров, основанной на соглашении сторон (арбитражном соглашении). При рассмотрении таких ходатайств арбитражный суд проверяет действительность арбитражного соглашения.

Арбитражный суд отказывает в принятии обеспечительных мер по заявлению стороны третейского разбирательства, если спор не может быть предметом третейского разбирательства, например носит публичный характер либо затрагивает исключительную юрисдикцию государственных судов.

Разъяснен и порядок отмены обеспечительных мер, принятых арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства (п. 34 Постановления ВАС РФ N 55).

Закон о МКА также содержит положение, создающее правовые условия для обращения стороны третейского разбирательства в государственный суд с ходатайством о применении обеспечительных мер как до, так и во время арбитражного разбирательства (ст. 9).

Использование права на обращение в государственный суд с заявлением о применении обеспечительных мер представляет собой просьбу стороны третейского разбирательства об оказании ей содействия, помощи, адресованную государству в лице органа судебной власти.

Обращение стороны третейского разбирательства в государственный суд обусловлено тем, что принимаемые судом как органом публичной власти (властным органом) меры имеют свойство принудительной исполнимости. Арбитражный суд, исходя из наличия оснований, предусмотренных в ст. 90 АПК РФ, в случае удовлетворения заявления стороны третейского разбирательства о применении обеспечительных мер выносит об этом определение. Такое определение исполняется по правилам исполнения судебных решений, в том числе посредством направления исполнительного листа, выдаваемого на основании определения суда об обеспечительных мерах, в службу судебного пристава-исполнителя для принудительного исполнения. В этом разница и преимущество применения обеспечительных мер государственным судом перед третейским судом, властными полномочиями не наделяемым.

Не исключается и оказание содействия арбитражным судом сторонам третейского разбирательства посредством применения предварительных обеспечительных мер, предусмотренных ст. 99 АПК РФ. Применение таких мер позволяет стороне третейского разбирательства обеспечить защиту имущественных интересов до предъявления иска в третейский суд. Правоприменительная практика арбитражных судов свидетельствует, что предварительные обеспечительные меры по заявлениям сторон третейского разбирательства принимаются арбитражными судами по общим правилам, предусмотренным АПК РФ, с учетом особенностей третейской формы разбирательства споров для обеспечения исполнения будущего решения третейского суда <30>.

<30> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 N 78 "Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер" (пункты 2, 23) // СПС "КонсультантПлюс".

Надо сказать еще об одной функции, направленной на оказание содействия сторонам третейского разбирательства со стороны государственного суда. Законом N 409-ФЗ АПК РФ был дополнен ст. 74.1, посвященной запросам третейского суда о содействии в получении доказательств. Согласно ст. 74.1 АПК РФ третейский суд или сторона третейского разбирательства с согласия третейского суда может обратиться в арбитражный суд с запросом об оказании содействия в получении доказательств, требующихся для разрешения спора в третейском суде.

Аналогичный порядок оказания содействия государственными судами третейским судам существует и за рубежом, что отмечалось исследователями <31>.

<31> См.: Курочкин С.А. Указ. соч. С. 183.

Подводя некоторый итог обзора функций контроля и содействия, оказываемого государственными судами третейским судам и международному коммерческому арбитражу, уместно привести высказывание А.С. Комарова: "Трудно переоценить роль государственных судов для деятельности третейского правосудия, включая международный коммерческий арбитраж... Выполнение государственными судами контрольных функций должно обеспечить возможность достижения целей, ради которых существует третейское разбирательство в современном обществе, где гарантировано соблюдение конституционных прав и свобод для его членов" <32>.

<32> Комаров А.С. О деятельности МКАС и развитии международного коммерческого арбитража // Хрестоматия альтернативного разрешения споров: Учеб.-метод. материалы и практ. рекомендации / Сост. Г.В. Севастьянов. СПб., 2009. С. 278. (Библиотека журнала "Третейский суд". Вып. 3.)

Глава 20. ОСПАРИВАНИЕ РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

20.1. Ходатайство об отмене как исключительное средство оспаривания арбитражного решения

Общие условия оспаривания арбитражных решений. В Российской Федерации решение международного коммерческого арбитража может быть оспорено стороной арбитража только путем подачи заявления о его отмене в компетентный государственный суд. Иного способа оспаривания арбитражных решений закон не предусматривает. Именно поэтому ходатайство об отмене является исключительным средством, с помощью которого заинтересованная сторона может инициировать процедуру оспаривания решения международного коммерческого арбитража.

Рассмотрение судом заявления об отмене арбитражного решения не является формой его обжалования или проверки. Отличие оспаривания арбитражного решения от обжалования состоит в том, что при рассмотрении дела по заявлению об отмене решения международного коммерческого арбитража суд не наделен правом его пересмотра по существу, он лишь устанавливает обстоятельства, которые являются основанием для отказа в признании результатов правоприменительной деятельности третейского суда. **Государственные суды не являются вышестоящей инстанцией по отношению к международным коммерческим арбитражам, не осуществляют проверку законности и обоснованности принимаемых ими решений, не пересматривают разрешенное арбитрами дело по существу.**

Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей - это форма так называемого первичного судебного контроля. Под первичным контролем в международной практике понимаются все процедуры, связанные с проверкой или оспариванием арбитражного решения по инициативе проигравшей стороны. Вторичный, или последующий, судебный контроль осуществляется в процедуре признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Эти формы контроля очень схожи между собой, прежде всего в основаниях для отмены арбитражного решения или отказа в его признании и приведении в исполнение.

Институт отмены арбитражных решений рассматривается как крайняя мера, направленная на защиту сторон от очевидных, грубых процессуальных ошибок, допущенных арбитрами. В развитых арбитражных правовых системах вмешательство судов в работу арбитражей сведено к минимуму ^{<1>}. Роль суда - гарантировать соблюдение прав сторон арбитража на справедливое разбирательство их спора. Апелляция решений международных коммерческих арбитражей в большинстве правовых систем не допускается. Логика подобного запрета заключается в том, что пересмотр арбитражного решения по существу государственным судом противоречит намерениям сторон по передаче спора на разрешение в арбитраж, отраженным в арбитражном соглашении. Именно такой позиции придерживаются суды во многих странах (например, во Франции). Изъятие спора из юрисдикции государственных судов как результат заключения сторонами арбитражного соглашения (так называемый дерогационный эффект арбитражного соглашения) не предполагает его возвращения в суд после вынесения решения арбитрами.

<1> Зыков Р.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М., 2014. С. 179.

Даже если стороны арбитража договорятся о возможности пересмотра судом арбитражного решения в апелляционном порядке, такое положение арбитражного соглашения будет считаться недействительным. Установленный законом **порядок оспаривания арбитражных решений** рассматривается как **императивный и не может изменяться соглашением сторон**. В международной практике принято включать правовые предписания, образующие систему оспаривания решений третейских судов, в содержание публичного порядка. В некоторых странах, например в Бельгии, законодатель предоставил сторонам право договориться об апелляции будущего арбитражного решения в суде. Подобный подход является скорее исключением.

Пересмотр решения международного коммерческого арбитража по существу, обжалование выводов и постановлений арбитров не допускается и по заявлению третьих лиц, которые не участвовали в третейском разбирательстве, но в отношении прав и обязанностей которых было принято решение, а также по заявлению прокурора. Результатом рассмотрения поданного такими лицами заявления может быть только отмена арбитражного решения по тем основаниям, которые указаны в законе.

Таким образом, в Российской Федерации, как и в ряде иных юрисдикций, **общий подход к вопросам отмены арбитражных решений является консервативным**. Сдержанное отношение судов к

оспариванию решений, выносимых арбитрами, свидетельствует о дружественном отношении к международному коммерческому арбитражу как к форме разрешения правовых споров.

Арбитражные решения, которые могут быть оспорены в суде. Далеко не все постановления, выносимые арбитрами, признаются решениями в смысле, придаваемом законом и соглашением сторон. Не имеет принципиального значения наименование, которым арбитры озаглавили принятый акт. В международной практике в качестве арбитражного принято рассматривать такое решение, которое завершает арбитражное разбирательство полностью или в определенной его части, или постановление по промежуточному вопросу, разрешение которого необходимо для вынесения окончательного решения <2>. Ключевыми условиями оспаривания арбитражного решения являются его окончательный характер и правовая связь с местом арбитража. Завершение арбитражного разбирательства - это не просто прекращение процессуальных действий, а восстановление правовой определенности в отношениях сторон. Именно такие арбитражные решения могут быть оспорены в государственном суде.

<2> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М.; Берлин, 2012. С. 15 (http://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/russian_text.pdf; дата посещения - 01.03.2018).

Компетентные суды не рассматривают заявления об отмене постановлений международных коммерческих арбитражей по вопросам, не затрагивающим существа спора, а также заявления об отмене постановлений о прекращении арбитража. Как известно, третейский суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства в следующих случаях: когда истец отказывается от своего требования (если только ответчик не выдвинет возражений против прекращения разбирательства и третейский суд не признает законный интерес ответчика в окончательном урегулировании спора); когда стороны договариваются о прекращении разбирательства; когда третейский суд находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным. Верховный Суд РФ разъяснил, что оспаривание постановления третейского суда о прекращении разбирательства законом не предусмотрено. Постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции, а также о пропуске срока на заявление возражений по поводу компетенции на рассмотрение спора оспариваются в особом порядке, установленном ст. 235 АПК РФ и ст. 422.1 ГПК РФ.

Таким образом, в настоящее время в порядке, определенном ст. 34 Закона о МКА, § 1 гл. 30 АПК РФ, гл. 46 ГПК РФ, могут быть оспорены принятые на территории Российской Федерации:

- решения международных коммерческих арбитражей по существу спора, вынесенные по результатам арбитражного разбирательства;
- отдельные решения международных коммерческих арбитражей - решения по части исковых требований;
- арбитражные решения на согласованных условиях (по своей юридической силе они приравниваются к окончательному арбитражному решению).

Соглашение сторон об окончательности арбитражного решения. В арбитражном соглашении, предусматривающем администрирование арбитража ПДАУ, стороны своим прямым соглашением могут предусмотреть, что арбитражное решение является для них окончательным. В доктрине такое соглашение именуется исключаящим <3>.

<3> См. об этом: Асосков А.В. Допустимость соглашений об исключении оспаривания решений международного коммерческого арбитража, вынесенных на территории России // Трансграничный торговый оборот и право: Liber amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова: Сб. ст. и эссе / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М., 2013. С. 1 - 20.

Исключающее соглашение - это договоренность сторон об отказе от судебной проверки арбитражного решения в рамках процедуры по его оспариванию. Содержанием исключаящего

соглашения становится обязательство сторон воздержаться от обращения в государственный суд с заявлением об отмене арбитражного решения. **Исключающее соглашение** - это инструмент изъятия арбитражного решения из юрисдикции государственного суда по месту арбитража. Подобного рода исключение возможности отмены арбитражного решения судом преследует цель денационализации (делокализации) проводимого арбитража. Стоит отметить, что условие прямого соглашения об окончательности арбитражного решения распространяется только на лиц, которые его подписали. Это дает возможность иным лицам ставить вопрос об отмене арбитражного решения, несмотря на стремление спорящих сторон ограничить контроль со стороны государственного суда.

Окончательное арбитражное решение не подлежит отмене. Государственный суд прекращает производство по делу об отмене арбитражного решения в случае, если установит наличие в третейском соглашении положения о том, что решение третейского суда является окончательным (п. 9 информационного письма N 96). Соответствующая позиция получила развитие в судебной практике <4>.

<4> Определения ВС РФ от 17.05.2016 по делу N A65-21212/2015, от 25.03.2016 по делу N A40-66296/15; Постановление AC Московского округа от 03.06.2016 по делу N A40-214597/2015; Постановление AC Уральского округа от 19.04.2016 по делу N A50-27914/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Исключающим соглашением стороны могут отказаться от проверки судом арбитражного решения, но не могут корректировать процедуру или сроки отмены арбитражного решения, вводить новые основания. Напомним, установленный законом порядок оспаривания арбитражных решений является императивным и не может изменяться соглашением сторон. В некоторых странах стороны арбитража могут не исключать полностью оспаривание решения, а ограничить такое оспаривание только некоторыми из оснований, указанных в законе <5>.

<5> Обзор иностранного регулирования по этому вопросу см.: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Соглашения об отказе от права на оспаривание решения международного коммерческого арбитража // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 2: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М., 2014. С. 259 - 299.

Действие исключаящего соглашения не является абсолютным и ограничивается публичным порядком государства места арбитража. Так, исключаящее соглашение не принимается судом, если на рассмотрение арбитров передан спор по вопросу, лежащему за пределами компетенции третейских судов, в частности спор, касающийся вопросов публично-правового характера, который не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с законом. В этих условиях решение международного коммерческого арбитража подлежит отмене <6>. Условие арбитражного соглашения об окончательности арбитражного решения не принимается во внимание судом, если такое решение нарушает публичный порядок. Арбитражные суды в России последовательно придерживаются такой позиции <7>.

<6> Определение ВАС РФ от 13.04.2010 N ВАС-2070/10 по делу N A58-7656/09 // СПС "КонсультантПлюс".

<7> Постановление AC Уральского округа от 30.11.2016 N A76-28870/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Суд, компетентный рассматривать вопросы оспаривания арбитражных решений. В настоящее время общепризнанной является концепция **разделения между государствами юрисдикций по вопросам оспаривания арбитражных решений и приведения их в исполнение.** Суть этой концепции в том, что государство, на территории которого находилось место арбитража, обладает исключительной юрисдикцией по рассмотрению заявлений об отмене арбитражного решения, тогда как государство, в котором испрашивается приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, может только дать согласие или отказать в признании его юридической силы на своей территории.

Правило об исключительной юрисдикции действует во всех случаях, даже тогда, когда нет никакой другой связи между государством и вынесенным международным коммерческим арбитражем решением, кроме места арбитража. Стороны арбитража, предмет спора, применимое право - все эти факторы не имеют решающего значения при оценке возможности оспаривания арбитражного решения в суде государства места арбитража.

Много вопросов возникало в практике в связи с необходимостью корректного определения места вынесения решения. Можно ли считать местом вынесения решения то место, где оно было подписано арбитрами или последним из арбитров? Может ли таким местом признаваться указанный в самом решении город безотносительно договоренности сторон о месте арбитража? В настоящее время устоявшейся может считаться позиция о том, что **местом вынесения арбитражного решения для целей его оспаривания является согласованное сторонами место арбитража**. Суть этой позиции отражена в постановлении Апелляционного суда Парижа: "Место арбитража является чисто юридической концепцией, которая имеет важнейшие следствия, в частности о юрисдикции государственных судов в вопросах отмены арбитражного решения, и которая целиком зависит от намерений сторон. Это не фактическая концепция, производная от места проведения слушаний или места подписания решения, которые склонны меняться в зависимости от прихоти или неосторожности арбитров" <8>.

<8> Цит. по: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. The Hague; Boston; London, 1999. P. 906.

Российское законодательство содержит правила определения места арбитража и требует, чтобы в арбитражном решении были указаны его дата и место арбитража, как оно определено в соответствии с этими правилами. Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте (ч. 3 ст. 31 Закона о МКА). Напомним, что стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража или порядке его определения (в том числе путем отсылки к правилам арбитража). При отсутствии такой договоренности место арбитража определяется третейским судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон (ст. 20 Закона о МКА).

В международной практике вопросам, связанным с возможностью отмены иностранного арбитражного решения судом государства, нормы материального или процессуального права которого были применены арбитрами при вынесении решения, уделяется достаточно много внимания. В России эти вопросы были основаны на прежней редакции ч. 5 ст. 230 АПК РФ, предусматривавшей возможность оспаривания иностранного арбитражного решения, при принятии которого были применены нормы законодательства Российской Федерации. Судебная практика содержит единичные случаи реализации указанной нормы. Сегодня это правило исключено из АПК РФ. В настоящее время государство, на территории которого находилось место арбитража, обладает исключительной юрисдикцией по рассмотрению заявлений об отмене арбитражного решения вне зависимости от права, примененного арбитрами для разрешения дела: "Отмена решения арбитража возможна исключительно в суде того государства, чей *lex arbitri* был применен к спору" <9>.

<9> Зыков Р.О. Отмена арбитражного решения в государстве, которое не являлось местом арбитража // Новые горизонты международного арбитража: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М., 2013. Вып. 1. С. 138.

Таким образом, **суды Российской Федерации обладают исключительной юрисдикцией по рассмотрению заявлений об оспаривании решений международных коммерческих арбитражей с местом арбитража на территории России** (ч. 1 ст. 230 АПК РФ, ч. 1 ст. 419 ГПК РФ). Дела по заявлениям об отмене решений международных коммерческих арбитражей рассматриваются в соответствии с установленными правилами подведомственности судами или арбитражными судами. Решения международных коммерческих арбитражей по спорам, возникающим из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, оспариваются в арбитражных судах. Заявления об отмене арбитражных решений по иным категориям споров рассматриваются судами общей юрисдикции. Арбитражные суды вправе рассматривать дела об оспаривании решений

международных коммерческих арбитражей, вынесенных по экономическим спорам и иным делам, связанным с осуществлением экономической деятельности, и в тех случаях, когда такие решения приняты о правах и обязанностях физических лиц (п. 15 информационного письма N 96). Единственным критерием для определения подведомственности является предмет (характер) спора.

Обращение в суд с заявлением об отмене арбитражного решения. Решения международных коммерческих арбитражей могут быть оспорены путем подачи заявления об отмене, которое также именуется ходатайством. Ходатайство об отмене арбитражного решения подается в арбитражный суд субъекта Российской Федерации (районный суд), на территории которого оно было принято. По соглашению сторон третейского разбирательства заявление об отмене арбитражного решения может быть подано в районный суд или арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту жительства или месту нахождения одной из сторон третейского разбирательства.

Заявление (ходатайство) об отмене арбитражного решения подается в **срок, не превышающий трех месяцев** со дня его получения стороной, обратившейся с заявлением, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации (в настоящее время иных сроков международные договоры с участием РФ не содержат). Срок на подачу заявления об отмене арбитражного решения является процессуальным и восстанавливается судами по правилам процессуального законодательства (ст. 117 АПК РФ, ст. 112 ГПК РФ). Аналогичную позицию по этому вопросу занимают суды многих государств (например, Германии). Вместе с тем в ряде стран законодателем установлен период, за рамками которого восстановление пропущенного срока на подачу заявления об отмене арбитражного решения является невозможным. Так, например, в Италии оспаривание решения не допускается по истечении одного года с момента его подписания последним из арбитров.

Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей может быть осуществлено не только сторонами арбитража, но также лицами, которые не участвовали в арбитражном разбирательстве, но в отношении прав и обязанностей которых было принято решение. Лицо, которое не является стороной арбитража и в отношении прав и обязанностей которого арбитрами вынесено решение, вправе подать заявление об отмене такого решения в государственный суд в срок, не превышающий трех месяцев со дня, когда такое лицо узнало или должно было узнать об оспариваемом им решении.

С заявлением об отмене арбитражного решения может обратиться прокурор, если решение международного коммерческого арбитража затрагивает интересы Российской Федерации, субъекта РФ, муниципального образования, не участвовавших в арбитражном разбирательстве. Прокурор может оспорить только арбитражные решения, вынесенные по делам о признании недействительными сделок и о применении последствий недействительности ничтожных сделок, совершенных органами государственной власти РФ, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными унитарными предприятиями, государственными учреждениями, а также юридическими лицами, в уставном капитале (фонде) которых есть доля участия Российской Федерации, доля участия субъектов РФ, доля участия муниципальных образований.

При рассмотрении заявления об отмене решения международного коммерческого арбитража, поданного прокурором либо лицом, которое не является стороной арбитража и в отношении прав и обязанностей которого арбитрами вынесено решение, суд обязан привлечь к участию в деле все стороны арбитража.

Требования к ходатайству об отмене арбитражного решения. Заявление об отмене решения международного коммерческого арбитража подается в письменной форме. Подача в арбитражный суд заявления об отмене решения третейского суда допускается также путем заполнения формы, размещенной на официальном сайте суда в сети Интернет.

В заявлении об отмене арбитражного решения должны быть указаны:

- 1) сведения об арбитраже, принявшем решение: состав третейского суда и место его нахождения;
- 2) сведения о ПДАУ, администрировавшем третейское разбирательство: наименование и место нахождения (в случае наличия ПДАУ);
- 3) сведения о сторонах арбитража: наименование, место нахождения или место жительства;

4) дата и место принятия арбитражного решения;

5) дата получения оспариваемого решения стороной, обратившейся с заявлением о его отмене, либо дата, когда лицо, которое не является стороной арбитража и в отношении прав и обязанностей которого вынесено решение третейского суда, узнало об оспариваемом им решении (необходимо для того, чтобы установить, соблюден ли заявителем срок на обращение с заявлением об отмене решения);

6) ходатайство заявителя об отмене арбитражного решения, а также основания, по которым оспаривается указанное решение (из числа предусмотренных законом).

Процессуальное законодательство определяет перечень необходимых для рассмотрения дела документов, которые должны быть представлены заявителем. К их числу отнесены:

1) копия решения международного коммерческого арбитража, подписанного арбитрами и направленного стороне арбитража в соответствии со ст. 31 Закона о МКА. Напомним, что после вынесения арбитражного решения каждой стороне должен быть передан его экземпляр, подписанный арбитрами;

2) арбитражное соглашение - подлинник или его надлежащим образом заверенная копия. В тех случаях, когда арбитражное соглашение содержит указание на применимые правила арбитража, их также целесообразно приложить, поскольку они являются неотъемлемой частью арбитражного соглашения;

3) документы, представляемые в обоснование требования об отмене арбитражного решения: письменные доказательства, подтверждающие наличие оснований, предусмотренных ст. 34 Закона о МКА;

4) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в размере, установленном ст. ст. 333.19 и 333.21 НК РФ;

5) уведомление о вручении или иной документ, подтверждающий направление копии заявления об отмене решения международного коммерческого арбитража другой стороне третейского разбирательства;

6) доверенность или иной документ, подтверждающий полномочия лица на подписание заявления.

Арбитражное соглашение и решение международного коммерческого арбитража могут быть приложены как в подлинниках, так и в виде копий, заверенных по правилам *lex fori* для подтверждения подлинности содержащихся в них подписей.

В силу объективных причин лицо, которое не является стороной арбитража, не всегда располагает копиями решения международного коммерческого арбитража и арбитражного соглашения. Именно поэтому такое лицо может приложить к заявлению об отмене арбитражного решения любые документы, подтверждающие вынесение такого решения.

Действия суда на этапе принятия заявления об отмене арбитражного решения. Соблюдение требований к составлению ходатайства об отмене и представление перечисленных выше документов - процессуальная обязанность заявителя. Суд проверяет соблюдение формальных требований при рассмотрении вопроса о принятии заявления об отмене арбитражного решения. Поданное с нарушением требований закона заявление оставляется без движения или возвращается лицу, его подавшему. Сторона арбитража либо иное лицо, обратившиеся в суд с заявлением об отмене решения третейского суда, вправе отказаться от своего требования до принятия определения, которым завершается рассмотрение заявления. В этом случае производство по делу в государственном суде прекращается, а заинтересованное лицо утрачивает право на повторное обращение. По итогам рассмотрения вопроса о принятии заявления об отмене арбитражного решения выносится определение, которое может быть обжаловано.

20.2. Порядок рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения

Заявление об отмене арбитражного решения рассматривается судьей единолично по правилам

рассмотрения дела судом первой инстанции в срок, не превышающий одного месяца со дня его поступления в суд. Лица, участвующие в деле об отмене решения международного коммерческого арбитража, извещаются судом о времени и месте судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте проведения судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения дела. Участие в деле иных лиц (в том числе арбитров, вынесших решение, представителей ПДАУ администрировавших третейское разбирательство) законодательством не предусмотрено.

При подготовке дела об отмене решения международного коммерческого арбитража к судебному разбирательству по ходатайству лиц, участвующих в деле, суд может истребовать материалы дела, решение по которому оспаривается, из ПДАУ, в котором находятся на хранении материалы третейского дела, или из органа, уполномоченного на хранение материалов третейского дела в соответствии с законодательством Российской Федерации, по правилам, предусмотренным для истребования доказательств.

Государственный суд прекращает производство по делу об отмене решения международного коммерческого арбитража в случае, если установит наличие в арбитражном соглашении положения о том, что решение арбитража является окончательным. Сторона, обратившаяся в суд с требованием об отмене решения международного коммерческого арбитража, вправе отказаться от своего требования до принятия определения, которым заканчивается рассмотрение заявления. В этом случае производство по делу в государственном суде прекращается, а заинтересованное лицо утрачивает право на повторное обращение.

При рассмотрении дела государственный суд устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены решения международного коммерческого арбитража, исследуя доказательства, представленные в обоснование заявленных требований и возражений. Предметом оценки государственного суда является соответствие публичному порядку самого арбитражного решения, соблюдение при его принятии основополагающих принципов права, т.е. его основных начал, которые обладают универсальностью, высшей императивностью и особой значимостью, поскольку только их нарушение может служить основанием для отмены арбитражного решения, а не вопросы исследования третейским судом доказательств по делу или правильность применения норм материального права или норм процессуального права <10>. **Государственный суд не вправе переоценивать обстоятельства, установленные арбитрами, либо пересматривать решение международного коммерческого арбитража по существу** (п. 12 информационного письма N 96).

<10> Постановление АС Московского округа от 25.10.2016 по делу N А40-222434/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Недопустимость переоценки обстоятельств судом не означает запрета исследовать такие обстоятельства. В международной практике принято исходить из того, что "природа проверки, осуществляемой государственными судами, подразумевает, что они должны быть в полной мере свободны в праве исследовать обстоятельства дела, как правовые, так и фактические" <11>. В ходе рассмотрения дела по заявлению об отмене арбитражного решения государственный суд может исследовать обстоятельства дела, ранее рассмотренного арбитражем, в целях установления наличия или отсутствия оснований для отмены вынесенного арбитрами решения. При этом **суд не пересматривает выводы арбитров, не проверяет правильность применения ими правовых норм**. Цель исследования судом обстоятельств дела, рассмотренного арбитрами, состоит в установлении фактов, с наличием которых закон связывает отмену итогового решения.

<11> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 925.

Государственный суд может отменить только часть арбитражного решения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением (ч. 2 ст. 34 Закона о

МКА). Отмена части решения допускается тогда, когда постановления арбитров делимы друг от друга и установленные судом основания для отмены решения не поражают все части решения.

Государственный суд при рассмотрении дела об отмене арбитражного решения не может его дополнять или изменять. Суды не наделены правом пересмотра разрешенного арбитрами дела по существу.

Рассмотрение заявления об отмене арбитражного решения по общему правилу приостанавливает рассмотрение вопроса о его признании и приведении в исполнение. Так, в соответствии со ст. VI Нью-Йоркской конвенции 1958 г., если перед компетентным судом возбуждено ходатайство об отмене или приостановлении исполнения арбитражного решения, то та власть, к которой обратились с просьбой о признании и приведении в исполнение этого решения, может, если найдет целесообразным, отложить разрешение вопроса о приведении в исполнение этого решения и может также по ходатайству той стороны, которая просит о приведении в исполнение этого решения, обязать другую сторону представить надлежащее обеспечение. В Российской Федерации в случаях, когда в различных судах находятся на рассмотрении поданные в один и тот же день заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения и заявление о его отмене, производство по делу о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения подлежит приостановлению (ч. 6 ст. 238 АПК РФ, ч. 6 ст. 425 ГПК РФ).

Определение суда по делу об оспаривании арбитражного решения. По результатам рассмотрения заявления об отмене решения международного коммерческого арбитража суд выносит определение по правилам, установленным для принятия решения, в котором указываются наименования сторон арбитражного разбирательства; отражаются сведения об оспариваемом решении международного коммерческого арбитража и о месте его принятия; о составе арбитров, принявших оспариваемое решение; указывается на отмену решения международного коммерческого арбитража полностью или в части либо отказ в удовлетворении требования заявителя полностью или в части. Определение суда по делу об оспаривании арбитражного решения может быть обжаловано только в кассационном порядке не позднее одного месяца со дня вынесения. В таком же порядке обжалуются определения о возвращении заявления и другие определения, которыми завершается производство по названным категориям дел без рассмотрения заявления по существу (определение о прекращении производства по делу, определение об оставлении заявления без рассмотрения) <12>.

<12> Постановление АС Московского округа от 21.08.2015 по делу N А40-213851/14 // СПС "КонсультантПлюс".

В случае отказа в удовлетворении требования заявителя об отмене решения международного коммерческого арбитража суд в определении указывает на возможность получения лицом, в пользу которого вынесено такое решение, исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража. Дополнительно обращаться в суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража в этом случае не требуется.

Возобновление арбитражного разбирательства (ремиссия). Суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный им срок (не более трех месяцев) производство по этому вопросу, чтобы предоставить третьей стороне возможность возобновить арбитраж или предпринять иные действия, которые позволят устранить основания для отмены арбитражного решения. В международной практике возвращение дела арбитрам для устранения недостатков именуется **ремиссией**. Цель ремиссии - предоставить составу арбитров возможность устранить нарушения, которые могут стать основанием для отмены арбитражного решения, и тем самым избежать его отмены.

Нет никакого смысла возобновлять арбитраж тогда, когда объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства либо оспариваемое арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации. Именно поэтому законом определены условия допустимости ремиссии. Применение правил ч. 4 ст. 34 Закона о МКА и приостановление производства по делу в суде допускается только в тех случаях, когда заявление об отмене решения международного коммерческого арбитража

подано по основаниям, предусмотренным абз. 2, 3 и 4 п. 1 ч. 2 ст. 34 Закона о МКА. Эти основания предоставляют компетентному суду право отменить арбитражное решение, если сторона арбитражного разбирательства не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения; арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или применимому закону. Так, например, арбитраж может быть возобновлен при отсутствии в решении международного коммерческого арбитража подписей арбитров.

Как правило, дело возвращается тому же составу арбитров, который ранее его рассматривал. Вместе с тем не исключены ситуации, при которых это станет невозможным. Учеными настоятельно не рекомендуется решать эту проблему назначением нового состава арбитров, поскольку формирование нового состава арбитров для выполнения задач предыдущего может породить больше проблем, чем было <13>.

<13> Sanders P. Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice. The Hague, 1999. P. 325.

Постановление арбитража, выносимое по итогам рассмотрения возвращенного дела, оформляется как дополнительное решение. В таком виде оно рассматривается в качестве составной части ранее вынесенного и оспоренного решения, и его юридическая сила поглощается основным арбитражным решением. В некоторых странах (например, в Германии) суд возвращает дело арбитрам в рамках ремиссии, отменяя арбитражное решение. В таком случае арбитры выносят новое решение, а не корректируют прежнее.

Выводы государственного суда, его квалификация тех или иных фактов в качестве оснований для отмены арбитражного решения являются, безусловно, обязательными для состава арбитров. Вступившие в законную силу судебные акты обязательны для органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов, организаций, должностных лиц и граждан и подлежат исполнению на всей территории Российской Федерации. Процессуальные последствия изменения третейским судом решения определены целью ремиссии, а именно: устранить основания для отмены арбитражного решения. Расходы между сторонами распределяются по общим правилам.

После возобновления производства по делу об отмене арбитражного решения суд рассматривает заявление о его отмене с учетом действий, предпринятых арбитрами в целях устранения оснований для отмены.

20.3. Основания для отмены арбитражного решения

При рассмотрении дела государственный суд не пересматривает арбитражное решение по существу, а устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены решения, предусмотренных законом. **Основания для отмены арбитражных решений** - это обстоятельство, при наличии которых государство не признает результатов правоприменительной деятельности международных коммерческих арбитражей. Все они являются результатом превышения арбитрами своей компетенции при рассмотрении и разрешении спора сторон. Теоретической основой выделения оснований для отмены арбитражных решений является доктрина "превышения полномочий" (**excess of authority**). Необходимо отметить, что допущенные составом арбитров нарушения установленных правил должны быть существенными настолько, чтобы признание итоговых арбитражных решений, сохранение их юридической силы становилось бы угрозой соблюдению принципов национальной правовой системы.

В Российской Федерации решение международного коммерческого арбитража может быть отменено судом по основаниям, предусмотренным международным договором РФ и ст. 34 Закона о МКА. В настоящее время не существует международного договора с участием РФ, непосредственно определяющего основания отмены арбитражных решений. Европейская конвенция 1961 г., участницей которой является Россия, в ст. IX указывает основания объявления арбитражного решения

недействительным. Эти основания прямо не применяются для отмены, а являются условиями отказа в признании или исполнении отмененного арбитражного решения. Отмена арбитражного решения, подпадающего под действие Европейской конвенции 1961 г., в одном из государств - участников Конвенции будет являться причиной отказа в признании или исполнении этого решения в других государствах-участниках 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 оснований, указанных в ст. IX Европейской конвенции. В этом состоит правовое значение оснований объявления арбитражного решения недействительным, перечисленных в указанной норме. Принято считать, что Европейская конвенция 1961 г. приветствует исполнение арбитражного решения без учета его отмены в стране, где оно было вынесено, по любым иным основаниям, кроме перечисленных в ст. IX (1) <14>.

<14> Hascher D. Commentary on the European Convention 1961 // Yearbook Commercial Arbitration. 2011. Vol. XXXVI. P. 535.

Исчерпывающий перечень оснований для отмены решений международных коммерческих арбитражей установлен Законом о МКА. Арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если сторона, заявляющая ходатайство о его отмене, представит доказательства того, что:

1) одна из сторон арбитражного соглашения была в какой-то мере недееспособна либо это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону Российской Федерации;

2) сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения;

3) арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;

4) состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону.

Арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если компетентный суд определит, что:

1) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом;

2) арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Стоит отметить, что **все основания для отмены арбитражных решений можно квалифицировать как нарушения публичного порядка**, причем те, которые доказываются заявителем, относятся к категории так называемого международного публичного порядка. Так, например, содержанием публичного порядка Российской Федерации охватывается принцип свободного, сформулированного в соглашении отказа участников гражданского оборота от государственного правосудия в пользу альтернативных способов разрешения споров (в частности, арбитража). Подписание спорного арбитражного соглашения неуполномоченным либо неустановленным лицом является основанием для вывода об отсутствии между сторонами третейского разбирательства заключенного в установленном законом порядке соглашения о передаче спора на рассмотрение третейского суда и влечет отмену арбитражного решения <15>. Обратим внимание, что в целях наиболее эффективного распределения обязанностей по доказыванию составители Типового закона ЮНСИТРАЛ, а вслед за ними и российский

законодатель выделили ряд обстоятельств в качестве самостоятельных оснований для отмены арбитражных решений, что неоднократно подчеркивалось судами в процессе применения норм о контроле за решениями международных коммерческих арбитражей.

<15> Постановление АС Уральского округа от 30.11.2016 по делу N А76-28870/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Правильность применения арбитрами норм материального или процессуального права, вопросы исследования арбитрами доказательств по делу не являются основанием для отмены решения международного коммерческого арбитража <16>. Это относится и к вопросам применения арбитрами норм об исковой давности. Вопросы исчисления срока исковой давности, определения начала течения срока исковой давности, приостановления течения срока исковой давности, его перерыва относятся к обстоятельствам, устанавливаемым арбитражем, разрешающим спор по существу <17>.

<16> Постановление АС Московского округа от 15.01.2016 по делу N А40-111688/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

<17> Постановление АС Московского округа от 25.01.2017 по делу N А40-111995/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Анализ перечисленных оснований для отмены арбитражных решений свидетельствует о том, что отмена может стать следствием **отсутствия у арбитража компетенции на рассмотрение спора вообще** (в случаях, когда арбитражное соглашение недействительно либо объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства); **превышения арбитрами компетенции по рассмотрению спора сторон** (тогда, когда решение содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, либо вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением); **существенных нарушений арбитражной процедуры** (в случаях, если одна из сторон не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, а равно по другим причинам не могла представить свои объяснения; состав арбитров или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон и применимому законодательству) либо **ненадлежащей стороны** (в случаях, если одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна либо не уполномочена на передачу спора в арбитраж). Кроме того, государственный суд может отменить арбитражное решение, если оно **противоречит публичному порядку Российской Федерации**. Основания для отмены арбитражных решений должны толковаться судами **ограничительно**.

Все большее развитие в международной практике получает подход, в соответствии с которым не любое нарушение, закрепленное в законе в качестве основания для отмены арбитражного решения, влечет такую отмену. Если нарушение является малозначительным, **de minimis**, не носит серьезного характера, суд может отказать заявителю в отмене решения арбитров.

Рассмотрим более подробно основания для отмены арбитражных решений, наличие которых должен доказывать заявитель:

I. Одна из сторон арбитражного соглашения была в какой-то мере недееспособна, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону Российской Федерации. Недееспособность одной из сторон есть частный случай недействительности арбитражного соглашения. Способность для участников гражданского оборота становиться сторонами арбитражного соглашения известна в теории как "субъективная арбитрабельность" и касается возможности передачи споров в арбитраж некоторыми субъектами с учетом характера их правоспособности.

В международной практике недееспособность стороны арбитражного соглашения оценивается не только в буквальном понимании, но также и как отсутствие полномочий на его заключение в принципе либо превышение таких полномочий.

Недействительность арбитражного соглашения становится результатом нарушения требований применимого законодательства. Обычно это право, согласованное сторонами, либо право суда, рассматривающего заявление об отмене арбитражного решения. Прежде всего это касается требований к его форме - арбитражное соглашение заключается в письменной форме (ч. 2 ст. 7 Закона о МКА). Недействительными являются арбитражные соглашения, заключенные вследствие принуждения или обмана, введения в заблуждение, совершения мошеннических действий, недобросовестного поведения, а также соглашения, носящие противоправный характер. Это же относится и к соглашениям, заключенным лицами с превышением имеющихся у них полномочий. Действительное арбитражное соглашение должно содержать указание на конкретные правоотношения, из которых возник спор, явно выраженное намерение передать спор в арбитраж, а также указание на конкретный третейский суд либо порядок его формирования. Не приобретает юридической силы соглашение о передаче в арбитраж споров, которые в соответствии с законом не могут быть предметом третейского разбирательства.

Российским законодательством установлены ограничения при заключении некоторых видов арбитражных соглашений. Так, арбитражное соглашение о передаче в арбитраж всех или части корпоративных споров участников юридического лица и самого юридического лица не может быть заключено путем включения его в устав акционерного общества с числом акционеров - владельцев голосующих акций одна тысяча и более, а также в устав публичного акционерного общества (ч. 8 ст. 7 Закона о МКА). Нарушение установленных законом ограничений влечет недействительность арбитражного соглашения.

Стоит отметить, что арбитражное соглашение может быть признано недействительным лишь по ограниченному перечню оснований. Нью-Йоркская конвенция 1958 г., Закон о МКА исходят из **презумпции действительности арбитражного соглашения**. Именно поэтому при толковании арбитражного соглашения любые сомнения должны толковаться в пользу его действительности (ч. 9 ст. 7 Закона о МКА), а доказывание обстоятельств, приводимых в обоснование необходимости отмены арбитражного решения, возложено на заявителя.

По указанному основанию суд отменяет арбитражное решение и в том случае, если арбитражное соглашение утратило свою силу к моменту проведения арбитражного разбирательства. Причины могут быть самые разные - истечение определенного сторонами срока действия соглашения, отказ от арбитража, прекращение или расторжение арбитражного соглашения.

II. Сторона арбитража не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения. Нередко суды при применении рассматриваемого основания ориентируются на национальное процессуальное законодательство как на стандарт процедурной справедливости, точную меру для оценки возможных ущемлений прав сторон арбитража. Вместе с тем в международной практике принято исходить из того, что "стандарты процедурной беспристрастности в международном коммерческом арбитраже по общему правилу не должны быть идентичными национальным стандартам или стандартам, применяемым в судебном разбирательстве, точнее сказать, они являются международными стандартами **sui generis**" <18>. Не стоит забывать, что арбитраж - это процедура, которую конструируют сами стороны при соблюдении императивных требований применимого закона и правил арбитража. Широкой дискрецией в вопросах процедуры обладают и арбитры <19>.

<18> Born G. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 2577.

<19> См. об этом, в частности: Савранский М.Ю. Процессуальные средства и иерархия уровней регулирования арбитража по новому российскому законодательству // Третейский суд. 2016. N 4/5. С. 21 - 34.

Диспозитивность - важная, но не единственная черта арбитража, остающегося юрисдикционной процедурой, которой имманентно присущи стандарты справедливого разбирательства. Ни стороны, ни арбитры не могут отступать от требований, гарантирующих стороне спора право быть заслушанной органом, выносящим обязательное решение, право знать о проводимом в отношении нее

разбирательстве, право представлять свои аргументы и доказательства, оспаривать доводы другой стороны. Ущемление этих прав не позволяет признавать арбитражное решение, сохраняя за ним силу юрисдикционного акта.

Основаниями для отмены решения международного коммерческого арбитража будут **нарушения права сторон на справедливое слушание, нарушения надлежащей процедуры**, повлекшие ущемление указанного права сторон арбитража, а также **отсутствие уведомления**. Все стороны арбитража должны надлежащим образом уведомляться о проводимых арбитрами слушаниях и других действиях, имеющих важное процедурное значение. Обязанность удостовериться в надлежащем уведомлении сторон целиком лежит на арбитрах. Неуведомление или ненадлежащее (неточное, лишенное конкретики либо несвоевременное) уведомление сторон арбитража, ущемляющие их право на участие в разбирательстве дела, является основанием для отмены итогового решения.

Ненадлежащее уведомление лишает стороны возможности полноценно участвовать в формировании состава арбитров, рассмотрении арбитрами дела по существу, представлять и защищать свою позицию по делу, участвовать в слушаниях и представлении доказательств. Фактами, свидетельствующими о наличии оснований для отмены, могут выступать ненадлежащие уведомления сторон о самом разбирательстве, времени и месте устных слушаний.

Арбитражное решение может быть отменено судом по рассматриваемому основанию в связи с тем, что одна из сторон арбитража не могла представить свои объяснения по следующим причинам, признаваемым в международной практике уважительными:

1. Неравные возможности участия в разбирательстве. Именно так принято квалифицировать произвольное предоставление только одной стороне права представлять доказательства, приглашать свидетелей, ставить на обсуждение арбитров вопросы факта и права. Равным образом расценивается отказ одной из сторон в представлении аргументов или доказательств либо ограничение ее в праве возражать на аргументы или доказательства, представленные другой стороной. Особо следует отметить, что арбитражное решение должно быть отменено в случаях, когда стороне было отказано в праве полноценно участвовать в арбитражном разбирательстве по причине неуплаты арбитражных расходов и сборов полностью или в своей части.

2. Отказ от проведения слушаний. Нежелание арбитров назначать и проводить слушания тогда, когда стороны считают это необходимым, безусловно, нарушает права участников разбирательства на представление своих объяснений. Это, конечно, не означает необходимость проведения слушаний по каждому, даже незначительному вопросу, поднимаемому сторонами, иначе разбирательство спора может затягиваться недобросовестной стороной.

3. Предъявление новых требований. Нарушением равного отношения к сторонам будет принятие арбитрами в последний момент перед вынесением решения полностью новых исковых требований одной стороны без предоставления другой стороне адекватной возможности и достаточного времени для представления возражений.

4. Уважительной причиной непредставления стороной арбитража своей позиции по делу признаются и **форс-мажорные обстоятельства**, сделавшие невозможным ее участие.

5. Нередко недовольные стороны ставят вопрос об отмене арбитражного решения по причине того, что арбитры **не учитывали их пожелания при составлении графика разбирательства и планировании слушаний**. Эти обстоятельства могут стать основанием для отмены решения, только когда в результате такого планирования арбитры поставили одну из сторон в существенно более выгодное положение, предоставили ей ничем не обоснованное процессуальное преимущество либо резко ухудшили возможности другой стороны (например, важные для дела свидетели не смогли принять участие в слушаниях).

При оценке доводов заявителя о том, что сторона арбитража не могла представить свои объяснения по уважительным причинам из-за действий арбитров, следует принимать во внимание тот факт, что арбитры обладают известной свободой и широким усмотрением в организации и ведении арбитражного разбирательства. Равное отношение к сторонам отнюдь не означает математически равного времени на изложение позиции, равного количества свидетелей или иных доказательств по делу. Арбитры

самостоятельно оценивают необходимость и достаточность представленных доказательств, а также целесообразность исследования тех или иных обстоятельств с позиций их относимости к делу. В этом аспекте важным является другое - не должны ущемляться права сторон на представление своей позиции и участие в разбирательстве.

III. Арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Применение указанного основания подразумевает наличие действительного арбитражного соглашения. Как оценивать тот факт, что арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения? Очевидно, что в этом случае арбитры превышают свои полномочия, выходят за пределы той компетенции, которой их наделили стороны, и разрешают спор, относящийся к компетенции государственных судов. Напомним, объем компетенции арбитров произведен от объема соглашения сторон. Закономерное следствие превышения арбитрами компетенции - отмена арбитражного решения.

В теории возможны три сценария. Решение может быть вынесено арбитражем, во-первых, при отсутствии у него компетенции в принципе; во-вторых, с превышением полномочий (**extra petita**); и в-третьих, без разрешения некоторых из поставленных перед арбитражем требований (**infra petita**) <20>. Последний вариант не касается частичных решений и сегодня во многом утратил свое значение в связи с принятием Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и законодательства, основанного на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Если стороны не договорились об ином, любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может в течение 30 дней по получении арбитражного решения просить третейский суд вынести дополнительное решение в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в решении (ч. 3 ст. 33 Закона о МКА).

<20> Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration. London, 1986. P. 326.

При оценке обстоятельств, приводимых в обоснование необходимости отмены арбитражного решения, принято исходить из **презумпции того, что арбитраж действовал в пределах своей компетенции**. Именно поэтому доказывание соответствующих обстоятельств возложено на заявителя.

Заявление стороны арбитража о превышении арбитрами компетенции (в доктрине принято обозначать как **extra petita** или **ultra petita**) не должно преследовать цели апелляции арбитражного решения. На практике нередко суду сложно разделить доводы о превышении полномочий и аргументы в пользу пересмотра решения по существу. Задача суда - оценить объем арбитражного соглашения и реализованную арбитрами компетенцию. Как правило, выход третейского суда за пределы своей компетенции в некоторых вопросах не поражает недействительностью все решение. Как было отмечено ранее, если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением.

По рассматриваемому основанию государственный суд отменяет арбитражное решение в части, касающейся лица, не участвующего в третейском разбирательстве, о правах и обязанностях которого было принято решение (п. 11 информационного письма N 96). Арбитражное решение, принятое третейским судом, не указанным в арбитражном соглашении в качестве компетентного форума по рассмотрению дела, также отменяется как вынесенное по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия <21>.

<21> Постановление Президиума ВАС РФ от 10.04.2012 по делу N А40-21083/11-141-178 // СПС "КонсультантПлюс".

IV. Состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону. В случае если сторона арбитража ссылается на данное основание, суд, рассматривающий дело об отмене арбитражного решения, устанавливает, было ли достигнуто сторонами соглашение о порядке формирования состава арбитров, а также исполнено ли оно в конкретном деле. Напомним, что нормы закона, определяющие порядок формирования состава арбитров, носят диспозитивный, восполнительный характер, поэтому только при отсутствии соглашения сторон суд применяет нормы законодательства для оценки порядка формирования состава арбитров. Вместе с тем нарушение соглашения сторон будет являться основанием для отмены арбитражного решения, если только такое соглашение не противоречит императивным требованиям законодательства об арбитраже, от которого стороны не вправе отступить. Стороны вправе договориться о дополнительных требованиях, предъявляемых к арбитрам, включая требования к их квалификации, или о разрешении спора конкретным арбитром или конкретными арбитрами. Отступление от таких требований при условии дальнейшего участия сторон в разбирательстве дела автоматически не влечет отмены итогового арбитражного решения по рассматриваемому основанию. Подобные нарушения должны оцениваться через призму реализации процессуальных гарантий сторон на справедливое рассмотрение их спора.

Рассматриваемое основание применяется в случаях, когда было нарушено право стороны третейского разбирательства на участие в формировании состава арбитров, прежде всего при назначении арбитров, а также в случаях, когда дело было разрешено составом арбитров, не соответствующим соглашению сторон или закону.

Арбитражное решение подлежит отмене в случае, если при формировании состава арбитров были нарушены принципы независимости и беспристрастности арбитров, третейский судья был прямо или косвенно заинтересован в исходе дела. **Независимость и беспристрастность арбитров - это ключевое условие признания** арбитража как юрисдикционной процедуры, а также **юридической силы выносимых арбитрами решений**. Предвзятое отношение к сторонам, влияние сторон или иных лиц на выводы и постановления арбитров, их связи самого разного характера с предметом спора или сторонами арбитража - все это является безусловным основанием для отмены арбитражного решения.

Национальный законодатель создает условия, обеспечивающие формирование состава арбитров, свободного от какого-либо влияния и способного уделить разбирательству спора столько времени и сил, сколько необходимо для его качественного разрешения, а также предоставляет гарантии соблюдения таких условий. Арбитражное решение подлежит отмене в случае, если в состав арбитров входили лица, которые в соответствии с законом не могли быть назначены арбитрами. В России физическое лицо не может быть избрано (назначено) арбитром в связи с его должностным статусом, публично значимыми функциями, определенными федеральным законом (к их числу относятся судьи, сотрудники органов прокуратуры, депутаты, военнослужащие и др.). Отметим, что сохранение особого, специального статуса обеспечивается в первую очередь отраслевым законодательством, а уже потом законодательством о международном коммерческом арбитраже.

Что касается арбитражной процедуры, стороны арбитража конструируют правила разбирательства в своих интересах так широко, как это допускает закон. Нежелание арбитров следовать воле сторон и отступление от согласованной процедуры образуют основание для отмены итогового решения. Причина тому - превышение арбитрами своих полномочий. Несоответствие процедуры арбитража по своему характеру должно быть настолько существенным, чтобы в результате исказился весь ход разбирательства, были ущемлены права сторон на справедливое рассмотрение спора. Суд отменяет арбитражное решение по мотивам несоответствия арбитражной процедуры соглашению сторон или применимому закону в случаях, когда в ходе рассмотрения дела арбитры нарушили принцип равного отношения к сторонам, например отказались отложить арбитражное разбирательство по просьбе одной из сторон, основанной на уважительной причине, либо таким образом проводили рассмотрение дела, что выразили явное предубеждение в отношении одной из сторон. Отличие от рассмотренного ранее основания состоит в том, что сторона не лишается права представлять свои объяснения, участвует в разбирательстве, но в заведомо невыгодном положении.

Неприемлемым является ведение арбитража на основе другого регламента, чем тот, который согласовали стороны арбитража. Вместе с тем применение арбитрами для разрешения дела иного материального права, нежели то, которое избрали стороны, не образует основания для отмены арбитражного решения.

Теперь рассмотрим основания для отмены арбитражных решений, устанавливаемые компетентным судом *ex officio*:

I. Объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом. Принято считать, что доктрина неарбитрабельности обеспечивает особое, чрезвычайное основание для отмены решений международных коммерческих арбитражей <22>. Неарбитрабельность споров, как правило, обусловлена особенностями правовой природы отношений, лежащих в их основе, наличием в них публичного интереса. Напомним, что арбитрабельность является правовым механизмом, обеспечивающим защиту публичных интересов как при выборе сторонами формы защиты своих прав и законных интересов, так и при решении вопроса об интеграции арбитражного решения в национальный правовой порядок.

<22> Born G. Op. cit. P. 2618.

Арбитрабельность определяется исходя из закона страны, где оспаривается арбитражное решение. В России круг споров, которые могут быть предметом разбирательства в международном коммерческом арбитраже, определен ст. 1 Закона о МКА, ст. 33 АПК РФ, ст. 221 ГПК РФ, а в ряде случаев также и нормами иных федеральных законов. По соглашению сторон в международный коммерческий арбитраж могут передаваться споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

Международными коммерческими арбитражами могут рассматриваться, в частности, споры из отношений по купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), распоряжению исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности или на средства индивидуализации, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям, страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации, инвестиционные споры.

Принято считать, что неарбитрабельность должна затрагивать основной предмет иска, а не его вспомогательные части <23>.

<23> Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. ... С. 90.

II. Арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации. Противоречие решения международного коммерческого арбитража публичному порядку Российской Федерации - это исключительное основание для его отмены. Российскими судами в настоящее время применяются рекомендации, отраженные в Обзоре практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений (информационное письмо N 156) <24>. Под публичным порядком принято понимать фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации, если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц (п. 1 информационного письма N 156).

<24> См., например: Определение ВС РФ от 28.12.2015 по делу N А53-30998/2014 // СПС

"КонсультантПлюс".

Отметим, что государственный суд **sua sponte** применяет оговорку о публичном порядке как основание для отмены арбитражного решения в исключительных случаях, не подменяя иных специальных оснований, предусмотренных ст. 34 Закона о МКА. Специальные основания для отмены арбитражных решений, связанные с нарушением процедурных требований, обеспечивают соблюдение минимальных стандартов справедливого разбирательства и являются элементами уже не национального, а международного публичного порядка.

По всем основаниям, указанным в ст. 34 Закона о МКА, арбитражное решение может быть отменено судом тогда, когда в арбитражном соглашении не предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным. По основаниям, применяемым судом **ex officio**, такое решение может быть отменено и в том случае, если сторона, подавшая заявление об отмене арбитражного решения, на них не ссылается.

В некоторых странах сторона, заявляющая ходатайство об отмене арбитражного решения, утрачивает возможность сослаться на перечисленные основания для отмены в случае, если ранее она не заявляла соответствующие возражения в ходе арбитражного разбирательства. Так, например, во Франции сторона, которая не заявила возражения по вопросу компетенции арбитража самим арбитрам в ходе разбирательства, будет считаться согласившейся с отнесением спора к их компетенции, таким образом, она будет ограничена в праве оспаривать решение по этому основанию перед французскими судами <25>. Аналогичным образом принято оценивать случаи, когда сторона не заявляла возражения при нарушениях процедуры формирования состава арбитров или назначения арбитра. Правило об утрате права на возражение содержится в регламентах многих арбитражных центров.

<25> Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Op. cit. P. 927.

Основания для отмены арбитражных решений за рубежом. Основания отмены арбитражных решений, аналогичные рассмотренным ранее, закреплены законодательством государств, воспринявших Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Это 72 правовые системы в 102 государствах. В некоторых странах перечень оснований для отмены решений международных коммерческих арбитражей является более широким.

Классическим стало деление всех оснований для отмены арбитражных решений на четыре категории: 1) основания, касающиеся собственно решения; 2) основания, связанные с юрисдикцией (компетенцией) арбитража; 3) процессуальные основания и обстоятельства, имеющие публичное значение <26>; 4) основания, связанные с нарушением принципа равного отношения к сторонам. К группе оснований, имеющих публичное значение, традиционно относятся обстоятельства, связанные с совершением арбитрами или иными участниками арбитражного разбирательства противоправных действий, результаты которых повлияли на итоговое решение. Так, например, в США, Китае, Бельгии, Сингапуре и Словакии арбитражное решение может быть отменено в случаях, когда выводы, на которых третейский суд основал свое решение, стали следствием коррупции, обмана или иных противоправных действий со стороны арбитров либо иных лиц. Отметим, однако, что данное основание применяется довольно редко. В Бельгии и Китае решения международных коммерческих арбитражей подлежат отмене в тех случаях, когда доказательства, на которых они были основаны, признаны подложными в установленном порядке.

<26> Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 324.

Арбитражное решение теряет свою силу тогда, когда оно противоречит ранее вынесенным юрисдикционным актам. Так, в Италии и Словакии государственный суд отменяет арбитражное решение, если оно противоречит ранее вынесенному и вступившему в законную силу арбитражному или судебному решению, имеющему силу **res judicata** для сторон, при условии, что такие возражения выдвигались в ходе арбитражного разбирательства.

Рассмотрим группу оснований, связанных с нарушением принципа равного отношения к сторонам. В

США арбитражное решение подлежит отмене, если в ходе рассмотрения дела имело место явно предвзятое отношение арбитров к одной из сторон, а также тогда, когда арбитры отказались отложить арбитражное разбирательство по просьбе одной из сторон, основанной на уважительной причине; исследовать в заседании доказательства одной из сторон либо таким образом проводили рассмотрение дела, что выразили явное предубеждение в отношении одной из сторон. Основания приведенной группы носят процессуальный характер, равно как и существующее в законодательстве Бельгии и Китая требование отмены арбитражного решения при установлении того, что в процессе арбитражного разбирательства одна из сторон удерживала доказательства, являющиеся существенными для данного дела, в целях оказания воздействия на итоговые выводы арбитров.

Различные нарушения требований процедуры, допущенные арбитрами при вынесении и оформлении итогового решения, также становятся основанием для отмены арбитражных решений. К их числу относятся отсутствие мотивов арбитражного решения, отсутствие в нем подписей арбитров и указания места вынесения, а также принятие решения за пределами согласованного сторонами срока. В Бельгии, Нидерландах, Румынии компетентный государственный суд может отменить арбитражное решение, если оно не содержит мотивов, на которых основаны выводы арбитров. Законодательство Бельгии, Австрии, Нидерландов в качестве одного из оснований для отмены арбитражного решения указывает отсутствие в нем подписей арбитров, в других странах указанные факты прямо не рассматриваются в таком качестве. Тем не менее подписи арбитров в решении и указание на место его вынесения являются настолько существенными элементами самого решения, всей арбитражной процедуры, что их отсутствие признается основанием для отмены. Стоит отметить, что в этом случае не исключается возможность возвращения дела в арбитраж для исправления допущенных нарушений (Англия, Нидерланды). В некоторых государствах (Франция, Италия) арбитражное решение, вынесенное после истечения согласованного сторонами предельного срока, может быть отменено по той причине, что основой для него стало утратившее силу (истекшее) соглашение.

Еще одной группой оснований становятся неустранимые **дефекты арбитражного решения**, препятствующие его исполнению. Так, в Бельгии, Хорватии и Польше может быть отменено решение, содержащее противоречащие друг другу положения. В Румынии не может сохранить свою силу арбитражное решение, резолютивная часть которого содержит постановления, исполнить которые невозможно.

20.4. Последствия отмены арбитражного решения

Правовые последствия отмены арбитражного решения определяются международными договорами и законодательством страны, где рассматривалось дело об оспаривании решения и рассматривается дело о его признании и приведении в исполнение. **Основное последствие отмены арбитражного решения - невозможность его признания и принудительного исполнения.** Так, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если сторона, против которой оно направлено, представит суду по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или его исполнение было приостановлено компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется (ч. 1 "е" ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.).

Таким образом, **в Российской Федерации арбитражное решение, отмененное по месту вынесения, не может быть признано и принудительно исполнено.**

Отметим, что в мировой практике имели место случаи приведения в исполнение арбитражных решений, отмененных по месту вынесения. Особую известность приобрели два дела. В 1994 г. во Франции было приведено в исполнение арбитражное решение по делу **Hillmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation**, вынесенное и отмененное в Швейцарии. Кассационный суд Франции, соглашаясь с выводами нижестоящих инстанций, в своем постановлении указал, что "арбитражное решение, вынесенное в Швейцарии, является решением международного арбитража и не интегрировано в правопорядок этого государства, поэтому оно сохраняет свою силу даже в случае отмены, и его принудительное исполнение во Франции не противоречит требованиям международного публичного порядка" <27>. После отмены решения в Швейцарии дело было рассмотрено арбитрами повторно, вынесено новое решение - уже в пользу другой стороны. Новое арбитражное решение было приведено в исполнение во Франции, кроме того, французские суды привели в исполнение решение Федерального

суда Швейцарии, которым было отменено первое арбитражное решение. Этой затруднительной ситуации был положен конец, когда Верховный суд Франции признал недействительными решения о приведении в исполнение второго арбитражного решения и швейцарского судебного решения, установив, что окончательное решение Кассационного суда Франции по тому же самому предмету между теми же сторонами препятствует дальнейшему признанию во Франции решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений, противоречащих ему <28>.

<27> Цит. по: Sanders P. Op. cit. P. 75.

<28> Ашер Д. Применение Нью-Йоркской конвенции французскими судами // Третейский суд. 2003. N 6. С. 26.

Вторым стало дело **Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt** <29>. Арбитражное решение по этому делу было отменено Апелляционным судом Каира по заявлению ответчика по мотивам ошибочного применения норм материального права. В 1996 г. американский суд удовлетворил заявление компании Chromalloy о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, невзирая на его отмену, сославшись при этом на ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и соображения американского публичного порядка. В дальнейшем по заявлению компании Chromalloy была выдана экзекватура на указанное арбитражное решение во Франции, основанная на тех же подходах, что и в деле **Hillmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation**. Случаи приведения в исполнение арбитражных решений, отмененных по месту вынесения, отмечены также в Австрии.

<29> <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/939/907/1511634/> (дата посещения - 01.03.2018).

В доктрине подобная практика обосновывается концепцией национальных и международных стандартов отмены арбитражных решений, которая была предложена профессором Полссоном. Учеными выделяются национальные и международные стандарты отмены арбитражных решений. Первые будут иметь только территориальный эффект (правовое значение только в рамках самого государства), а вторые - обладать международным значением. Отмена арбитражного решения по основаниям нарушения публичного порядка относится к категории национальных стандартов для отмены <30>.

<30> Подробно концепция изложена в: Paulsson J. Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment // ICC Bulletin. 1998. Vol. 9. P. 14 - 31.

Вопросы исполнения отмененных в стране их вынесения арбитражных решений в последние годы активно освещались российскими специалистами <31>.

<31> См.: Ануров В.Н. Конфликт юрисдикции при оспаривании арбитражного соглашения. М., 2013; Монастырский Ю.Э. Пределы действия судебных актов об отмене арбитражных решений // Трансграничный торговый оборот и право: Liber amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова: Сб. ст. и эссе / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов, В.В. Плеханов. М., 2013. С. 146 - 159; Плеханов В.В., Усоскин С.В. Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 1. С. 31 - 60.

Еще одно последствие отмены арбитражного решения - это **возможность повторно обратиться в арбитраж, если она не утрачена, или в государственный суд** по общим правилам. Конституционный Суд Российской Федерации в одном из Определений отметил, что отмена решения третейского суда не препятствует его участникам впоследствии обратиться за защитой нарушенных прав или законных интересов вновь в третейский суд либо по подведомственности в суд общей или арбитражной юрисдикции

<32>.

<32> Определение КС РФ от 04.06.2007 N 377-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Алтухова Александра Павловича, Алтуховой Галины Федоровны и других на нарушение их конституционных прав частью 1 статьи 4, статьей 42 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и абзацем шестым пункта 1 статьи 17 Федерального закона "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" // СПС "КонсультантПлюс".

В России последствия отмены арбитражного решения определены ст. 234 АПК РФ и ст. 422 ГПК РФ. Отмена решения международного коммерческого арбитража не препятствует сторонам третейского разбирательства обратиться в третейский суд, если возможность обращения не утрачена, или в государственный суд по правилам, предусмотренным национальным процессуальным законодательством. В случае если решение международного коммерческого арбитража отменено судом полностью либо в части вследствие недействительности арбитражного соглашения, или оно было принято по спору, не предусмотренному таким соглашением, или не подпадает под его условия, или содержит постановления по вопросам, не охватываемым соглашением о третейском разбирательстве, а также если решение международного коммерческого арбитража отменено судом в связи с тем, что рассмотренный арбитрами спор не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с законом, или решение международного коммерческого арбитража противоречит публичному порядку Российской Федерации, стороны арбитража могут обратиться за разрешением такого спора в суд по общим правилам подведомственности. В некоторых странах (Германия) отмена решения по общему правилу восстанавливает действие арбитражного соглашения в отношении существа спора.

Глава 21. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА <*>

<*> В связи с совпадением ключевых положений § 2 гл. 30 АПК РФ и гл. 47 ГПК РФ, гл. 31 АПК РФ и гл. 45 ГПК РФ в отношении правил признания и приведения в исполнение арбитражных решений в основном материал изложен на основе арбитражного процессуального законодательства.

21.1. Источники регулирования признания и приведения в исполнение арбитражного решения

Основные правила признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Для начала выделим несколько ключевых положений, на которых основывается признание и приведение в исполнение арбитражных решений. Во-первых, это **обязательность арбитражного решения**. Пункт 1 ст. 35 Закона о МКА гласит: "Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства проводится в исполнение с учетом положений статей 35 и 36, а также положений процессуального законодательства Российской Федерации". Таким образом, обязательность арбитражного решения для сторон установлена законом.

Обязательность арбитражного решения, основанная на договоре сторон, означает в том числе окончательность (**res judicata**) его выводов: а) об установленных фактах; б) относимости, допустимости, достоверности и достаточности доказательств; в) правоотношениях сторон.

Во-вторых, это **добровольность исполнения арбитражного решения** <1>. По общему правилу решение международного коммерческого арбитража, вынесенного как на территории нашей страны, так и за рубежом, исполняется добровольно. Основой этого правила является арбитражное соглашение, в котором согласуются все основные условия разрешения спора третейским судом, включая его последующее обязательное исполнение соответствующей стороной соглашения, против которой будет вынесено решение.

<1> О.Ю. Скворцов выделяет в качестве самостоятельного принцип добровольного исполнения решения, принятого третейским судом. См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М., 2005. С. 516 - 518.

В-третьих, **право стороны, в пользу которой вынесено арбитражное решение, на его принудительное исполнение.** Это право основано на принципах содействия и контроля со стороны государства арбитражу. Поэтому в случае отказа должника от добровольного исполнения арбитражного решения взыскатель приобретает право на принудительное исполнение арбитражного решения, реализация которого в отношении решений третейских судов в силу их специфики как органов частного правоприменения <2> возможна только после подтверждения юридической силы таких решений в рамках специального судебного производства.

<2> В этой связи заслуживает внимания концепция частного процессуального права, обоснованная Г.В. Севастьяновым. См.: Севастьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 14, 15.

В-четвертых, **ограниченность сферы судебного контроля за содержанием арбитражного решения** в рамках судебного производства по признанию и приведению его в исполнение. Связано это с тем, что основополагающим принципом организации и деятельности международного коммерческого арбитража является его относительная автономность от государственного правосудия. Вмешательство государственного суда на всех этапах арбитражного разбирательства возможно только в исключительных случаях и в порядке, прямо предусмотренном применимым к арбитражу правом. На такое понимание взаимоотношений между международным коммерческим арбитражем и государственными судами ориентирует правило ст. 5 Закона о МКА, указывающее, что "по вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь место, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе".

Повторное рассмотрение по существу уже разрешенного международным коммерческим арбитражем дела в рамках судопроизводства в государственных судах недопустимо. Государственный суд не производит переоценку доказательств, исследованных в ходе арбитража, и не проверяет обоснованность конечных выводов третейского суда. Запрет на пересмотр по существу решений международных коммерческих арбитражей составляет основу их юридической силы и в качестве такового общепризнан как в современной доктрине <3>, так и в единообразной судебной практике, которая сложилась до создания единого Верховного Суда РФ <4> и была подтверждена после его создания <5>.

<3> См., например: Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М., 2008. С. 105 - 107; Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб., 2006. С. 328 - 332; 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. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2008. С. 382; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.В. Яркова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 856 (автор комментария к ст. 232 - В.В. Ярков).

<4> См.: п. п. 12, 20 информационного письма N 96. См. также в качестве примера судебную практику: Определение Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 25.09.1998 N 161пв-98; Постановление Президиума ВС РФ от 09.08.2000 N 66пв2000; Постановления ФАС Московского округа от 16.10.2003 по делу N КГ-А40/7924-03, от 18.11.2002 по делу N КГ-А40/7628-02, от 03.04.2003 по делу N КГ-А40/1672, от 27.05.2003 по делу N КГ-А40/3422-03, от 15.06.2005 по делу N КГ-А40/4342-05, от 21.06.2006 по делу N КГ-А40/5249-06-П; Постановление Президиума ВАС РФ от 20.03.2007 N 15421/06; Определение ВАС РФ от 17.07.2014 N ВАС-8693/14 по делу N А40-45331/13 // СПС "КонсультантПлюс"; Постановление ФАС Московского округа от 05.11.2003 по делу N КГ-А40/8453-03: <http://www.resheniya-sudov.ru/2004/124167/> (дата посещения - 10.04.2018).

<5> См., например: Определения ВС РФ от 19.09.2016 N 309-ЭС16-11037 по делу N А71-15172/2015, от 11.07.2016 N 305-ЭС16-7115 по делу N А40-170324/2015; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 24.06.2015 N 10АП-4536/2015 по делу N А41-2540/15; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 19.03.2015 N 09АП-7428/2015 по делу N А40-113200/14 // СПС "КонсультантПлюс".

Об ограниченном судебном контроле свидетельствует также ряд процессуальных норм, ограничивающих круг доказательственных материалов при рассмотрении заявления об отмене третейского решения. В частности, это ст. 237 АПК РФ и ст. 35 Закона о МКА, которые устанавливают исчерпывающий перечень документов, прилагаемых к заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения.

Основные источники правового регулирования. Порядок производств по приданию исполнительной силы арбитражным решениям урегулирован в целом ряде актов международного и российского законодательства. Конкретный круг источников зависит от того, о каком арбитражном решении идет речь - принятом на территории Российской Федерации или на территории иностранного государства.

Для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений основными правовыми источниками являются:

- Нью-Йоркская конвенция 1958 г.;
- Закон о МКА;
- гл. 31 АПК РФ либо гл. 47 ГПК РФ.

Для признания и приведения в исполнение арбитражных решений, принятых на территории Российской Федерации, основными правовыми источниками выступают:

- Закон о МКА;
- Закон об арбитраже в части, распространяемой на международный коммерческий арбитраж (согласно правилу ч. 2 ст. 1);
- гл. 30 АПК РФ (§ 2) либо гл. 45 ГПК РФ.

Важный вопрос - **соотношение всех перечисленных правовых актов** между собой и с Законом об арбитраже, поскольку они содержат в целом схожее по базовым принципам регулирование, но вместе с тем отличаются по изложению отдельных положений и степени детализации отдельных правил.

Ключевым для нашего анализа является правило ч. 5 ст. 239 АПК РФ, согласно которому: "Арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным международным договором Российской Федерации и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже". Из данного правила вытекает, что к арбитражным решениям, принятым на территории РФ, применяются основания для отказа в выдаче исполнительного листа, установленные в ст. 36 Закона о МКА. Для иностранных арбитражных решений применимы только основания для отказа, предусмотренные ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Основания для отказа, предусмотренные в ст. 239 АПК РФ, применимы только к решениям третейского суда, образованного и вынесшего решение в соответствии с Законом об арбитраже.

В остальной части соотношение источников правового регулирования является следующим. Закон о МКА не содержит подробных процессуальных норм относительно порядка признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Как сказано в п. 1 ст. 35 Закона о МКА, арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение с учетом положений ст. ст. 35 и 36 Закона о МКА, а также положений процессуального законодательства РФ. Таким образом, Закон о МКА отсылает к процессуальному законодательству в форме АПК РФ и ГПК РФ.

Согласно ч. 1 ст. 236 АПК РФ правила § 2 гл. 30 АПК РФ применяются при рассмотрении арбитражным судом заявлений о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение принятых на территории Российской Федерации решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей (третейских судов). В ч. 1 и 2 ст. 1 Закона об арбитраже прямо сказано, что данный Закон регулирует порядок образования и деятельности третейских судов и ПДАУ на территории РФ, а также арбитраж (третейское разбирательство). Только положения ст. ст. 39 и 43, гл. 9 - 12 Закона об арбитраже применяются в отношении организации не только арбитража внутренних споров, но и международного коммерческого арбитража, местом которого является Российская Федерация.

Поэтому при определении отношения приведенных федеральных законов к международному коммерческому арбитражу, местом которого является Россия, следует прежде всего исходить из норм Закона о МКА и вслед за ним АПК РФ, имея в виду те положения, которые прямо не отражены в Законе о МКА и поэтому могут применяться вполне самостоятельно. Речь идет о нормах процессуального характера § 2 гл. 30 АПК РФ и гл. 47 ГПК РФ, которые регламентируют порядок судебного производства (например, правила о подсудности; возможность подачи заявления путем заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в Интернете; сроки рассмотрения и другие нормы процессуального характера). Таким же образом применяются к международному коммерческому арбитражу на основании ч. 2 ст. 1 Закона об арбитраже отдельные правила данного Закона.

Если рассматривать все перечисленные нормативные акты по отношению к иностранным арбитражным решениям, то в приоритете находится Нью-Йоркская конвенция 1958 г. Закон о МКА и АПК РФ имеют дополнительное значение и применяются в части, в которой они дополняют ее процессуальными положениями. При этом понимание ряда положений Нью-Йоркской конвенции 1958 г., например п. 2 ст. V, возможно только на основе достаточно большого массива российского законодательства. В частности, для правильного толкования такого основания для отказа в признании иностранного арбитражного решения, как "объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны" (п. 2а) ст. V Нью-Йоркской конвенции), необходимо понимать различие между гражданско-правовыми и публично-правовыми спорами и между частным и публичным правом в правовой системе нашей страны, поскольку по общему правилу публично-правовые споры неарбитрабельны и не могут быть предметом арбитражного разбирательства.

То же самое касается такого основания для отказа, как "признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны" ((п. 2b) ст. V Нью-Йоркской конвенции). Понятие публичного порядка при наличии общих принципов его понимания и применения по целому ряду положений носит национальный характер и основывается на правовой системе государства, в котором испрашивается исполнение (см. подробнее пар. 21.4 данной главы).

Следует иметь в виду, что АПК РФ, ГПК РФ и Нью-Йоркская конвенция 1958 г. не распространяют свое действие на исполнение решений специфических органов, создаваемых в рамках некоторых международных организаций и имеющих в этой связи особый правовой статус, например в рамках ВТО <6>. Поэтому в данной главе порядок исполнения решений таких арбитражных органов не рассматривается.

<6> См. подробнее: Трунк-Федорова М.П. Разрешение споров в рамках Всемирной торговой организации. СПб., 2005.

Выбор надлежащего судебного производства (§ 2 гл. 30 АПК РФ или гл. 31 АПК РФ). Исходя из вышеизложенного, можно заключить, что процедуры придания исполнительной силы арбитражным решениям различны в зависимости от места их вынесения и регулируются, как уже отмечалось, различными источниками. В отношении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории РФ, применяются правила § 2 гл. 30 АПК РФ ("Производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда") и Закона о МКА. В отношении решений международных коммерческих арбитражей, вынесенных за рубежом, применяются правила гл. 31 АПК РФ и Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Таким образом, выбор процедуры придания исполнительной силы арбитражному решению связан

не с местом образования третейского суда, а с местом принятия им решения. Как отмечалось специалистами, место арбитража и место проведения заседания арбитража - не одно и то же <7>. Поэтому для определения возможности выбора процедуры имеет основное значение место принятия арбитражного решения третейским судом - территория России.

<7> См.: Хвалеи В., Фролова О. Международный арбитраж: некоторые подходы российских судов // Коллегия. 2002. N 6. С. 23.

Следует обратить внимание на принципиальное различие правил придания исполнительной силы внутренним и иностранным арбитражным решениям. Данные правила определяются исходя из применяемого к соответствующим отношениям правового режима. В частности, арбитражные решения, вынесенные на территории РФ, исполняются в порядке, предусмотренном Законом о МКА и § 2 гл. 30 АПК РФ без специальных дополнительных условий.

В отношении иностранных арбитражных решений применяются дополнительные условия, вытекающие из защиты национального правового пространства и обусловленные требованиями ст. 6 ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации" <8> и АПК РФ. В частности, согласно ч. 1 ст. 241 АПК РФ решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные арбитражные решения), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

<8> Согласно ч. 3 ст. 6 указанного ФКЗ "обязательность на территории Российской Федерации постановлений судов иностранных государств, международных судов и арбитражей определяется международными договорами Российской Федерации".

Таким образом, **необходимо наличие многостороннего или двустороннего международного договора**, отсутствие которого приводит по общему правилу к невозможности исполнения иностранного арбитражного решения. В отношении решений международных коммерческих арбитражей такой универсальной основой выступает Нью-Йоркская конвенция 1958 г., благодаря которой арбитраж является универсальным способом разрешения гражданских споров на нашей планете. Кроме того, может применяться и ряд двусторонних договоров, например с Алжиром, Ираком, Йеменом. Поэтому вопрос о приоритете во всех случаях Нью-Йоркской конвенции 1958 г. для решения вопросов признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений не является полностью бесспорным. Так, А.И. Муранов рассмотрел данный вопрос применительно к Соглашению со Швецией 1940 г. и обратил внимание на проблемные вопросы соотношения двустороннего и многостороннего договоров между Россией и Швецией <9>.

<9> Муранов А.И. Еще один взгляд на вопросы исполнения в России арбитражных решений, вынесенных в Швеции: проблемы применения почти что забытого двустороннего соглашения 1940 г. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. N 2. С. 61 - 102.

Кроме того, возможно исполнение иностранного арбитражного решения на началах взаимности, когда и при отсутствии специального дву- или многостороннего договора такое решение будет исполнено при условии его соответствия определенным требованиям и соблюдения процедуры получения разрешения на исполнение. В российском законодательстве имеется такое основание для взаимности в отношении решений иностранных арбитражей. Оно было отражено в заявлении СССР при ратификации Нью-Йоркской конвенции 1958 г. В частности, было заявлено, что "СССР будет применять положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Конвенции, лишь на условиях взаимности" <10>. По этой причине, на наш

взгляд, Б.Р. Карабельников делает правильный вывод о том, что в России могут быть признаны и приведены в исполнение арбитражные решения, вынесенные в странах, не являющихся участницами Нью-Йоркской конвенции 1958 г., как и в ряде стран могут быть признаны и исполнены российские арбитражные решения. Один такой прецедент имел место в 1966 г., когда решение ВТАК при ТПП СССР было признано и исполнено на территории Ганы, которая тогда еще не участвовала в Нью-Йоркской конвенции <11>.

<10> См.: Лебедев С.Н. Международный торговый арбитраж. М., 1965. С. 191, 192.

<11> Карабельников Б.Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. М., 2001. С. 22, 23.

Объектом производств в соответствии с § 2 гл. 30 и гл. 31 АПК РФ являются арбитражные решения, поэтому определение третейского суда об утверждении мирового соглашения не может быть объектом признания и исполнения. В данном случае для защиты интересов сторон и в случае заключения сторонами арбитражного разбирательства мирового соглашения такое соглашение должно быть включено в содержание арбитражного решения. Определение третейского суда об утверждении мирового соглашения, в отличие от аналогичного определения государственного суда, не может быть принудительно исполнено в России, поскольку российское законодательство предусматривает возможность выдачи исполнительного листа только в отношении решений международных коммерческих арбитражей.

В судебной практике отмечалось, что объектом производства в порядке гл. 31 АПК РФ не может быть решение иностранного арбитражного суда о понуждении возместить аванс по арбитражным расходам, а также проценты, начисленные сверх справочной ставки, так как исполнение промежуточных иностранных арбитражных решений положениями международных договоров и нормами АПК РФ не допускается <12>.

<12> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 05.10.2010 N 6547/10 по делу N А56-63115/2009 // СПС "КонсультантПлюс".

Применение более благоприятного регулирования при приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г.). Согласно п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции 1958 г. постановления настоящей Конвенции не затрагивают действительности много- или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных договаривающимися государствами, и не лишают никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения. В таких случаях сторона, заинтересованная в исполнении арбитражного решения, по своему выбору может воспользоваться либо Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., либо двусторонним договором, либо более выгодным для себя местным законодательством для целей приведения его в исполнение <13>.

<13> См.: Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции... С. 205.

21.2. Порядок признания и приведения в исполнение арбитражного решения

Субъекты обращения в арбитражный суд. Правом на обращение в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на решение российского арбитража либо о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения наделяется лицо, в чью пользу принято арбитражное решение. Таким лицом может быть как истец в случае удовлетворения иска, так и ответчик

при отказе истцу в иске, например, для взыскания расходов, связанных с рассмотрением дела в арбитраже, а также лица, получившие права, основанные на арбитражном решении, в порядке процессуального и материального правопреемства.

Обратиться в компетентный суд вправе как лицо, в пользу которого было вынесено арбитражное решение, так и иное лицо, которому перешли соответствующие права. Об этом говорят и достаточно широкие формулировки соответствующих законов и международных договоров. Так, в п. 2 ст. 35 Закона о МКА в этом качестве указана "сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение". В ч. 1 ст. IV Нью-Йоркской конвенции 1958 г. указано, что в компетентный суд для получения упомянутого в ст. III признания и приведения в исполнение обращается "сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение". Здесь не указано в этом качестве только лицо, в чью пользу вынесено арбитражное решение, что допускает также возможность толкования в пользу того, что с таким заявлением может обратиться и правопреемник стороны арбитража.

Определение надлежащего субъекта для обращения в арбитражный суд при правопреемстве. Для обоснования допустимости уступки прав требования по арбитражному решению до обращения в компетентный суд с заявлением о признании и приведении его в исполнение необходимо проанализировать место норм о правопреемстве в системе арбитражного процессуального и гражданского процессуального законодательства с точки зрения соотношения общих правил и специальных институтов арбитражного процессуального и гражданского процессуального права, а также соотношение правопреемства в материальном гражданском и процессуальном праве.

Уступка требования в рамках процессуальных отношений представляет собой переход прав одного лица к другому лицу по основаниям, предусмотренным материальным правом. Основания для процессуального правопреемства указаны в ст. 48 АПК РФ и ст. 44 ГПК РФ, согласно которым в случае выбытия одной из сторон в спорном или установленном решением арбитражного суда правоотношении вследствие реорганизации юридического лица, уступки требования, перевода долга, смерти гражданина и в других случаях перемены лиц в обязательствах арбитражный суд производит замену этой стороны ее правопреемником, указывая это в судебном акте.

Правопреемство основано на юридических фактах гражданского права и отражает взаимосвязь материального и арбитражного процессуального права. В каждом конкретном случае для решения вопросов возможности правопреемства арбитражному суду и лицам, участвующим в деле, необходимо анализировать соответствующие фактические обстоятельства, предусмотренные гражданским законодательством, в частности, при уступке требования - нормы гл. 24 ГК РФ. Таким образом, правопреемство в арбитражном процессе основывается на правопреемстве в гражданском праве. Правопреемство согласно ч. 1 ст. 48 АПК РФ возможно на любой стадии арбитражного процесса, как в суде первой инстанции, так и в апелляционном, кассационном, надзорном производстве, а также в исполнительном производстве.

Таким образом, важно подчеркнуть обусловленность правопреемства в процессуальном праве правопреемством в материальном праве, поскольку первое возникает на основе обстоятельств материально-правового характера, помогая и способствуя осуществлению и защите материальных прав.

При этом следует отметить, что нормы о правопреемстве (ст. 48 АПК РФ) помещены в общую часть АПК - в разд. I "Общие положения", который содержит правила, применяемые во всех стадиях арбитражного процесса и его отдельных производствах особенной части, за исключениями, указанными в соответствующих главах АПК РФ его особенной части. Поэтому не случайно, что правила гл. 30 и 31 АПК РФ помещены в разд. IV АПК РФ ("Особенности производства в арбитражном суде по отдельным категориям дел"). Это свидетельствует о том, что здесь применимы правила об общих положениях АПК РФ, вынесенные в разд. I АПК РФ.

Согласно новой редакции п. 11 ст. 7 Закона о МКА "при перемене лица в обязательстве, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, арбитражное соглашение действует в отношении как первоначального, так и нового кредитора, а равно как первоначального, так и нового должника". Полагаем, что приведенная норма относится не только к правопреемству в арбитраже при рассмотрении конкретного дела, но и к другим ситуациям, например, ее можно применить в период после вынесения арбитражного решения и перед вынесением определения государственного арбитражного суда в соответствии со ст. ст. 240 и 245 АПК РФ, поскольку возможность и правомерность данного действия

вытекает как из гл. 24 ГК РФ, так и из ст. 48 АПК РФ.

Нормы ст. 48 АПК РФ, как уже указывалось, относятся к общей части АПК РФ и, соответственно, применяются во всех видах производств, в связи с чем исключается их текстуальное дублирование в главах особенной части АПК РФ. Поэтому хотя ч. 1 ст. 242 АПК РФ предусматривает, что заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения подается той стороной в споре, в пользу которой состоялось решение, это не означает невозможность замены этой стороны после вынесения решения международного коммерческого арбитража. Арбитражный суд, принимая заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, поданное в порядке гл. 31 АПК РФ, вправе разрешить и вопрос о правопреемстве в порядке ст. 48 АПК РФ, поскольку данная статья применяется здесь как носящая общий характер и относящаяся ко всем категориям дел, подведомственным арбитражным судам. Вряд ли правильно такое толкование данного вопроса, которое не будет допускать правопреемство по арбитражному решению после его вынесения, так как цель правопреемства в арбитражном процессе, в том числе и в рамках дел гл. 31 АПК РФ, - обеспечение процессуальных и юрисдикционных условий защиты материальных прав участников гражданского оборота.

Правопреемство на стороне взыскателя возможно и в случае удовлетворения заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения на стадии исполнительного производства в процессе его принудительного исполнения Федеральной службой судебных приставов, поскольку вытекает из ст. 48 АПК РФ <14> и ст. 52 Закона об исполнительном производстве и подтверждалось судебной практикой <15>.

<14> Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003. С. 157.

<15> См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 01.06.2004 N 14778/03 // СПС "КонсультантПлюс".

Возбуждение производства о придании исполнительной силы решению международного коммерческого арбитража. Обращение в арбитражный суд связано с соблюдением определенных процессуальных требований, которые содержатся преимущественно в АПК РФ, а также в зависимости от вида решения - внутреннего или иностранного - в Законе о МКА и Нью-Йоркской конвенции 1958 г. соответственно.

Возникает вопрос, может ли быть предъявлено требование к признанию и приведению в исполнение на территории России иностранного арбитражного решения, если в другом государстве в этом было отказано. При ответе на данный вопрос можно отметить, что отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения на территории одного государства не должен рассматриваться как препятствие к возбуждению такого же производства о признании в другом государстве, если должник имеет имущество на территориях нескольких государств. Судебная власть одного государства ограничивается его территориальными границами, поэтому законная сила судебного акта об отказе в исполнении иностранного арбитражного решения государства **А** на территории государства **В** не распространяется на другие государства, в частности Россию. Соответственно, взыскатель при наличии имущества должника на территориях других государств может попытаться счастья и заявить ходатайство о признании и приведении в исполнение решения суда государства **А** в этих странах, естественно, с соблюдением всех законных на то предпосылок. В этом и заключаются преимущества Нью-Йоркской конвенции 1958 г., поскольку арбитражное решение может быть исполнено на территории любого из государств - ее участниц независимо от того, как сложилась судьба решения в том либо ином государстве.

Подведомственность. Арбитражные суды вправе рассматривать согласно ст. 32, ч. 2 ст. 236 и ч. 1 ст. 241 АПК РФ только те заявления о придании исполнительной силы арбитражным решениям, которые касаются решений по спорам из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности. Остальные заявления по другим категориям решений подаются в суды общей юрисдикции.

Поскольку основное количество арбитражных решений выносится по спорам, возникшим из предпринимательской и иной экономической деятельности, главное внимание здесь будет уделено признанию и приведению в исполнение арбитражных решений по правилам § 2 гл. 30 и гл. 31 АПК РФ.

Подсудность. В соответствии с ч. 3 ст. 236 АПК РФ заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда подается в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения или месту жительства должника либо, если его место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника - стороны третейского разбирательства.

Кроме того, по данной категории дел допустима договорная подсудность. В частности, по соглашению сторон третейского разбирательства заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда может быть подано в арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого принято решение третейского суда, либо в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения стороны третейского разбирательства, в пользу которой принято решение третейского суда. Полагаем, что такое соглашение может быть как одним из элементов арбитражного соглашения в целом, заключенного в соответствии со ст. 7 Закона о МКА, так и отдельным процессуальным соглашением, заключенным по правилам ст. 37 АПК РФ и ст. 32 ГПК РФ.

Заявление о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений подается стороной, в пользу которой принято решение, в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения или месту жительства должника либо, если его место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника (ч. 1 ст. 242 АПК РФ). Договорная подсудность здесь законом не предусмотрена, однако вполне может быть применена по правилам аналогии закона (ч. 5 ст. 3 АПК РФ).

Сроки подачи заявления. Срок подачи в компетентный суд заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда прямо не определен в Законе о МКА и гл. 30 и 31 АПК РФ, поэтому обращение с заявлением возможно по истечении установленного в самом арбитражном решении срока для добровольного исполнения. При этом на данную категорию дел не распространяется правило ч. 5 ст. 4 АПК РФ об обязательном досудебном порядке урегулирования спора путем направления претензии другой стороне. В Постановлении АС Московского округа от 21.07.2016 N Ф05-10867/16 было правильно определено следующее: "Заявитель по делу о выдаче исполнительного листа на решение третейского суда не обязан предварительно направлять претензию другой стороне" <16>.

<16> Постановление АС Московского округа от 21.07.2016 N Ф05-10867/2016 по делу N А40-132970/16 // СПС "КонсультантПлюс".

В отношении иностранных арбитражных решений согласно ч. 2 ст. 246 АПК РФ установлено, что "решение иностранного суда или иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в срок, не превышающий трех лет со дня вступления его в законную силу. В случае пропуска указанного срока он может быть восстановлен арбитражным судом по ходатайству заявителя по правилам, предусмотренным главой 10 настоящего Кодекса". Таким образом, заявитель должен обратиться с заявлением о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в течение трех лет с момента его вступления в силу. Затем отдельно исчисляется срок на предъявление выданного исполнительного листа к исполнению в соответствующее подразделение Федеральной службы судебных приставов.

Как было указано в Постановлении Президиума ВАС РФ от 09.03.2011 N 13211/09, "в силу совокупного действия статьи 246 и пункта 1 части 1 статьи 321 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения на территории Российской Федерации осуществляется в течение шести лет: три года предоставлено для его добровольного исполнения либо предъявления в суд для признания и принудительного исполнения, три - в рамках исполнительного производства при предъявлении исполнительного листа к исполнению" <17>.

<17> Постановление Президиума ВАС РФ от 09.03.2011 N 13211/09 по делу N А54-3028/2008 // СПС "КонсультантПлюс".

Требования к заявлению о выдаче исполнительного листа либо о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Требования на принудительное исполнение арбитражного решения отражены в ст. 237 АПК РФ применительно к внутренним арбитражным решениям и в ст. 242 АПК РФ применительно к иностранным арбитражным решениям. Эти правила совпадают, поскольку носят в значительной степени юридико-технический характер.

Заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано лицом, в пользу которого принято решение, или его представителем. В указанном заявлении содержится ряд обязательных реквизитов, перечисленных в ст. ст. 237 и 242 АПК РФ. Несоблюдение данных требований является основанием для оставления заявления без движения (ст. 128 АПК РФ) либо возвращения его заявителю (ст. 129 АПК РФ). К заявлению прилагаются необходимые документы, указанные в ч. 4 ст. 237 либо ч. 4 ст. 242 АПК РФ.

Порядок рассмотрения заявлений о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения либо признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения. Заявление рассматривается судьей единолично в срок, не превышающий одного месяца со дня его поступления в арбитражный суд.

При подготовке дела к судебному разбирательству по ходатайству стороны третейского разбирательства суд может истребовать из ПДАУ или органа, уполномоченного в соответствии с законодательством РФ на хранение материалов третейского дела, материалы дела, по которому испрашивается исполнительный лист на принудительное исполнение решения третейского суда, по правилам, предусмотренным АПК РФ для истребования доказательств.

Как видно, судья вправе, но не обязан истребовать из арбитражного центра материалы дела, по которому испрашивается исполнительный лист, по правилам для истребования доказательств. Необходимость истребования всего дела определяется характером возражений должника, которые могут потребовать исследования большего круга документов, чем указано в ч. 4 ст. 237 АПК РФ.

При рассмотрении заявления в порядке гл. 31 АПК РФ круг испрашиваемых документов ограничен указанными в ч. 4 ст. 242 АПК РФ, что соответствует ст. IV Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Речь идет о представлении подлинного арбитражного решения и подлинного арбитражного соглашения или должным образом заверенных их копий. Если другим международным договором установлен иной круг документов для приложения к ходатайству об исполнении решения, то в этом случае следует руководствоваться нормами двустороннего договора (см., например, ст. 17 Договора о взаимном оказании правовой помощи между СССР и Алжиром <18>).

<18> Договор между СССР и Алжирской Народной Демократической Республикой о взаимном оказании правовой помощи (подписан в г. Алжире 23.02.1982): <http://legalacts.ru/doc/dogovor-mezhdu-sssr-i-alzhirskoi-narodnoi-demokraticeskoi/> (дата посещения - 10.04.2018).

Стороны арбитражного разбирательства извещаются арбитражным судом о времени и месте судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения дела. При рассмотрении дела арбитражный суд в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие оснований для выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, предусмотренных в ч. 4 ст. 239 АПК РФ и ст. 36 Закона о МКА, что осуществляется путем исследования представленных в суд доказательств обоснования заявленных требований и возражений. В отношении иностранных арбитражных решений круг таких фактов также определяется с учетом возражений должника на основе ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. либо двусторонних договоров РФ с другими странами, если они устанавливают порядок взаимного признания и исполнения арбитражных решений, например с Алжиром, Иеменом, Ираком.

Таким образом, рассмотрение заявления происходит в состязательной форме, поскольку должник вправе привести доказательства, свидетельствующие о наличии юридических фактов, указанных в отношении "внутренних" международных коммерческих арбитражей в ст. 36 Закона о МКА, а в отношении иностранных арбитражных решений - в ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., а другая сторона вправе представить доказательства в их опровержение. Наряду с этим в силу полномочий **ex officio** арбитражный суд наделен правом установления по собственной инициативе юридических фактов, указанных в п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (см. подробнее пар. 21.4 данной главы).

Вместе с тем арбитражный суд не вправе переоценивать обстоятельства, установленные третейским судом, а также пересматривать арбитражное решение по существу, поскольку оно носит окончательный характер. Как указал Президиум ВАС РФ в п. 20 информационного письма N 96, арбитражный суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда не переоценивает фактические обстоятельства, установленные третейским судом. Суд также не должен допускать переоценки конкретных обстоятельств дела, проверки правильности применения норм материального права третейским судом. В Определении ВАС РФ от 24.05.2010 N ВАС-4351/10 было отмечено, что доводы ответчика о том, что решение международного арбитража основано на неправильном применении норм материального права и на ненадлежащих доказательствах, направлены на пересмотр дела по существу и не могут быть приняты во внимание в силу ч. 4 ст. 243 АПК и правовой позиции, сформулированной в п. 20 информационного письма N 96 <19>.

<19> Определение ВАС РФ от 24.05.2010 N ВАС-4351/10 по делу N А21-802/2009 // СПС "КонсультантПлюс".

Принятие обеспечительных мер в период рассмотрения заявления о признании и исполнении арбитражного решения. В соответствии со ст. VI Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и п. 2 ст. 36 Закона о МКА допускается применение обеспечительных мер в период, когда в другом процессе перед судом было возбуждено ходатайство об отмене или приостановлении исполнения арбитражного решения, например, арбитражное решение оспаривается.

Что понимается под надлежащим обеспечением? В каком порядке и по каким основаниям рассматривается и разрешается ходатайство о надлежащем обеспечении? Например, арбитражный суд, в котором испрашивается приведение в исполнение арбитражного решения, отложил вынесение своего решения. Сторона, обратившаяся с заявлением о приведении в исполнение решения третейского суда, просит суд обязать другую сторону предоставить надлежащее обеспечение в соответствии с п. 2 ст. 36 Закона о МКА. Арбитражный суд рассматривает такие ходатайства в порядке гражданского судопроизводства. В соответствии со ст. 3 АПК РФ порядок судопроизводства в арбитражных судах определяется АПК РФ и принимаемыми в соответствии с ним другими федеральными законами, поэтому под надлежащим обеспечением следует понимать применение мер гл. 8 АПК РФ ("Обеспечительные меры арбитражного суда"), поскольку иного законом не установлено.

Могут ли здесь полностью быть применимы правила рассмотрения ходатайств об обеспечении иска? Ведь по общим правилам АПК РФ такие заявления рассматриваются судьей единолично, без вызова сторон. Полагаем, что такой порядок здесь неприменим, и такие ходатайства должны рассматриваться в судебном заседании в той же процедуре, что и само признание и приведение в исполнение арбитражного решения.

Должно ли лицо, заявляющее ходатайство о принятии обеспечительных мер, доказать, что непринятие таких мер неминуемо затруднит или сделает невозможным исполнение арбитражного решения, или же такому лицу достаточно доказать наличие возможности того, что исполнение арбитражного решения будет затруднено или станет невозможным?

В основу процедуры рассмотрения ходатайства об обеспечении иска положены начала быстроты и оперативности. На наш взгляд, определение об обеспечительных мерах выносится не на основе достоверно установленных фактов, свидетельствующих о недобросовестном поведении ответчика, а на основе наличия высокой вероятности такого поведения, т.е. по аналогии с правилами обеспечения иска, поскольку международные договоры и законодательство о международном коммерческом арбитраже не

устанавливают иного порядка. Истец должен доказать наличие вероятности того, что ответчик может уклониться от исполнения арбитражного решения в период рассмотрения ходатайства о его отмене, но не обязан доказывать и приводить факты того, что ответчик уже скрыл какое-либо имущество либо истратил денежные средства с целью избежать имущественной ответственности. Указанные юридические факты, устанавливаемые судом при рассмотрении ходатайства об обеспечительных мерах, образуют так называемый локальный предмет доказывания. В отличие от общего предмета доказывания локальный предмет доказывания образуют факты, необходимые для совершения определенного процессуального действия <20>.

<20> Подробнее о локальном предмете доказывания и его отличии от общего предмета доказывания см.: Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. С. 157 - 164; Он же. Познание и доказывание процессуальных юридических фактов // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002 - 2003. 2004. N 2. С. 146 - 156.

Соединение дел. Согласно ч. 5 ст. 238 АПК РФ, если в одном и том же арбитражном суде находятся на рассмотрении заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и заявление о его отмене, арбитражный суд объединяет указанные дела в одно производство в порядке, предусмотренном ч. ч. 2.1 и 6 ст. 130 АПК РФ <21>.

<21> Ранее данное правило было закреплено в судебной практике (п. 13 информационного письма N 96): "Арбитражный суд вправе вынести определение об объединении дел по заявлениям об отмене решения третейского суда и о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в случае, если заявление об отмене решения и заявление о выдаче исполнительного листа поданы в один арбитражный суд".

Согласно ч. 6 ст. 238 АПК РФ, если в различных арбитражных судах находятся на рассмотрении заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и заявление о его отмене, арбитражный суд, в котором рассматривается то из указанных заявлений, которое было подано позднее, обязан приостановить возбужденное им производство в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 143 АПК РФ до рассмотрения иным арбитражным судом того из указанных заявлений, которое было подано первым. Если в различных арбитражных судах находятся на рассмотрении поданные в один и тот же день заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и заявление о его отмене, по правилам, установленным той же ч. 6 ст. 238 АПК РФ, подлежит приостановлению производство по делу о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

После возобновления производства по делу, которое было приостановлено в соответствии с положениями ч. 6 ст. 238 АПК РФ, арбитражный суд выносит определение:

- 1) об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в случае вынесения иным арбитражным судом определения об отмене этого решения;
- 2) прекращении производства по заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 150 АПК РФ в случае вынесения иным арбитражным судом определения об отказе в отмене этого решения с учетом положений п. 5 ч. 2 ст. 234 АПК РФ;
- 3) отказе в отмене решения третейского суда в случае вынесения иным арбитражным судом определения о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение этого решения;
- 4) прекращении производства по заявлению об отмене решения третейского суда по правилам, предусмотренным п. 2 ч. 1 ст. 150 АПК РФ, в случае вынесения иным арбитражным судом определения об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение этого решения.

Определение арбитражного суда по делу о выдаче исполнительного листа на

принудительное исполнение арбитражного решения (ст. 240 АПК РФ) либо о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (ст. 245 АПК РФ). По результатам рассмотрения заявления о придании исполнительного силы арбитражному решению выносятся либо определение о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, вынесенного на территории РФ, либо определение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Определение выносится по правилам, установленным в гл. 20 АПК РФ для принятия решения.

Важнейшая часть определения - указание на выдачу исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда или отказ в выдаче исполнительного листа либо на признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения или на отказ в его признании и приведении в исполнение. В случае удовлетворения заявления в порядке гл. 31 АПК РФ после вынесения об этом определения этот же арбитражный суд выдает взыскателю исполнительный лист (ч. 1 ст. 246 АПК РФ).

Действующее законодательство не исключает возможности выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда до истечения срока для подачи заявления об отмене данного решения, т.е. установленного ч. 3 ст. 230 АПК РФ трехмесячного срока <22>. В соответствии с п. 32 информационного письма N 96 при наличии обстоятельств, затрудняющих исполнение решения третейского суда, арбитражный суд вправе отсрочить исполнение определения о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения. Данное разъяснение применимо и к исполнительным листам, выданным на основании решений международных коммерческих арбитражей.

<22> Обзор практики рассмотрения дел об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов. Пункт 4 (одобрен Президиумом ФАС Уральского округа 07.07.2010): <http://www.resheniya-sudov.ru/2010/239187/> (дата посещения - 10.04.2018).

Определение арбитражного суда по делу о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения может быть обжаловано только в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение месяца со дня вынесения определения.

Принудительное исполнение российского или иностранного арбитражного решения. Получение санкции арбитражного суда на принудительное исполнение арбитражного решения является только первым этапом защиты прав взыскателя. На втором этапе взыскатель должен возбудить исполнительное производство, защищая свои интересы с помощью правовых средств, предоставленных АПК РФ (разд. VII) и Законом об исполнительном производстве.

Следует иметь в виду норму ст. 43 Закона об арбитраже, согласно которой никакое арбитражное решение, включая арбитражное решение, не требующее принудительного приведения в исполнение, не может являться основанием для внесения записи в государственный реестр (в том числе ЕГРЮЛ, ЕГРИП, Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним), реестр владельцев именных ценных бумаг или иной реестр на территории РФ, внесение записей в который влечет за собой возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, при отсутствии исполнительного листа, выданного на основании судебного акта компетентного суда (в том числе в отношении арбитражного решения, не требующего принудительного приведения в исполнение).

Часть 2 ст. 1 Закона об арбитраже распространяется и на решения международного коммерческого арбитража, местом которого является Российская Федерация. Полагаем, что исходя из правил аналогии закона данная норма о необходимости получения исполнительного листа и, следовательно, прохождения процедуры признания и приведения в исполнение арбитражного решения распространяется и на иностранные арбитражные решения, например, в случае если иностранный арбитраж разрешил корпоративный спор, требующий внесения изменений в реестр владельцев ценных бумаг. Иной подход создал бы неоправданные преимущества для иностранных арбитражных решений, в связи с чем ограничиваться процедурой возражений по ст. 245.1 АПК РФ было бы недостаточно.

21.3. Основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения

Общие положения. Основания для отказа в придании исполнительной силы как российскому, так и иностранному арбитражному решению в известной мере являются "сердцевиной" данной темы, поскольку определяют условия для действия арбитражного решения. В этом плане наибольшее значение для российских арбитражных решений имеют исследование и оценка юридических фактов, указанных в ст. 36 Закона о МКА. В отношении иностранных арбитражных решений круг таких фактов определяется с учетом возражений должника на основе Нью-Йоркской конвенции 1958 г. либо двусторонних договоров РФ с другими странами, если они устанавливают порядок взаимного признания и исполнения арбитражных решений.

Согласно ч. 4 ст. 239 АПК РФ арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным международным договором Российской Федерации и Законом о МКА, поэтому при решении вопроса о возможности принудительного исполнения решения международного коммерческого арбитража, вынесенного в России, следует руководствоваться ст. 36 Закона о МКА, а в отношении арбитражного решения, вынесенного за рубежом, - Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. при отсутствии специального двустороннего договора об исполнении арбитражных решений. Недопустимыми будут ссылки на основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, установленные в ст. 239 АПК РФ, поскольку содержащиеся в ней положения относятся только к арбитражу внутренних споров <23>.

<23> Обоснование см.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Практика Федерального арбитражного суда Московского округа по делам, связанным с оспариванием и приведением в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 4. С. 11 - 13.

Основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Данные основания в ст. 36 Закона о МКА подразделяются на две группы, близкие по содержанию к основаниям ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Первая группа охватывает различные процессуальные юридические факты (либо фактические составы), наличие или отсутствие которых является основанием для отказа в признании и исполнении арбитражного решения. Ко второй группе относятся такие оценочные фактические обстоятельства, которые имеют отношение к содержательной стороне арбитражного разбирательства и также могут послужить при их установлении основанием для отказа в признании юридической силы за арбитражным решением.

Согласно п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

а) стороны в арбитражном соглашении были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено; или

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

в) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным

соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение; или

d) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; или

e) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Вторая группа оснований (п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.) связана с проверкой как процессуальных юридических фактов, так и существования спора. В частности, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что:

a) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны; или

b) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Инициатива и бремя доказывания в рассмотрении вопроса о наличии оснований для отказа в признании и исполнении решений международных коммерческих арбитражей. Различия между данными основаниями для отказа в признании и исполнении арбитражного решения заключаются в следующем. Во-первых, основания а) - е) п. 1 и основание а) п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. носят процессуальный характер, а основание б) п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. - содержательный характер и более относится к материально-правовой характеристике как самого дела, так и возможных последствий исполнения арбитражного решения. Во-вторых, если первая группа оснований (а) - е) п. 1 и а) п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.) носит более-менее определенный характер, то основание, связанное с публичным порядком, имеет оценочный характер и может толковаться самым различным образом.

В-третьих, очень существенно различие по бремени доказывания. При доказывании оснований п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. обязанность доказывания наличия или отсутствия указанных процессуальных юридических фактов возложена на сторону, против которой направлено арбитражное решение. Юридические факты, указанные в п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., могут как доказываться стороной, против которой направлено решение арбитража, так и могут быть установлены по инициативе самого государственного суда, рассматривающего заявление о признании и исполнении арбитражного решения. Суд вправе по своей инициативе *ex officio* отказать в признании арбитражного решения, если установит данные фактические обстоятельства. Здесь проявляется начало судейской активности в доказательственной деятельности, когда арбитражный суд, независимо от требований и возражений сторон, в силу закона включает определенные факты в предмет доказывания.

В этом аспекте производство по признанию и исполнению иностранных арбитражных решений имеет свою специфику, отраженную в активности суда и проявлении им публичного начала, которое отражает защиту национального правового пространства от решений, отрицающих существенные характеристики публичного строя той или иной страны. В отличие от традиционных правил гражданского и арбитражного процесса в этом плане на суд возлагается обязанность по проявлению инициативы с целью установления фактов предмета доказывания в данном производстве.

Однако общее, объединяющее начало всех оснований ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. заключается в том, что компетентный суд, рассматривающий заявление о признании и исполнении иностранного арбитражного решения, не вправе его пересматривать по существу, с точки зрения правильности применения норм материального права, определения предмета доказывания и оценки доказательств <24>.

<24> Рекомендации и анализ конкретных случаев приведены, в частности, в двух русскоязычных

изд.: Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. М.; Берлин, 2012 (http://www.arbitration-icca.org/media/3/46059478358923/ras-sian_text.pdf; дата посещения - 10.04.2018); Секретариат ЮНСИТРАЛ. Руководство по Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Нью-Йорк, 2016 (http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf; дата посещения - 10.04.2018).

Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения в Законе о МКА. Схожие со ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. основания закреплены в ст. 36 Закона о МКА. В частности, в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано в одном из следующих случаев:

1) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательства того, что:

- решение было вынесено на основании арбитражного соглашения, которое указано в ст. 7 Закона о МКА и одна из сторон которого была в какой-либо мере недееспособна; или

- арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено; или

- сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения; или

- решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение; или

- состав третейского суда либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имело место третейское разбирательство; или

- решение, принятое на территории иностранного государства, еще не стало обязательным для сторон третейского разбирательства либо было отменено или приостановлено исполнению компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется;

2) компетентный суд определит, что:

- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом; или

- признание и приведение в исполнение арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации.

Как видно, основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, правила распределения обязанностей по доказыванию и наличие полномочий **ex officio** у арбитражного суда практически аналогичны положениям ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Иностранные арбитражные решения, не требующие принудительного исполнения. В ходе арбитражной реформы в РФ в 2015 г. появились нормы, учитывающие разделение исков и решений на арбитражные решения о присуждении и арбитражные решения о признании права. Такое деление оказывает влияние не только на рассмотрение соответствующих дел, но и на их исполнение.

Согласно новой ч. 3 ст. 35 Закона о МКА в случае вынесения за пределами РФ арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение, сторона, против которой вынесено указанное решение, имеет право заявить возражения против признания указанного решения в Российской Федерации.

Федерации по основаниям и процедуре, которые установлены процессуальным законодательством РФ. Например, иностранный международный коммерческий арбитраж вынес решение о признании сделки с участием российского общества недействительной, в то время как в российском суде рассматривается вопрос об исполнении обязательства, возникшего из данной сделки. В таком случае возникает необходимость определить правовые последствия такого иностранного арбитражного решения для российского гражданского оборота.

Сама процедура возражений была предусмотрена в ст. 245.1 АПК РФ. В частности, иностранные арбитражные решения, не требующие принудительного исполнения, признаются в РФ, если их признание предусмотрено международным договором РФ и федеральным законом. Такие иностранные арбитражные решения, не требующие принудительного исполнения, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно признания этого решения.

Заинтересованное лицо в течение одного месяца после того, как ему стало известно об иностранном арбитражном решении, может заявить возражения относительно признания арбитражного решения в арбитражный суд субъекта РФ по месту нахождения или месту жительства заинтересованного лица либо месту нахождения его имущества, а если заинтересованное лицо не имеет места жительства, места нахождения или имущества в РФ, в Арбитражный суд г. Москвы.

Заявление заинтересованного лица о возражениях против иностранного арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано заинтересованным лицом или его представителем. В этом заявлении в том числе должно быть сформулировано ходатайство заинтересованного лица об отказе в признании иностранного арбитражного решения с приведением оснований для отказа в таком признании, а также с обоснованием нарушения указанным решением прав и законных интересов заинтересованного лица в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности в Российской Федерации.

Заявление рассматривается в срок, не превышающий одного месяца со дня его поступления в арбитражный суд. При его рассмотрении арбитражный суд вправе привлечь к участию в деле лиц, в отношении прав и обязанностей которых вынесено иностранное арбитражное решение, с продлением срока рассмотрения этого заявления. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, а также заинтересованного лица не является препятствием для рассмотрения дела.

Арбитражный суд отказывает в признании иностранного арбитражного решения по основаниям, предусмотренным Законом о МКА для отказа в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража, если иное не предусмотрено международным договором РФ. Определение арбитражного суда по делу о признании иностранного арбитражного решения, не требующего принудительного исполнения, может быть обжаловано в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение одного месяца со дня вынесения определения.

21.4. Особенности применения концепции публичного порядка при оспаривании, признании и принудительном исполнении арбитражного решения

Особого внимания заслуживает такое основание для отмены арбитражного решения и отказа в его признании и приведении в исполнение, как противоречие публичному порядку Российской Федерации. Категория публичного порядка в качестве условия, исключающего возможность признания и исполнения судебных актов и арбитражных решений, содержится в международных договорах и национальном законодательстве многих стран. При неприемлемости результата признания решения для правопорядка признающего государства в ход пускают "стоп-кран" путем применения оговорки о публичном порядке <25>.

<25> См.: Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Пер. с нем. М., 2001. С. 418.

Данная оговорка содержится в ст. ст. 233 и 239 АПК РФ, п. 2 б) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ст. ст. 34 и 36 Закона о МКА, ст. 1193 ГК РФ. Ряд международных договоров о правовой помощи содержат оговорку о публичном порядке применительно к сфере арбитража, например п. 5 ст. 16 Договора о взаимной правовой помощи с Ираком <26>, п. 5 ст. 16 Договора с Йеменом о правовой помощи по гражданским и уголовным делам <27> и т.д.

<26> Договор о взаимном оказании правовой помощи между СССР и Иракской Республикой (подписан в г. Москве 22.06.1973): <http://legalacts.ru/doc/dogovor-o-vzaimnom-okazanii-pravovoi-pomoshchi-mezhdu/> (дата посещения - 10.04.2018).

<27> Договор между СССР и Народной Демократической Республикой Йемен о правовой помощи по гражданским и уголовным делам (подписан в г. Москве 06.12.1985): <http://legalacts.ru/doc/dogovor-mezhdu-sssr-i-narodnoi-demokraticheskoi-respublikoi/> (дата посещения - 10.04.2018).

На практике нарушение публичного порядка является одним из наиболее частых возражений, используемых проигравшей стороной, которая желает воспрепятствовать приведению в исполнение арбитражного решения. Также важно, что в большинстве случаев нарушение публичного порядка - это единственное основание, которое может иметь отношение к содержанию решения и затрагиваемым в нем вопросам материального права.

Понятие публичного порядка. Понятие "публичный порядок" возникло в контексте международного частного права прежде всего как элемент достижения необходимого баланса в тех случаях, когда одно государство допускает применение на своей территории норм иностранного права. Применение этого института дает государству возможность в крайних случаях не допустить действие иностранного права на своей территории <28>.

<28> Комаров А.С. Международный коммерческий арбитраж и третейское судопроизводство в России: актуальные проблемы / Интервьюер Я. Пискунов // Закон. 2008. N 1. С. 5 - 6.

В качестве основы для понимания публичного порядка в сфере международного частного права можно рассматривать ст. 1193 ГК РФ, согласно которой норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами разд. VI ГК РФ, **в исключительных случаях** не применяется, **если последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации.** В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права. Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на различии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации.

В приведенной норме даны общие рамки понятия, условные пределы и правовые последствия действия категории публичного порядка, ведь сама юридическая конструкция "противоречие публичному порядку Российской Федерации" носит оценочный характер, позволяя ее толковать по-разному в различных ситуациях. По меткому выражению А.П. Белова, это самая "каучуковая" из всех "каучуковых" норм <29>. Это "эластичное понятие, необходимое праву, которое установлено для упорядочивания живого предмета. В этом качестве оно обязано поддерживать пластичность жизни, что возможно только при существовании широкого определения понятия, а не неточного, неопределенного, туманного или еще изменчивого, как иногда говорят" <30>, и неудивительно, что значительную роль в формировании подходов к применению данного понятия играет судебная практика <31>.

<29> Белов А.П. Международное предпринимательское право: Практик. пособие. М., 2001. С. 283.

<30> Вербар К. Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001. N 1. С. 295.

<31> Вместе с тем попытка формирования подобных подходов была предпринята Ассоциацией международного права. Подробнее см.: Хвесеня В.М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 3. С. 41 - 53.

Хотя судебная практика применения оговорки о публичном порядке в России еще только складывается, ее анализ уже позволяет сделать некоторые выводы. Во-первых, во многих странах выделяются отдельно категории международного и национального публичного порядка, например в США, во Франции. При этом международный публичный порядок, который и используется при квалификации возможности признания и приведения в исполнение арбитражного решения или его отмены, понимается гораздо более узко, чем национальный, с целью защиты и поддержки системы международного арбитража и стабильности его решений, а также прочности международных контрактов.

Вот какое определение публичного порядка приведено в п. 1 информационного письма N 156: "...Под публичным порядком в целях применения указанных норм [здесь имеется в виду, в частности, норма п. 2 b) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.] понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. В частности, сюда относится совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства РФ (ст. 1192 ГК РФ), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц".

Исходя из приведенного определения, чтобы установить нарушение российского публичного порядка, необходимо будет установить, что: 1) действия нарушают фундаментальные принципы российского права или прямо запрещены российскими сверхимперативными нормами; 2) такое нарушение наносит ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивает конституционные права и свободы частных лиц или интересы больших социальных групп. При таком подходе случаи применения оговорки о публичном порядке на практике должны быть исключительно редкими.

Отметим также, что публичный порядок не должен смешиваться с публичным правом. Публичный порядок - это общее для всей системы права понятие, касающееся всех правовых отраслей, как публичных, так и частных. Эти две части правовой системы не имеют различия с точки зрения уровня, а только в соответствующей области применения <32>.

<32> Хвесеня В.М. Указ. соч. С. 41 - 53.

Механизм применения оговорки о публичном порядке. В контексте признания и приведения в исполнение арбитражного решения важно отметить, что **оценке подлежит не само решение, а результаты его исполнения**, которые могут быть несовместимы с публичным порядком Российской Федерации (см. ст. 36 Закона о МКА и п. 2 b) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.). С учетом этого отказ в приведении в исполнение решения международного арбитража или решения иностранного суда со ссылкой на нарушение публичного порядка возможен, только если **последствия такого исполнения (но не само решение) будут несовместимы с основными началами правопорядка Российской Федерации.**

В сфере международного гражданского процесса речь идет о возможности частичной экзекватуры, если применение публичного порядка может быть ограничено лишь в отношении отдельных удовлетворенных в решении требований. Также следует подтвердить возможность частичного признания и исполнения в качестве общего правила, которая прямо предусмотрена отдельными нормами позитивного права. В частности, ст. 244 АПК РФ говорит о полном либо частичном отказе в приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения. Статья 23 Договора между РФ и Аргентинской Республикой о сотрудничестве и правовой помощи по гражданским, торговым, трудовым и административным делам предусматривает, что если по каким-либо причинам судебное или арбитражное решение не может быть исполнено полностью, то компетентный орган запрашиваемой договаривающейся стороны может согласиться на его частичное исполнение, если об этом его попросит

заинтересованная сторона <33>. При этом особенностью международного гражданского процесса будет то, что в силу запрета пересмотра иностранного решения по существу экзекватура может быть лишь частичной, но не уменьшающей. Это предполагает, что подтвержденные в решении требования могут быть отделены, и именно в этом заключается сложность. Как следствие, при установлении нарушения публичного порядка и одновременной невозможности разделения требований данный принцип требует отказа в выдаче экзекватуры в отношении всего иностранного решения <34>.

<33> См.: http://www.arbitr.ru/_upimg/6F869034DA3FBAC19855B0AB712434C7_rf_argentina.pdf (дата посещения - 10.04.2018).

<34> См.: Batiffol H., Lagarde P. *Traité de droit international privé*. 8e éd Paris, 1993. Т. I. P. 591.

Одним из ключевых и одновременно самых сложных моментов в связи с оценкой противоречия публичному порядку является объем осуществляемого судом контроля. Принцип **запрета пересмотра решения по существу**, который в ч. 4 ст. 243 АПК РФ прямо сформулирован только для решений иностранных государственных судов, в полной мере применим и к решениям международного коммерческого арбитража <35>. В этом контексте перед проверяющим судьей стоит задача обеспечить эффективный контроль, при этом не допустив пересмотра решения по существу. В общем виде модель рассуждений должна быть выстроена следующим образом. Опираясь на исследованные арбитражем фактические обстоятельства (без возможности иной их интерпретации), а также на обстоятельства, "внешние" по отношению к решению (т.е. не нашедшие своего отражения в тексте решения), без возможности проверки правильности осуществленной арбитром юридической квалификации отношений, судья проверяет, не является ли противоречащим фундаментальным принципам национального правопорядка признание и приведение в исполнение резолютивной части иностранного решения, основанного на таких обстоятельствах. Обращаясь к судебной практике, можно отметить, что в большинстве проанализированных нами решений суды подтверждают невозможность проверки правильности применения арбитрами норм права. Соответственно, необоснованное или неправильное применение арбитрами отдельных норм гражданского законодательства не может рассматриваться в качестве нарушения публичного порядка РФ <36>. Аналогично судами не допускается пересмотр правильности совершенной арбитрами оценки доказательств <37>, а также пересмотр выводов арбитров по существу спора <38>.

<35> См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 20.10.2009 N 8120/2009 // СПС "КонсультантПлюс".

<36> См., например: Определение ВАС РФ от 06.12.2007 N 13452/07 по делу N А40-694/07; Постановления ФАС Московского округа от 04.01.2003 N КГ-А40/8640-02, от 14.02.2006 N А40-51576/05-60-397, от 03.09.2003 N КГ-А40/1672, от 29.09.2004 N КГ-А40/7948-04, от 17.04.2003 N КГ-А40/1964-03 // СПС "КонсультантПлюс".

<37> См.: Постановление ФАС Московского округа от 29.09.2004 по делу N КГ-А40/7948-04 // СПС "КонсультантПлюс".

<38> См.: Постановление АС Западно-Сибирского округа от 14.11.2016 N Ф04-4877/2016 по делу N А03-8922/2016; Постановление АС Поволжского округа от 01.07.2016 N Ф06-10571/2016 по делу N А65-5407/2016; Постановления АС Уральского округа от 20.06.2016 N Ф09-6215/16 по делу N А50-27190/2015, от 31.05.2016 N Ф09-4268/16 по делу N А71-15172/2015; Постановления ФАС Московского округа от 24.03.2004 по делу N КГ-А40/2002-04, от 15.04.2004 по делу N КГ-А40/2498-04, от 05.06.2003 по делу N КГ-А40/2880-03, от 08.01.2004 по делу N КГ-А40/10552-03-П // СПС "КонсультантПлюс".

В то же время важно иметь в виду, что **запрет пересмотра не должен рассматриваться как блокирующий любые полномочия судьи по контролю**. Данный принцип не затрагивает возможности оценки фактических обстоятельств и правовой квалификации в той мере, в какой они служат разрешению вопросов, охватываемых группой иных оснований к отказу в признании и приведении в исполнение

(например, установление того, может ли объект спора быть предметом арбитражного разбирательства; констатируя отсутствие исключительной подсудности спора национальному суду и др.). Запрет пересмотра по существу также не может служить ограничением полномочий судьи в связи с проверкой нарушений процессуального публичного порядка. Здесь суд не только не возвращается к пересмотру, но остается в рамках рассмотренного арбитражем спора без возобновления рассмотрения дела по существу. При этом он не связан примененными арбитражем нормами права (в частности, арбитры не всегда придерживаются единой с российским судом концепции прав на защиту) и исследует конкретные обстоятельства дела.

Отметим, что **оговорка о публичном порядке может быть применена и в случае, когда арбитражное решение было вынесено на основании норм российского права.** Дело в том, что институт публичного порядка по природе своей призван блокировать применение иностранного (внешнего) источника, но в сфере международного гражданского процесса иностранным источником будет уже не иностранная норма или закон, а само иностранное решение. Как следствие, не имеет значения характер права, примененного как к существу спора, так и к процедуре его рассмотрения. Это может быть как иностранное право, так и право государства, публичный порядок которого способен вступить в действие.

Для судьи, решающего вопрос о выдаче экзекватуры, имеет значение только то, что в данной спорной ситуации анализируемое им арбитражное решение нарушает действующие в его собственной стране фундаментальные концепции. В этом аспекте не играет роли, следствие ли это применения иностранным судьей закона, который сам по себе является противоречащим публичному порядку (это подразумевает, что речь идет об иностранном законе), либо же вследствие применения закона (национального или иностранного) иностранный судья пришел к решению, являющемуся абсолютным образом несовместимым с такими фундаментальными представлениями <39>.

<39> См.: Постановление ФАС Московского округа от 19.12.2002 по делу N КГ-А40/8249-02 // СПС "КонсультантПлюс".

Оговорка о публичном порядке представляет собой основание **ex officio** и **может быть применена по инициативе судьи, даже если ни одна из сторон не ссылается на наличие нарушения публичного порядка.** Данное основание для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, стоящее на защите фундаментальных ценностей правопорядка государства, где испрашивается признание, по своей внутренней сущности является исключенным из сферы свободного усмотрения сторон, поэтому возможность применения оговорки о публичном порядке по инициативе судьи, когда стороны об этом не заявляли, не вызывает сомнений. Этот вывод соответствует ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., где в п. 1 предусмотрены основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, которые применяются только по заявлению стороны, против которой направлено решение. Основания же, предусмотренные п. 2 ст. V (нарушение публичного порядка и неарбитрабельность спора), могут быть применены компетентным судом по собственному усмотрению <40>.

<40> См.: Постановление ФАС Московского округа от 10.10.2011 по делу N А40-35844/11-69-311, от 08.01.2004 по делу N КГ-А40/10552-03-П // СПС "КонсультантПлюс".

Вместе с тем допустимость изучения государственным судом по собственной инициативе вопроса о соответствии последствий исполнения арбитражного решения публичному порядку не исключает **обязанности стороны представить суду доказательства, обосновывающие наличие противоречия публичному порядку,** если сторона ссылается на данное основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного решения. Об этом говорится, например, в п. 3 информационного письма N 156. На стороне лежит обязанность продемонстрировать, какие негативные последствия для ее прав и законных интересов влечет принудительное исполнение иностранного решения. В этом контексте п. 8 информационного письма N 156 содержит пример того, что несоблюдение иностранным юридическим лицом порядка одобрения крупных сделок, предусмотренного его личным законом, не свидетельствует о противоречии российскому публичному порядку, поскольку нормы об особом порядке одобрения крупных

сделок преследуют цель защиты акционеров (участников) данной иностранной компании, и, как следствие, нарушение этих норм не может повлечь нарушения прав другой стороны по сделке.

Примеры применения оговорки о публичном порядке на практике. Переходя к практическим примерам применения оговорки о публичном порядке, отметим, что принято различать нарушения процессуально-правового и материально-правового публичного порядка. Рассмотрим примеры каждого из них более подробно.

На практике во многих случаях вопрос о нарушении российского публичного порядка возникает в ситуации, когда иностранное решение основано на применении специфических концепций иностранного права, не известных российскому праву или применяемых в российском праве иным образом, чем в иностранном государстве, где вынесено решение.

В этом контексте не может быть признано наличие нарушения российского публичного порядка лишь на том основании, что в российском праве отсутствуют нормы, аналогичные нормам примененного иностранного права. Например, отступление иностранного арбитража от принципа, в соответствии с которым гражданско-правовая ответственность предполагает компенсацию потерь кредитора (так называемого компенсационного характера гражданско-правовой ответственности), само по себе не свидетельствует о нарушении российского публичного порядка.

В одном из дел суд подтвердил, что в ситуации, когда иностранным арбитражным решением предусмотрено взыскание со стороны суммы заранее согласованных убытков (**liquidated damages**), то обстоятельство, что данная сумма превышает размер фактически понесенных кредитором убытков, не может свидетельствовать о карательном характере заранее согласованных убытков и нарушении российского публичного порядка (п. 6 информационного письма N 156). При этом суд отметил, что и ряд институтов российского права (например, штрафная неустойка, компенсация за нарушение исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности) также предполагает отход от строго компенсационного характера гражданско-правовой ответственности.

Вместе с тем нельзя полностью исключить возможность суда реагировать на ситуации, когда карательный элемент ответственности настолько значителен, что вступает в противоречие с российским публичным порядком (например, размер таких санкций аномально высок и многократно превышает тот размер убытков, который стороны могли разумно предвидеть при заключении договора <41>; при согласовании размера штрафных санкций имелись очевидные признаки злоупотребления свободой договора). Возможность же квалификации положений ст. 333 ГК РФ в качестве принципов публичного порядка, вне всякого сомнения, следует исключить.

<41> Например, когда речь идет о взыскании штрафов, в сотни или тысячи раз превышающих действительный размер ущерба. См. приводимое Т.Н. Нешатаевой решение международного коммерческого арбитража по делу **TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.**, установившее обязанность ответчика выплатить штрафные санкции, в 526 раз превышающие размер убытков: Нешатаева Т.Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учеб. курс: В 3 ч. М., 2004. С. 560.

В другом деле суд признал, что возложение иностранным судом на российское лицо обязанности по уплате так называемого судебного залога в обеспечение судебных расходов другой стороны (**security for costs**) как условия апелляционного обжалования по общему правилу не может свидетельствовать о противоречии российскому публичному порядку. Применение института судебного залога, соответствие которого фундаментальным процессуальным гарантиям доступа к правосудию было признано в практике ЕСПЧ, не противоречит российскому публичному порядку, даже если указанный институт неизвестен российскому праву.

Достаточно актуальным является **вопрос о возможности признания в России арбитражных решений в условиях введения в отношении должника любой из процедур банкротства или принятия судом к рассмотрению заявления о признании должника банкротом.**

С одной стороны, речь идет об императивных принципах права банкротства - это: 1) принцип

равенства прав кредиторов одной очереди; 2) принцип запрета нарушения установленной очередности удовлетворения требований кредиторов, обойти который не должно позволить и решение третейского суда (арбитража) <42>; 3) определенный законодателем особый порядок признания требований кредиторов установленными, с вынесением арбитражным судом определения о включении или об отказе во включении указанных требований в реестр требований кредиторов, а также указания в нем размера и очередности удовлетворения таких требований.

<42> См., например: Постановления Президиума ВАС РФ от 22.05.2012 N 16541/11, от 13.11.2012 N 8141/12 // СПС "КонсультантПлюс".

Здесь, очевидно, не должно быть возможным нарушение обозначенных выше принципов, а признавать требования установленными может сегодня исключительно арбитражный суд. На практике достаточно часто суды устанавливают нарушение публичного порядка на том основании, что решение третейского суда о взыскании долга с заявителя, находящегося в процессе банкротства, может затронуть права и законные интересы кредиторов должника <43>.

<43> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 13.11.2012 N 8141/12 по делу N А45-15248/2011; Постановления АС Западно-Сибирского округа от 01.04.2016 N Ф04-319/2016 по делу N А70-14611/2015, от 21.07.2016 N Ф04-2331/2016 по делу N А45-25463/2015; Постановление АС Московского округа от 19.08.2016 N Ф05-11995/2016 по делу N А40-70027/16 // СПС "КонсультантПлюс".

Например, как было установлено в одном из дел, заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, вынесенного против лица, в отношении которого судом принято заявление о признании его банкротом и возбуждено дело о несостоятельности (банкротстве), не подлежало рассмотрению. Имущественные требования общества (обратившегося с заявлением о выдаче исполнительного листа) как одного из кредиторов должника должны были быть предъявлены к должнику в деле о несостоятельности последнего <44>.

<44> Постановление Президиума ВАС РФ от 12.02.2013 N 12751/12 // СПС "КонсультантПлюс".

В другом деле, установив, что обязательства по оплате поставленного товара и услуг по транспортировке возникли у должника на основании договора после введения процедуры конкурсного производства, в связи с чем данные обязательства относятся к текущим платежам и подлежат рассмотрению арбитражным судом в общем порядке, суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, поскольку рассмотрение настоящего спора в третейском суде нарушает права конкурсных кредиторов и кредиторов по текущим платежам <45>.

<45> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 15.01.2016 N Ф04-29161/2015 по делу N А27-18464/2015; см. также: п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 N 35 "О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве" // СПС "КонсультантПлюс".

Более гибкий подход, позволяющий одновременно не допустить нарушения указанных ранее принципов законодательства о банкротстве и принять во внимание вынесенное арбитрами решение, можно найти в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 04.09.2003, где суд указывает, что "наличие решения третейского суда в данной ситуации [приведение в исполнение арбитражного решения, обязывающего признанного банкротом должника к уплате денежной суммы] **может свидетельствовать только о том, что требования кредитора установлены**. Однако и в этом случае они должны быть предъявлены должнику в рамках дела о несостоятельности" (выделено нами. - **Прим. авт. параграфа**).

Аналогичным образом в другом деле суд указал, что арбитражный суд, рассматривающий заявление кредитора о включении требования, подтвержденного решением третейского суда, в реестр требований

кредиторов должника, рассматривает заявленные требования с учетом представленного решения третейского суда, оценивая его по правилам ст. 239 АПК РФ, т.е. не пересматривает решение по существу, а устанавливает лишь факты, с наличием которых законодательство связывает наступление правовых последствий в форме отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Только при установлении таковых арбитражный суд рассматривает требования по общим правилам как требования, не подтвержденные решением третейского суда <46>.

<46> Постановление АС Западно-Сибирского округа от 15.03.2016 N Ф04-685/2016 по делу N А45-8228/2015 // СПС "КонсультантПлюс". См. в том же контексте примеры других дел, где ссылки заявителей на имеющее место нарушение публичного порядка были признаны судами необоснованными: Постановление ФАС Московского округа от 31.03.2004 по делу N КГ-А40/2223-04; Постановление ФАС Уральского округа от 29.04.2003 по делу N Ф09-954/03-ГК // СПС "КонсультантПлюс".

Вопрос о **возможности применения оговорки о публичном порядке при констатации противоречия арбитражного решения решению государственного суда** продолжает оставаться актуальным для российской судебной практики. Речь идет, в сущности, о двух принципиальных позициях.

Первая основывается на отнесении принципа преюдициальности к числу принципов процессуального публичного порядка. В этом смысле "признание решения иностранного арбитража об исполнении обязательства, которое признано недействительным другим решением государственного арбитражного суда, может быть истолковано как игнорирование принципа обязательности судебных актов и независимости судебных органов в качестве органов государственной власти" <47>. Далее данный вывод может обосновывать применение оговорки о публичном порядке. К сожалению, представляется, что данный подход создает условия для злоупотреблений <48>.

<47> Более подробно по данному вопросу см.: Ярклов В.В. Оспаривание договоров, охваченных арбитражным соглашением // Международный коммерческий арбитраж. 2005. N 3. С. 5. См. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 05.02.2013 N 11606/12 // СПС "КонсультантПлюс".

<48> См., например: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 05.12.2011 по делу N А27-781/2011 // СПС "КонсультантПлюс". В данном деле миноритарный акционер ответчика по арбитражному спору, который не был связан арбитражной оговоркой, предъявил в российский суд иск о признании недействительным контракта, на основании которого в арбитражном разбирательстве был разрешен вопрос о присуждении денежной суммы. В этом контексте, как указала кассационная инстанция, "признание и исполнение арбитражного решения, вынесенного на основании недействительной сделки, приведет к существованию на территории РФ судебных актов равной юридической силы, содержащих взаимоисключающие выводы, и вступит в противоречие с принципами обязательности судебных актов российского суда, являющимися неотъемлемой частью публичного порядка РФ". В другом деле, установив, что оспариваемое третейское решение основано на признанном судом недействительным дополнительном соглашении и затрагивает права и интересы акционера ответчика, владеющего 100% акций, арбитражный суд пришел к выводу о том, что "признание несуществующего долга и обязательства по уплате неустойки, начисленной на несуществующий долг, является недобросовестным поведением (злоупотреблением правом), нарушающим основополагающие принципы российского права: добросовестность и право на справедливое правосудие". Решение третейского суда было отменено со ссылкой на противоречие публичному порядку. См.: Постановление АС Западно-Сибирского округа от 11.07.2016 N Ф04-2630/2016 по делу N А45-19881/2014 // СПС "КонсультантПлюс".

Второй подход, в сущности не признающий качество публичного порядка за свойством преюдициальности, стремится перенести проблему в другую плоскость и свести ее к оценке наличия нарушения материального публичного порядка. В соответствии с данным подходом публичный порядок может быть нарушен не всяким решением российского суда о признании сделки недействительной. Критерием оценки здесь, по мнению В.А. Мусина и Н.А. Шибановой, может выступать критерий ничтожности сделки, предусмотренный в ст. 169 ГК РФ, запрещающий заключение сделок с целью, противной основам правопорядка и нравственности. Исполнение таких сделок в результате признания

арбитражного решения может считаться нарушением публичного порядка <49>, ведь в силу положений ГК РФ ничтожная сделка не влечет юридических последствий и является недействительной с момента ее совершения. Решение суда о признании данной сделки недействительной не должно вести к автоматическому выводу о противоречии публичному порядку, противоположный подход означает лишь дорогу к пересмотру иностранного решения по существу. Наконец, даже если суд и арбитраж разошлись в оценках сделки, представляется, что в силу взыскания с ответчика денег не будет осуществлено действий, которыми "наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц" <50>.

<49> Международный коммерческий арбитраж. 2004. N 1. С. 173 - 174.

<50> См. определение публичного порядка, приведенное в п. 1 информационного письма N 156. См. также логику, изложенную Б.Р. Карабельниковым: Карабельников Б.Р. ВАС РФ объясняет публичный порядок // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. N 1. С. 206. Важным в контексте рассматриваемой проблематики представляется Постановление Президиума ВАС РФ от 29.09.2010 N 17990/09 // СПС "КонсультантПлюс". В нем, хотя и относящемся к сфере решений третейских судов, высшей судебной инстанцией был сделан важный вывод о том, что суды не должны потворствовать созданию искусственных конфликтов между выводами третейского суда и государственного суда о действительности одного и того же договора.

Нарушение процессуальных положений как потенциальное основание для применения оговорки о публичном порядке. Важной является также процессуальная составляющая публичного порядка. Примерами ее применения будут случаи, когда при вынесении арбитражного решения были нарушены фундаментальные процессуальные принципы, и при этом они не являются самостоятельными основаниями для отказа в признании или отмены решения.

Российские суды не допускают нарушения принципов состязательности и равноправия сторон, закрепленных в ст. 123 Конституции РФ. В частности, в одном из дел не уведомление ответчика о времени и месте третейского разбирательства, об избрании (назначении) третейских судей послужило основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Как установил суд: "Материалы дела свидетельствуют о том, что при третейском разбирательстве возникшего спора... указанные принципы соблюдены не были, ответчик по делу был поставлен в неравное положение с истцом... ЗАО "Талтэк" по юридическому адресу организации не было извещено о времени и месте судебного разбирательства. Названное лицо не было уведомлено об избрании (назначении) третейских судей" <51>.

<51> Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 07.07.2003 по делу N Ф04/3111-1039/А45-2003 // СПС "КонсультантПлюс"; См. аналогичный подход в другом деле: Постановление АС Западно-Сибирского округа от 13.04.2016 N Ф04-1188/2016 по делу N А02-2078/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Аналогично в другом деле суд установил, что "ответчик по делу до дня судебного разбирательства не был уведомлен о назначении арбитра, чем нарушено его право на назначение арбитра... О времени и месте судебного разбирательства ответчик был извещен только накануне заседания. Его ходатайство об отложении дела, мотивированное неполучением копии искового заявления, было отклонено, в силу чего ответчик был лишен возможности представить к заседанию свои обоснованные возражения по иску. Кроме того... прямо в заседании третейского суда был решен вопрос о привлечении к участию в деле в качестве ответчика О., в отношении которого в этом же заседании вынесено решение. О времени и месте рассмотрения спора О. третейским судом не извещался" <52>. Приведенные нарушения послужили основанием для отмены решения третейского суда.

<52> Постановление ФАС Московского округа от 09.02.2004 по делу N КГ-А41/167-04 // СПС "КонсультантПлюс".

В одном из рассмотренных дел в состав арбитров вошло лицо, выступавшее руководителем юридического подразделения материнской компании стороны, причем уполномоченный орган отказался удовлетворить отвод, своевременно заявленный в ходе арбитражного разбирательства другой стороной. В таком контексте российский суд пришел к выводу, что явное и очевидное нарушение принципа беспристрастности и независимости арбитров должно послужить основанием для применения оговорки о публичном порядке.

В другом деле, установив, что один из арбитров "на протяжении около двух лет представляет интересы истца в судебных спорах, при этом в штате организации не состоит, работает на основании гражданско-правового договора, арбитражный суд удовлетворил заявление об отмене решения третейского суда, придя к обоснованному выводу о нарушении гарантии объективной беспристрастности суда и, как следствие, справедливости рассмотрения спора в виде нарушения равноправия и автономии воли спорящих сторон" <53>.

<53> Постановление АС Дальневосточного округа от 26.07.2016 N Ф03-3305/2016 по делу N А73-2009/2016 // СПС "КонсультантПлюс".

Обратным примером будет служить ситуация, при которой избранный стороной арбитр в течение последних трех лет неоднократно избирался ею в качестве арбитра по другим спорам. Арбитр своевременно раскрыл сторонам эту информацию. Другая же сторона не воспользовалась правом заявить отвод данному арбитру, в связи с чем считалась отказавшейся от права на заявление в последующем возражений, связанных с сомнениями в беспристрастности и независимости данного арбитра. В данном случае суд признал отсутствие оснований для применения оговорки о публичном порядке (п. 11 информационного письма N 156). Отметим также, что принцип процессуальной добросовестности (**estoppel**) хорошо известен отечественным судам, и в целом ряде дел заявления сторон на допущенные составом арбитров процессуальные решения отклонялись государственным судом со ссылкой на то, что об этом не было своевременно сделано заявление в ходе рассмотрения дела арбитрами <54>.

<54> См., например: Постановления ФАС Московского округа от 26.07.2004 по делу N КГ-А40/6077-04, от 26.04.2004 по делу N КГ-А40/2696-04 // СПС "КонсультантПлюс".

Недобросовестные действия стороны, оказавшие влияние на формирование убеждения арбитров, формируют возможность применения оговорки о публичном порядке. Речь может идти о представлении подложных доказательств, которые кладутся в основу выносимого составом арбитров решения, введении арбитров в заблуждение иным способом и т.д. Здесь можно говорить о пороке воли арбитров при формировании выводов по существу спора вследствие недобросовестного поведения стороны спора <55>. В качестве примера приведем дело, в котором в российский суд на стадии рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение в РФ иностранного арбитражного решения был представлен вступивший в законную силу приговор российского суда о привлечении к уголовной ответственности по ст. 204 УК РФ (коммерческий подкуп) директора российского федерального государственного унитарного предприятия, заключившего от имени предприятия договор на заведомо невыгодных для предприятия условиях, о чем в момент заключения договора было известно представителям контрагента, осуществившим коммерческий подкуп директора предприятия. Самим арбитражным решением была взыскана неустойка по контракту, который фактически не исполнялся ни одной из сторон. В этом контексте судом был сделан вывод о наличии оснований для отказа в признании и приведении решения в исполнение по основаниям публичного порядка.

<55> См., например, дело, изложенное в п. 2 информационного письма N 156, в рамках которого российские суды сделали вывод о наличии достаточных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения по соображениям публичного порядка.

Однако существует и обратный пример, когда в отмене арбитражного решения было отказано, поскольку арбитражный суд, оценив довод заявителя о том, что при вынесении решения третейским судом нарушены основополагающие принципы российского права в связи с тем, что обжалуемое решение основано на подложных документах, обоснованно указал, что указанный довод направлен на пересмотр решения по существу, а вопрос исследования (оценки) доказательств третейским судом не входит в компетенцию арбитражного суда <56>.

<56> Постановление АС Московского округа от 26.05.2016 N Ф05-4610/2016 по делу N А40-56061/2015 // СПС "КонсультантПлюс".

Некоторые примеры некорректного применения оговорки о публичном порядке. К настоящему моменту российскими судами наработан значительный опыт применения оговорки о публичном порядке, и большинство примеров ее применения на практике следует оценить положительно. Тем не менее следует рассмотреть ситуации, в которых применение данной оговорки вызывает вопросы.

Отметим, что не следует признавать допустимым вынесение решений, основывающих содержание публичного порядка исключительно на экономических либо социальных соображениях <57>. Так, в одном из дел при испрашивании признания и исполнения решения ИСС, вынесенного в 1993 г. против российской внешнеторговой компании "КАМАЗ" (с местонахождением предприятия и активов в Татарстане), предусматривающего взыскание в пользу компании Саудовской Аравии значительной суммы долга, в качестве мотива для отказа Верховным судом Татарстана выдвигались именно соображения подобного рода - о том, что исполнение решения нанесло бы ущерб интересам субъекта Федерации <58>. Как справедливо указал А.С. Комаров, анализ "социальных и экономических факторов" неуместен в рамках контроля соответствия арбитражного решения публичному порядку, поскольку такие факторы в принципе обладают "локальным, временным и субъективным характером" и "не имеют ничего общего с основами правопорядка государства" <59>. Для защиты соответствующих экономических приоритетов существует достаточно других механизмов, в то время как гибкость публичного порядка служит совершенно не этому.

<57> См., в частности: Карабельников Б.Р. Проблема публичного порядка при приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей // Журнал российского права. 2001. N 8. С. 101; Тимохов Ю.А. О некоторых случаях судебного вмешательства в сфере международного коммерческого арбитража // Международное частное право: современная практика: Сб. ст. М., 2000. С. 279.

<58> Цит. по: Ануфриева Л.П. Международное частное право: Учебник: В 3 т. Т. 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М., 2001. С. 190.

<59> Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. N 4. С. 94.

Существуют и другие примеры необоснованно расширительного подхода к определению источников публичного порядка.

Так, ФАС Волго-Вятского округа, рассматривая вопрос о возможности применения оговорки о публичном порядке в связи с выдачей экзекватуры на вынесенное во Франции решение ИСС, посчитал возможным принять во внимание обстоятельства неюридического свойства: "В силу статьи III Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Российская Федерация признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с национальными процессуальными нормами. В статье V названной Конвенции предусмотрены основания отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения... **Арбитражный суд, оценивая последствия исполнения решения с точки зрения справедливости, должен был рассмотреть не только вопросы права, но и фактические последствия исполнения решения...** [выделено нами. - Прим. авт. параграфа]. Однако судом первой инстанции не принято во внимание то обстоятельство, что взыскание с ОАО "Красный Якорь" присужденных сумм может привести к банкротству должника, и его несостоятельность негативно

отразится на социально-экономическом положении Нижнего Новгорода, Нижегородской области и Российской Федерации в целом. Согласно Постановлению Правительства РФ от 17.07.1998 N 787 ОАО "Красный Якорь" входит в перечень акционерных обществ, производящих продукцию (товары, услуги), имеющую стратегическое значение для обеспечения национальной безопасности государства. Закрепленные в федеральной собственности акции этого общества не подлежат досрочной продаже. Размер его пакета акций, закрепленного в федеральной собственности, составляет 38 процентов" <60>.

<60> Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17.02.2003 по делу N А43-10716/02-27-10Исп // СПС "КонсультантПлюс".

Подобная позиция суда вызывает серьезные возражения. Она отражает включение в содержание публичного порядка фактических последствий исполнения решения, тогда как это категория исключительно правовая. Фактические обстоятельства действительно могут быть приняты судом во внимание при оценке конкретного нарушения публичного порядка, но они ни в коем случае не могут сами по себе составлять его содержание.

Возможность приведения в исполнение в других странах арбитражного решения, которое было отменено российским судом со ссылкой на противоречие публичному порядку. Интересным аспектом эволюции режима признания арбитражных решений в направлении либерализации такого режима стало последовательное развитие теории делокализации арбитража. Так, ст. 1494 нового ГПК Франции позволяет сторонам свободно устанавливать правила, применимые к арбитражной процедуре, и подчинять ее избранному ими праву <61>. Это позволяет говорить о том, что арбитры не основывают свои полномочия на связи с конкретным государством, а само понятие закона места арбитража во многом лишено для них своего значения. Арбитры выполняют свои функции в силу частного договора, и процедура, которой они должны придерживаться, - не что иное, как элемент такого договора.

<61> Во Франции Кассационный суд еще в начале XX в. установил, что право, применимое к арбитражной процедуре, - это право, избранное сторонами. См.: Cass. req., 8 **déc.** 1914 // Journal du droit international (Clunet). 1916. P. 1218.

Это позволило доктрине и судебной практике ряда стран признавать и приводить в исполнение арбитражные решения, которые были отменены государственным судом по месту нахождения арбитража, в том числе по основанию противоречия публичному порядку. Так, характерной чертой французского законодательства об арбитраже и практики его применения является то, что оно позволяет признание и исполнение во Франции международных арбитражных решений, отмененных в стране их вынесения <62>. Более того, вынесенное за границей решение об отмене не имеет никакого юридического значения для французских судов, вне зависимости от основания такой отмены <63>.

<62> Аналогичный подход занимают и бельгийские суды. Примером может служить, в частности, решение Трибунала первой инстанции Брюсселя, выдавшего экзекватуру на арбитражное решение, отмененное Апелляционным судом Алжира: Court of First Instance, Brussels, Sonatrach v. Ford, Bacon and Davis Inc. // ASA Bulletin. 1989. Vol. 9. P. 213; Belgium: N 7 Tribunal de **Première** Instance, Brussels, 6 December 1988 (**Société Nationale pour la Recherche, le Transport et la Commercialisation des Hydrocarbures (Sonatrach) v. Ford, Bacon and Davis Inc.**) // Yearbook Commercial Arbitration. 1990. Vol. XV. P. 370. См. также: Poudret J.-F., Besson S. Droit **comparé** de l'arbitrage, Bruylant // Librairie **Général** de Droit et de Jurisprudence. 2002. N 926. P. 900.

<63> См.: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. **Traité** de l'arbitrage commercial international. Paris, 1996. P. 928 - 929; Литвинский Д.В. К вопросу о возможности исполнения решения арбитража, отмененного судебными органами государства, на территории которого оно вынесено (новые тенденции в

международном праве коммерческого арбитража) // Журнал международного частного права. 2000. N 4. С. 23.

Заслуживает упоминания концепция "международной вежливости" (**comity approach**), согласно которой стандарты признания иностранных судебных решений должны применяться и к отмененным арбитражным решениям. По этому подходу суд, рассматривающий вопрос о признании отмененного в государстве вынесения иностранного арбитражного решения, должен отказать в признании этого решения, только если акт государственного суда не был "процедурно несправедливым или противоречащим основным принципам правосудия" <64>. Выигравшая сторона должна доказать предвзятое отношение суда, отменившего решение, либо его иные существенные нарушения.

<64> Park W.W. Duty and Discretion in International Arbitration // American Journal of International Law. 1999. Vol. 93. P. 813.

Как отмечает автор этого подхода Вильям Парк, "это лучшая из возможных альтернатив в условиях разобщенного мира, в котором отсутствуют единые стандарты независимости судебной власти" <65>.

<65> Ibid. P. 814.

Данный подход, в частности, нашел отражение в деле **Yukos Capital S.a.r.L. v. OJSC Rosneft Oil Co.**, когда Апелляционный суд Нидерландов признал и привел в исполнение решения МКАС при ТПП РФ <66>, которые были отменены в РФ <67>.

<66> Решения МКАС при ТПП РФ от 19.09.2006 по делам N 143/2005, 144/2005, 145/2005, 146/2005.

<67> См.: Определения АС г. Москвы от 18.05.2007 по делам: N А40-4576/07-69-46, N А40-4581/07-69-47; Определение ВАС РФ от 10.12.2007 N 14956/07 по делам N А40-4576/07-69-46, N А40-4581/07-69-47 // СПС "КонсультантПлюс".

Во-первых, суд основывался на нормах п. 1 е) ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г., которые не обязывают правоприменительный орган, в котором испрашивается признание и приведение в исполнение арбитражного решения, учитывать мнение судов государства места вынесения решения по вопросам действительности арбитражного решения <68>. Во-вторых, по мнению судов Нидерландов, решения российских государственных судов по данному вопросу не могут "считаться вынесенными независимым и беспристрастным судом" <69>.

<68> Плеханов В.В., Усоскин С.В. Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. N 1. С. 31 - 60.

<69> Netherlands: N 31. Gerechtshof, Amsterdam, 28 April 2009 (**Yukos Capital S. a. r. L. v. OAO Rosneft**) // Yearbook Commercial Arbitration. 2009. Vol. XXXIV. P. 705. Par. 5; Плеханов В.В., Усоскин С.В. Указ. соч. С. 31 - 60.

В 2010 г. Верховный суд Нидерландов отклонил жалобу на решение апелляционного суда, поскольку вопросы об экзекватуре не предполагают дальнейшего обжалования <70>.

<70> Гландин С. Британский взгляд на отмененные в России третейские решения // Корпоративный

юрист. 2015. N 4. С. 7.

Аналогичного подхода придерживается и Американский институт права. Так, в проекте Свода права международного коммерческого арбитража предлагается допускать возможность признания отмененных арбитражных решений, если существуют "обоснованные сомнения в независимости и беспристрастности суда, отменившего арбитражное решение" <71>.

<71> ALI Restatement (Third) of the U.S. Law of International Commercial Arbitration, 201. Sent. Par. 5 - 12.

Глава 22. РЕГУЛИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА В ОТДЕЛЬНЫХ ИНОСТРАННЫХ ЮРИСДИКЦИЯХ

22.1. Арбитраж в Великобритании

Законодательство об арбитраже. Участие в международных соглашениях об арбитраже

Ключевым актом, регламентирующим вопросы арбитража в Великобритании, является акт "Об арбитраже" 1996 г. (Arbitration Act) <1>. Несмотря на то что структурно он отличается от Типового закона ЮНСИТРАЛ, с точки зрения содержания Акт 1996 г. в значительной степени воспринял его положения.

<1> Arbitration Act 1996: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/5> (дата посещения - 13.04.2014).

Так, Акт 1996 г. состоит из трех частей. Первая часть (разд. 1 - 84) устанавливает основы по оказанию содействия арбитражу государственными судами (как на стадии начала арбитражного разбирательства и назначения арбитров, так и на более поздних стадиях). Вторая часть (разд. 85 - 98) содержит положения, регламентирующие ведение арбитражного разбирательства в Великобритании. Третья часть (разд. 99 - 104) регулирует процесс признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Великобритания является участницей ключевых международных соглашений об арбитраже - Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Женевской конвенции 1927 г.

Особенностью законодательного регулирования арбитража в Великобритании является то, что на ее территории до сих пор действуют отдельные положения акта "Об арбитраже" 1950 г., которые, в частности, касаются признания и приведения в исполнение решений, не предусмотренных Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

Следует также отметить, что в части признания и приведения в исполнение арбитражных решений в Великобритании по-прежнему действует Акт 1933 г. о взаимном приведении в исполнение арбитражных решений некоторых стран - бывших членов Британского Содружества.

Кроме того, Великобритания является одной из немногих стран, где принят отдельный акт в отношении инвестиционного арбитража, а именно: Акт 1966 г. об арбитражном рассмотрении инвестиционных споров, который содержит положения о признании и приведении в исполнение решений МЦУИС.

Правовые основы организации ведущего арбитражного центра

Ведущим британским и мировым арбитражным центром традиционно является Лондонский международный арбитражный суд (London Court of International Arbitration, LCIA).

Первое упоминание о создании трибунала для арбитражного разрешения как внутренних, так и

международных споров появилось еще в 1883 г., когда Суд общественного совета Лондона учредил с этой целью специальный комитет. В результате в 1891 г. была учреждена Арбитражная палата Лондона.

В настоящее время LCIA функционирует в формате трехуровневой структуры, состоящей из Компании, Суда и Секретариата.

Компания представляет собой некоммерческую организацию, членами которой являются лондонские юристы, специализирующиеся в области арбитража. Цель деятельности Компании - прежде всего определение направлений развития LCIA.

Секретариат LCIA в свою очередь ответствен исключительно за ежедневное администрирование всех споров, передаваемых на рассмотрение LCIA. Необходимо отметить, что подобное администрирование является очень гибким и учитывает все требования и пожелания сторон, а также обстоятельства каждого дела.

Суд состоит из 35 членов, избираемых на пять лет на основе баланса представительских интересов основных отраслей мировой торговли. При этом лишь шестеро из членов Суда могут являться британскими подданными. В состав Суда входят представители ассоциированных институций и его бывшие председатели.

К основным функциям Суда относятся назначение арбитров, рассмотрение вопросов об отводах и контроль за арбитражными расходами.

Правила определения порядка формирования Суда, его функции и компетенции его должностных лиц установлены Конституцией Суда LCIA, которая была принята еще в 1990 г. и в настоящее время действует в редакции 2015 г.

Другим ключевым документом LCIA является его Регламент, который вступил в силу 1 октября 2014 г., заменив ранее действовавший Регламент 1998 г. Новый Регламент LCIA состоит из преамбулы, статей и индекса, а также Приложения к Регламенту и Положения о расходах. При этом каждая отдельная часть может со временем изменяться.

Ключевым положением Регламента 2014 г. стало закрепление правил поведения представителей сторон в арбитраже, за нарушение которых арбитры могут наложить санкции на соответствующую сторону. Указанное нововведение было связано прежде всего с необходимостью унификации правил поведения различных национальных правопорядков и подведения их к единому стандарту.

Среди других важных новаций можно отметить появление процедуры назначения чрезвычайного арбитра, положений об объединении арбитражных дел, а также усовершенствование Регламента с точки зрения повышения скорости и эффективности арбитражного процесса.

В последнее время LCIA активно развивает работу по заключению партнерских соглашений с национальными арбитражными центрами и по содействию им в осуществлении администрирования дел. В частности, такие соглашения уже заключены с Дубаем (DIFC & LCIA Arbitration Centre), Индией (LCIA India Pvt. Ltd.), Маврикием (LCIA-MIAC Arbitration Centre), Сингапуром (Maxwell Chambers) и Канадой (Arbitration Place).

Особенности компетенции арбитража

Компетенция арбитража в Великобритании основана на традиционном принципе, закрепленном в законодательстве большинства стран мира, - принципе "компетенции-компетенции".

В соответствии с разд. 30 Акта 1996 г. в случае, если сторонами не установлено иначе, арбитражный трибунал вправе самостоятельно принимать решение относительно собственной компетенции на рассмотрение спора, включая вопросы действительности арбитражного соглашения, процедуры формирования трибунала, а также вопросы, переданные на его рассмотрение арбитражным соглашением.

Вместе с тем разд. 32 Акта 1996 г. предусматривает, что либо арбитражный трибунал, либо сами стороны могут оставить предварительный вопрос о компетенции на рассмотрение английского суда.

Кроме того, в Акте 1996 г. особое внимание уделено компетенции арбитража в части возможности консолидации дел.

Согласно разд. 35 Акта 1996 г. арбитражный трибунал не имеет права объединять дела, за исключением случаев, когда стороны прямо не наделили его такими полномочиями. При этом если в качестве регламента арбитражного разбирательства стороны выбирают регламент, который предусматривает такие полномочия арбитров, считается, что стороны косвенно выразили свое согласие с подобным объединением.

Особенностью английского арбитражного законодательства как части системы общего права является также особая регламентация вопроса о доказательствах (разд. 34 Акта 1996 г.). При этом английские арбитражные процессуальные правила не применяются к арбитражному разбирательству <2>.

<2> См.: **Edo Corporation v. Ultra Electronics Limited** [2009] EWHC 682: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=235672> (дата посещения - 13.04.2018); **Travelers Insurance Company Ltd. v. Countrywide Surveyors Ltd.** [2010] EWHC 2455: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-503-5318?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=%28sc.Default%29&comp=pluk> (дата посещения - 13.04.2018).

Арбитражный трибунал обладает компетенцией для разрешения вопросов о форме письменных заявлений и объяснений, времени и месте проведения слушаний, форме представления доказательств, языке судебного разбирательства, необходимости предоставления переводов и др.

При этом у сторон есть право применить иные правила о доказательствах в дополнение к положениям Акта 1996 г. (например, стороны могут избрать Правила МАЮ о доказательствах).

Отдельное внимание при рассмотрении компетенции арбитров следует уделить возможности принятия ими так называемых **решений на согласованных условиях (consent awards)**. Как указывают исследователи, предполагается наличие некоего контроля со стороны арбитра за содержанием соглашения сторон <3>.

<3> Sutton D.St.J., Gill J. Russell on Arbitration. 22nd ed. London, 2003. Par. 237.

Речь, однако, не идет о том, что арбитры должны играть активную роль в переговорах сторон. Они прежде всего должны следить за тем, чтобы содержание такого соглашения не вводило в заблуждение третьих лиц и не нарушало публичный порядок <4>. В случае обнаружения того факта, что принятие решения на согласованных условиях было частью какой-либо незаконной схемы, арбитры могут быть привлечены к уголовной ответственности <5>.

<4> Merkin R., Flannery L. Arbitration Act 1996. 5th ed. New York, 2014. Par. 223.

<5> Oliver M. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law // Arbitration International. 1997. Vol. 13. P. 311.

Арбитражное соглашение

В соответствии с разд. 6 Акта 1996 г. "арбитражное соглашение - это соглашение о передаче на рассмотрение арбитража существующих или будущих споров (вне зависимости от того, являются они договорными или нет)".

Раздел 5 Акта 1996 г. устанавливает требования к форме арбитражного соглашения, аналогичные требованиям ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ: соглашение может быть заключено как в письменной форме, так и иными способами, позволяющими установить его содержание.

В частности, по английскому праву можно заключить арбитражное соглашение посредством обмена сообщениями или в любой другой письменной форме. При этом "письменная форма" допускает использование любых средств, включая электронные устройства <6>.

<6> Bernuth Lined Ltd. v. High Seas Shipping Ltd. // Lloyd's Law Reports. 2006. Vol. 1. P. 537.

Еще одним положением английского арбитражного законодательства, заимствованным из Типового закона ЮНСИТРАЛ, является положение разд. 7 Акта 1996 г. об автономности арбитражного соглашения, согласно которому "если сторонами не предусмотрено иное, арбитражное соглашение, которое является либо подразумевается частью другого соглашения (вне зависимости от формы), не может быть признано недействительным, несуществующим или не имеющим силы в случае признания этого другого соглашения недействительным, несуществующим или не имеющим силы и в этих целях признается отдельным соглашением" <7>.

<7> Недавним примером применения разд. 30 Акта 1996 г. стало дело **Beijing Jianlong Heavy Industry Group v. Golden Ocean Group Limited & Ors** 2013 г., в котором суд, несмотря на признание незаконным гарантийного соглашения по китайскому праву, признал действительной арбитражную оговорку (http://www.onlinedmc.co.uk/index.php/Beijing_Jianlong_Heavy_Industry_Group_v_Golden_Ocean_Group; дата посещения - 13.04.2018).

Стороны могут как передавать на рассмотрение арбитражного трибунала все споры, возникающие между ними, так и ограничивать круг конкретными видами споров (например, споры по вопросам расторжения договоров) <8>.

<8> Tirado J. England & Wales // International Arbitration. London, 2015. P. 99.

Некоторые виды споров, однако, не могут быть рассмотрены арбитражем в силу императивных норм права и/или норм публичного порядка. Так, в деле **Fulham Football Club Ltd. v. Richards and another** английский Апелляционный суд выделил неарбитрабельные споры - это споры, затрагивающие либо интересы третьих лиц, либо публичный интерес <9>.

<9> **Fulham Football Club Ltd. v. Richards and another** [2011] EWCA Civ 855: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-507-0366?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=%28sc.Default%29&comp=pluk> (дата посещения - 13.04.2018).

Арбитры, арбитражный трибунал

Стороны свободны в принятии решений о количестве арбитров, которые будут рассматривать их спор, а также о необходимости назначения председательствующего по делу (разд. 15 Акта 1996 г.).

Стороны также вправе сами определить квалификационные требования к кандидатурам арбитров. Так, в деле **Jivraj v. Hashwani** стороны установили принадлежность к определенной религии в качестве требования к арбитрам. Впоследствии указанное требование было оспорено в Верховном Суде, который, однако, указал, что положения Акта о равных возможностях в области занятости 2003 г. не применимы к арбитрам, и стороны вправе самостоятельно определять требования к ним <10>.

<10> **Jivraj v. Hashwani** [2011] UKSC 40: https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2010_0158_Judgment.pdf (дата посещения -

13.04.2018).

Разделом 16 Акта 1996 г. установлена процедура назначения арбитров, которая применяется в случае, если стороны не договорились об ином. При рассмотрении спора единоличным арбитром стороны должны прийти к соглашению в отношении его кандидатуры в течение 28 дней. Если же трибунал состоит из трех арбитров, каждая из сторон в течение 14 дней назначает по одному арбитру, после чего эти арбитры совместно избирают третьего арбитра, который будет являться председателем состава.

Основным требованием, предъявляемым английским законодательством к арбитрам, является соблюдение принципов справедливости и беспристрастности (разд. 33 Акта 1996 г.).

В случае нарушения указанных принципов стороны могут требовать отставки арбитра посредством обращения к лицу или органу (арбитражная или иная институция), который обладает такими полномочиями на основании соглашения сторон. Государственный суд рассматривает вопрос об отставке арбитров только в тех случаях, когда стороны не назначили такое лицо или орган или уже обращались к нему для решения данного вопроса (разд. 24 Акта 1996 г.).

Арбитражное разбирательство

Арбитражное разбирательство по английскому праву начинается с момента направления письменного уведомления сторонам, а также назначающему органу, если стороны не предусмотрели иное (разд. 14 Акта 1996 г.).

Регламентом арбитражной институции, однако, могут быть предусмотрены и иные действия, необходимые для начала арбитражного разбирательства (особые требования к содержанию такого уведомления, оплата начального сбора и др.).

Местом разрешения споров в Великобритании, традиционно избираемым сторонами, является Лондон. При этом английское право не устанавливает каких-либо требований по проведению слушаний непосредственно в месте разрешения спора.

Арбитражный трибунал применяет к существу спора материальное право, выбранное сторонами (разд. 46 Акта 1996 г.). Стороны, однако, могут предусмотреть, что спор будет разрешен с учетом других положений, например Принципов УНИДРУА.

В случае если стороны не выбрали применимое право, арбитражный трибунал определяет его на основании применимых коллизионных норм.

Английская судебная практика показывает, что при определении применимого права используется следующий тест: изначально трибунал устанавливает, осуществили ли стороны прямой или подразумеваемый выбор права, и при отрицательном ответе на этот вопрос определяет, с каким правом арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь <11>.

<11> См.: **Sulamérica Cia Nacional De Seguros S.A. and others v. Enesa Engenharia S.A.** [2012]

EWCA Civ 638:
https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/sulamERICA_cia_nacional_de_seguros_sa_and_others_v_Enesa_engenharia_sa_2012_ewca_civ_638.pdf (дата посещения - 13.04.2018); **Arsanovia Ltd. v. Cruz City 1 Mauritius Holdings** [2013] 2 All ER 1:
http://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Arsanovia_Ltd_Ors_v_Cruz_City_1_Mauritius_Holdings_2013_2_All_E_R_%28Comm%29_1.pdf (дата посещения - 13.04.2018); **Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Andustrisi AS and VSC Steel Company Ltd.** [2013] EWHC 4071 (Comm):
<https://gavclaw.com/tag/habas-sinai-ve-tibbi-gazlar-istihsal-andustrisi-as-and-vsc-steel-company-ltd-2013-ewhc-4071-comm/> (дата посещения - 13.04.2018).

Интересной особенностью Акта 1996 г. является отсутствие какого-либо упоминания о конфиденциальности арбитражного процесса. Однако это не является пробелом в системе или

упущением законодателя. Согласно английскому общему праву любое арбитражное соглашение содержит подразумеваемое условие о том, что арбитраж носит частный характер, а все доказательства, представленные в ходе разбирательства, являются конфиденциальными <12>.

<12> Tirado J. Op. cit. P. 101.

Тем не менее конфиденциальность арбитража не является абсолютной. Детали арбитражного разбирательства могут приобретать публичный характер в трех случаях: 1) при вынесении судом приказа о раскрытии (**order for disclosure**); 2) при необходимости защиты законных интересов одной из сторон; 3) при наличии в раскрытии публичного интереса <13>.

<13> Arbitration in England with chapters on Scotland and Ireland. Kluwer Law International, 2013. P. 441.

Арбитражное решение

Согласно разд. 52 Акта 1996 г. стороны свободны в определении формы арбитражного решения. При отсутствии соглашения решение должно быть составлено в письменной форме и подписано всеми арбитрами.

Кроме того, если иное не предусмотрено сторонами, арбитражное решение должно содержать мотивы его принятия, указание на место арбитражного разбирательства и дату принятия. Решение вступает в силу с момента, когда все вышеперечисленные условия соблюдены.

По общему правилу арбитражный трибунал не ограничен временными рамками для принятия решения. Даже в тех случаях, когда стороны предусмотрели конкретный срок для вынесения решения, по заявлению либо арбитражного трибунала, либо одной из сторон срок вынесения решения может быть продлен судом (разд. 50 Акта 1996 г.).

Необходимо также отметить, что арбитражный трибунал может вынести решение о распределении расходов по делу, если иное не предусмотрено соглашением сторон (разд. 61 Акта 1996 г.). Арбитражные расходы состоят из трех частей: 1) вознаграждение арбитров; 2) расходы арбитражной институции на администрирование процесса; 3) юридические и иные расходы сторон (разд. 59 Акта 1996 г.).

Вопрос о распределении арбитражных расходов разрешается на основании положения, закрепленного в разд. 61 Акта 1996 г., согласно которому проигравшая сторона возмещает издержки выигравшего лица.

При вынесении арбитражного решения трибунал также может разрешить вопрос о начислении процентов, если стороны не договорились об ином. Раздел 49 Акта 1996 г. не устанавливает твердую ставку процента. Суд решает это вопрос по своему усмотрению.

Деятельность судов по содействию и контролю в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. Стороны арбитражного разбирательства могут обратиться с заявлением о принятии обеспечительных мер как в государственные английские суды, так и в расположенные в Лондоне арбитражные трибуналы <14>.

<14> Tirado J. Op. cit. P. 104.

Компетенция английских судов по принятию обеспечительных мер в поддержку арбитражного разбирательства раскрывается в разд. 44 Акта 1996 г. Принятие таких мер, как правило, осуществляется до формирования арбитражного трибунала в ситуациях высокой срочности.

После того как трибунал сформирован, английские суды могут принимать решения по обеспечительным мерам только в том случае, если трибунал либо не имеет таких полномочий, либо не может действовать эффективно.

Английские суды крайне широко толкуют свои полномочия по принятию обеспечительных мер. Так, согласно разд. 44 Акта 1996 г. обеспечительные меры применяются в случае необходимости сохранения "доказательств или активов". Судебная практика показывает, что под активами английские суды подразумевают в том числе и договорные права <15>.

<15> Ibid.

Важно отметить, что полномочия английских судов не ограничены арбитражными разбирательствами, местом которых является Великобритания. Суд может принять обеспечительные меры в поддержку иностранного арбитража, если сочтет это необходимым.

Одной из отличительных черт английского регулирования арбитража является возможность наложения антиисковых обеспечительных мер (**anti-suit injunctions**), суть которых состоит в запрете на проведение параллельных судебных разбирательств.

Интересно, что согласно сложившейся судебной практике английские суды не могут накладывать антиисковые обеспечительные меры на разбирательства, проводимые в суде другого государства - члена Европейского союза <16>. Вместе с тем такое ограничение не действует в отношении судов государств, которые таковыми членами не являются <17>.

<16> **Allianz S.p.A. and others v. West Tankers Inc.** C-185/07 [2009] AC 1138: <https://www.out-law.com/page-9804> (дата посещения - 13.04.2018).

<17> **Midgulf International Ltd. v. Groupe Chimique Tunisien** [2010] EWCA Civ. 66: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/66.html> (дата посещения - 13.04.2018); **Shashoua and Ors v. Sharma** [2009] EWHC 957 (Comm): <http://www.bailii.org/ew/cases/EwHC/Comm/2009/957.html> (дата посещения - 13.04.2018).

Возможна и обратная ситуация, когда английский суд накладывает антиисковые обеспечительные меры против арбитражного разбирательства в поддержку разбирательства в государственном суде <18>. На практике, однако, такие случаи являются крайне редкими.

<18> **Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors** [2011] EWHC 1624 (Comm): <https://7kbw.co.uk/excalibur-ventures-llc-v-texas-keystone-ors/> (дата посещения - 13.04.2018).

Компетенция арбитражных трибуналов по принятию обеспечительных мер предусмотрена разд. 38 Акта 1996 г. Несмотря на обширные полномочия арбитражного трибунала, как отмечают исследователи, указанная компетенция является довольно ограниченной в плане практических аспектов приведения в исполнение таких арбитражных актов <19>.

<19> Tirado J. Op. cit. P. 104.

Оспаривание арбитражных решений. Английские суды придерживаются политики невмешательства в арбитражный процесс, когда это касается оспаривания арбитражных решений. В связи с этим случаи успешного оспаривания последних являются крайне редкими.

Акт 1996 г. предусматривает три причины, по которым сторона может обжаловать (или оспорить)

арбитражное решение: 1) трибунал не обладал надлежащей юрисдикцией для рассмотрения дела (разд. 67); 2) при рассмотрении дела были допущены серьезные нарушения (разд. 68); 3) решение обжалуется по вопросу английского права (разд. 69).

Важно отметить, что положения разд. 67 и 68 Акта 1996 г. являются императивными и не могут быть изменены соглашением сторон <20>.

<20> Merkin R., Flannery L. Op. cit. P. 296.

Содержание понятий "надлежащая юрисдикция" и "серьезные нарушения" раскрывается в разд. 30, 68 и 82 Акта 1996 г. Под первым, в частности, подразумеваются существование и действительность арбитражного соглашения, формирование арбитражного трибунала, предмет арбитражного соглашения. Нарушения, допущенные трибуналом, могут заключаться в выходе за пределы компетенции, в разрешении не всех вопросов и др.

Наиболее спорным является процесс обжалования решения по вопросу права. Положения разд. 69 Акта 1996 г. не носят императивного характера и могут быть исключены из соглашения сторон или регламентов арбитражной институции (например, ст. 26.8 Регламента LCIA).

Исследователи отмечают, что большинство дел, решения по которым обжалуются по вопросу права, относятся к отраслям морской перевозки и судоходства, а также строительства и недвижимости <21>.

<21> Merkin R., Flannery L. Op. cit. P. 322.

Суд принимает заявление об обжаловании (оспаривании) арбитражного решения только при наличии следующих условий: 1) определение вопроса права существенно повлияет на права одной из сторон; 2) вопрос права, по которому обжалуется решение, был одним из вопросов, поставленных перед трибуналом; 3) арбитражное решение очевидно ошибочно либо вопрос права относится к категории общественной значимости, и решение арбитража вызывает серьезные сомнения; 4) несмотря на арбитражное соглашение, только суд вправе разрешить этот вопрос.

Заявление об обжаловании арбитражного решения может быть подано в течение 28 дней со дня его принятия. Аналогичное правило действует и в том случае, если решение было обжаловано посредством арбитражной процедуры (разд. 70 Акта 1996 г.). Необходимо отметить, что лицо не может обратиться в государственный суд с заявлением об обжаловании решения арбитража до того, как исчерпаны все соответствующие арбитражные процедуры.

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. Большинство решений международного арбитража в Великобритании приводятся в исполнение на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Как уже было указано, Великобритания является участницей Женевской конвенции 1927 г., однако эта Конвенция применяется крайне редко, так как большинство ее государств-участников являются участниками Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Еще одним актом, на основании которого иностранные арбитражные решения приводятся в исполнение, является уже упомянутый Акт 1933 г. о взаимном приведении в исполнение арбитражных решений некоторых стран - бывших членов Британского Содружества.

Вопросам признания и приведения в исполнение посвящены разд. 101 - 103 Акта 1996 г., которые воспроизводят положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Лицо, заявляющее о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, должно представить суду оригиналы или надлежащим образом заверенные копии 1) арбитражного решения и 2) арбитражного соглашения. В случае если решение или соглашение составлены на иностранном языке, необходимо предоставить их перевод (разд. 102 Акта 1996 г.).

Следует отметить, что английские суды на основании разд. 103 Акта 1996 г. имеют право признать и привести в исполнение даже те иностранные арбитражные решения, которые были отменены или приостановлены. Однако, как отмечается исследователями, это правомочие используется крайне редко <22>.

<22> Tirado J. Op. cit. P. 108.

22.2. Арбитраж в США

Законодательство об арбитраже. Участие в международных соглашениях об арбитраже

Источниками регулирования международного арбитража в США являются Федеральный акт об арбитраже 1925 г. (United States Federal Arbitration Act <23>), законодательства штатов, а также судебная практика.

<23> <http://www.sccinstitute.com/media/37104/the-federal-arbitration-act-usa.pdf> (дата посещения - 13.04.2018).

Акт 1925 г. состоит из трех частей: первая часть посвящена вопросам иностранной коммерции и торговли между штатами, вторая часть включает в себя положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г., а в третью часть имплементирована Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1975 г. <24>.

<24> <http://docs.cntd.ru/document/1900688> (дата посещения - 13.04.2018).

При ратификации Нью-Йоркской конвенции 1958 г. США были сделаны две важные оговорки. Во-первых, положения Конвенции применяются только к решениям, вынесенным на территории другого договаривающегося государства. Во-вторых, в США Конвенция применяется только к спорам, которые являются коммерческими по американскому законодательству <25>.

<25> Status of the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (дата посещения - 13.04.2018).

С точки зрения двухуровневого характера американской правовой системы Акт 1925 г. имеет преимущественную силу перед законодательствами штатов, если эти последние содержат положения, противоречащие ему <26>.

<26> Paparella C., Engels A. USA // International Arbitration. London. 2015. P. 336.

Правовые основы организации ведущих арбитражных центров

С географической точки зрения наиболее востребованными арбитражными центрами США являются Нью-Йорк, Флорида и Техас.

В Нью-Йорке расположены наиболее известные американские арбитражные институции: Американская арбитражная ассоциация (American Arbitration Association, AAA) и Международный центр разрешения споров (International Center for Dispute Resolution, ICDR). Указанные организации

осуществляют администрирование как внутренних, так и международных споров.

AAA была основана сразу после принятия Акта 1925 г. как некоммерческая организация в результате объединения Американского арбитражного общества и Арбитражного учреждения. Целью создания AAA было внедрение арбитража в качестве альтернативы разрешению споров в государственных судах.

Как и большинство арбитражных институций, услуги AAA по администрированию дел включают в себя проведение слушаний, предоставление информации о способах урегулирования споров, назначение арбитров, содействие в назначении медиатора, содействие проведению арбитража по Регламенту ЮНСИТРАЛ.

Однако в отличие от многих арбитражных центров, где действует единый регламент для разрешения всех споров, AAA был принят целый ряд арбитражных регламентов, которые применяются ею в зависимости от категории спора. Таковы, например, регламенты для разрешения коммерческих, строительных, трудовых споров, споров по вопросам защиты прав потребителей и др.

Споры международного характера рассматриваются по Регламенту для разрешения международных споров специализированным подразделением AAA - ICDR, которое было учреждено в 1996 г. ICDR администрирует арбитражные разбирательства более чем в 80 странах по всему миру.

В последнее время в США также активно развивается арбитраж под эгидой Агентства по регулированию деятельности финансовых институтов (Financial Industry Regulatory Authority - FINRA), которое функционирует в Вашингтоне при Комиссии по ценным бумагам и биржам (The United States Securities and Exchange Commission, SEC).

Популярность данного арбитражного центра объясняется тем, что арбитражный регламент Нью-Йоркской фондовой биржи (New York Stock Exchange) обязывает ее членов, а также связанных с ней лиц разрешать все споры по Кодексам FINRA об арбитражной процедуре <27>.

<27> NYSE Arbitration Rules (Rules 600A-639):
<https://www.finra.org/sites/default/files/ArbMed/p117075.pdf> (дата посещения - 13.04.2018).

В настоящее время приняты два кодекса FINRA: Кодекс об арбитражной процедуре для разрешения споров между инвесторами и брокерами/брокерскими компаниями <28> и Кодекс об арбитражной процедуре для разрешения споров между представителями промышленного сектора.

<28> См.:
http://finra.complinet.com/en/display/display_viewall.html?rbid=2403&element_id=4096&record_id=5174&filtered_tag (дата посещения - 13.04.2018).

Одной из ключевых особенностей арбитражного процесса под эгидой FINRA является процедура назначения арбитров. Первый из упомянутых кодексов FINRA выделяет два типа арбитров: непубличных и публичных.

К категории непубличных арбитров относятся лица, которые в течение предшествующих пяти лет были связаны с деятельностью брокерских или дилерских компаний либо были вовлечены в указанную деятельность на протяжении большей части своей профессиональной карьеры. Непубличными арбитрами также признаются юристы, бухгалтеры и представители других профессий, деятельность которых за предшествующие два года была направлена на работу с клиентами указанного сектора (см. п. 12100 (r)).

Под публичными арбитрами, напротив, понимаются лица, которые в течение 20 и более лет не были вовлечены в деятельность, относящуюся к операциям с ценными бумагами, либо юристы и представители других профессий, прибыль которых не формируется по большей части от работы с клиентами - представителями указанного сектора. Важно помнить, что даже родственники лиц,

деятельность которых включает операции с ценными бумагами, не могут быть признаны публичными арбитрами (см. п. 12100 (y)).

Председателями арбитражных составов по рассмотрению споров между инвесторами и брокерами/брокерскими компаниями могут быть только публичные арбитры.

Арбитражное соглашение

По сравнению с арбитражным законодательством других стран Акт 1925 г. не предъявляет каких-либо специальных требований к арбитражным соглашениям, которые рассматриваются им в контексте других коммерческих договоров. Так, при толковании арбитражных соглашений суды применяют общие принципы договорного права <29>.

<29> **Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson**, 130 S. Ct. 2772, 2776 (2010): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/63/> (дата посещения - 13.04.2018).

Тем не менее § 2 Акта 1925 г. устанавливает, что арбитражное соглашение должно быть "действительным, безотзывным и осуществимым в порядке принудительного исполнения".

При решении вопроса о том, может ли конкретный спор быть передан на разрешение третейского суда, американские суды анализируют формулировку каждой отдельно взятой арбитражной оговорки. В большинстве случаев оговорка предусматривает, что "все споры, возникающие из договора" подлежат передаче на разрешение третейского суда. Такая оговорка рассматривается американскими судами "настолько широко, насколько это возможно" <30>.

<30> Paparella C., Engels A. Op. cit. P. 336.

Стороны, однако, вправе ограничивать круг споров, которые могут быть переданы в арбитраж при составлении арбитражной оговорки. Так, в известном деле **World Rentals and Sales, LLC v. Volvo Const. Equip. Rents, Inc.** суд признал незаконным рассмотрение арбитражем спора, участниками которого были лица, аффилированные с компанией, в силу того что арбитражная оговорка прямо предусматривала свою неприменимость к аффилированным лицам <31>.

<31> **World Rentals and Sales, LLC v. Volvo Const. Equip. Rents, Inc.**, 517 F.3d 1240, 1246 (11th Cir. 2008): <https://www.courtlistener.com/opinion/77933/world-rentals-sales-v-volvo-const-equip-rents/> (дата посещения - 13.04.2018).

Одной из наиболее дискуссионных тем в юридическом сообществе США долгое время оставалась тема разграничения компетенции арбитражных трибуналов и государственных судов при определении вопроса об арбитрабельности спора. В 2005 г. суды пришли к выводу о том, что этот вопрос относится к компетенции арбитражных трибуналов, если стороны сами наделили его такими полномочиями <32>.

<32> **Contec Corp. v. Remote Solution Co., Ltd.**, 398 F.3d 205, 208 (2d Cir. 2005): <https://openjurist.org/398/f3d/205/contec-corporation-v-remote-solution-co-ltd-04-0382-cv> (дата посещения - 13.04.2018).

Как правило, при определении компетенции арбитража в отношении арбитрабельности спора американские суды смотрят не только на самоарбитражное соглашение, но и на правила арбитражной институции, по которым спор будет рассматриваться. Эти правила излагаются в качестве части арбитражного соглашения <33>.

<33> Paparella C., Engels A. Op. cit. P. 336.

Следует также отметить, что американская судебная практика признает принцип автономности арбитражного соглашения. Так, в известном деле **Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna** суд указал, что "положения об арбитраже являются автономными в отношении остальной части договора" <34>.

<34> **Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.**, 546 U. S. 440, 445 (2006): <https://www.courtlistener.com/opinion/145683/buckeye-check-cashing-inc-v-cardegna/> (дата посещения - 13.04.2018).

Арбитры, арбитражный трибунал

Стороны арбитража вправе самостоятельно определить количество арбитров, которые будут рассматривать их спор, а также процедуру их назначения.

В большинстве случаев стороны используют стандартные условия, ссылаясь на регламент или указание администрирующего органа. Регламент ICDR, к примеру, предусматривает, что, если стороны не договорились об ином, дело подлежит рассмотрению одним арбитром. Исключением из этого правила является решение самого администрирующего органа о необходимости назначения трех арбитров в случае, если дело носит сложный характер, размер спора является большим либо существуют иные обстоятельства дела, требующие участия трех арбитров <35>.

<35> См.: ст. 11 Регламента ICDR: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/International_Dispute_Resolution_Procedures_English.pdf (дата посещения - 13.04.2018).

Стороны также могут предопределить, что правом на назначение арбитров будет обладать не администрирующий орган, а государственный суд <36>.

<36> Paparella C., Engels A. Op. cit. P. 339.

Если арбитражное соглашение не содержит указания на процедуру назначения арбитра, применяется § 5 Акта 1925 г. В таком случае вопросы назначения арбитров и определения их количества относятся к компетенции государственного суда.

Важно отметить, что государственный суд получает указанные полномочия и в тех случаях, когда арбитражное соглашение регламентирует процедуру назначения арбитров, однако такое положение является по сути несправедливым. Примером применения такой оговорки стало дело **Nishimura v. Gentry Homes, Ltd.**, где суд признал несправедливыми условия, по которым у одной из сторон имелся контроль над кандидатурами арбитров <37>.

<37> **Nishimura v. Gentry Homes, Ltd.**, 338 P3d 524, 534 - 535 (Haw. 2014): <https://www.leagle.com/decision/inhaco20141031130> (дата посещения - 13.04.2018).

Арбитражное разбирательство

Акт 1925 г. не содержит подробной регламентации арбитражного разбирательства. Соответственно, договаривающиеся стороны свободны в выборе механизмов и процедур, которые будут использоваться для разрешения их спора.

Как правило, договаривающиеся стороны определяют, что арбитражное разбирательство будет проходить по регламенту избранной ими арбитражной институции.

AAA, как указывалось, разработала сразу несколько регламентов в зависимости от вида спора (строительство, трудовые правоотношения и др.). Отдельный регламент предусмотрен для разрешения международных споров.

Важно отметить, что некоторые штаты (например, Аризона, Калифорния, Техас <38>) приняли собственные правила арбитражной процедуры, которые применимы в тех случаях, когда арбитражное соглашение не содержит регламентации арбитражной процедуры.

<38> См.: Ariz. Rev. Stat. § 12-1501-1518 (2015): <https://www.azleg.gov/arsDetail/?title=12> (дата посещения - 13.04.2018); Tex. Civ. Prac. & Rem § 171.041 - 171.055 (2014): <https://codes.findlaw.com/tx/civil-practice-and-remedies-code/#!tid=NC31D08753F854F10AFEDD36C81374C9E> (дата посещения - 13.04.2018); Cal. Code. Civ. Proc. § 1280 - 1284.3 (2014): <https://codes.findlaw.com/ca/code-of-civil-procedure/#!tid=N187E8AA4BBC649F3B585392A05BBC56E> (дата посещения - 13.04.2018).

Арбитражное решение

Несмотря на то что Акт 1925 г. не предъявляет каких-либо требований к форме арбитражного соглашения, законодательства большинства штатов, включая Нью-Йорк, Техас и Флориду, устанавливают, что решение должно быть составлено в письменной форме и подписано всеми арбитрами <39>.

<39> См.: § 7507 Правил гражданского судопроизводства штата Нью-Йорк: <http://codes.findlaw.com/ny/civil-practice-law-and-rules/cvp-sect-7502.html> (дата посещения - 13.04.2018); § 684.0042 Статута штата Флорида: http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0600-0699/0684/Sections/0684.0042.html (дата посещения - 13.04.2018); разд. 172.175 Кодекса Техаса о гражданском процессе и средствах защиты: <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/CP/htm/CP.172.htm#172.175> (дата посещения - 13.04.2018).

Более того, законодательства штатов Флорида и Техас требуют обязательного обоснования арбитражного решения. Аналогичные положения содержит ст. 30 Регламента ICDR.

Все перечисленные требования, однако, носят факультативный характер по отношению к соглашению сторон. Если стороны договорятся о применении какой-либо специальной формы арбитражного соглашения либо о ее отсутствии, арбитражный трибунал обязан следовать именно этим указаниям <40>.

<40> См.: **Cat Charter, LLC et al. v. Schurtenberger**, 646 F.3d 836, 843 (11th Cir. 2011): <https://www.courtlistener.com/opinion/220852/cat-charter-llc-v-schurtenberger/> (дата посещения - 13.04.2018); **Am. Centennial Ins. Co. v. Global Int'l Reinsurance Co., Ltd.**, 2012 WL 2821936 (S. D. N.Y. 2012) P. 5: https://www.saul.com/sites/default/files/3325_Redux092512_v2.pdf (дата посещения - 13.04.2018).

В отличие от большинства стран в США по общему правилу каждая сторона самостоятельно несет свои судебные расходы, которые не подлежат возмещению даже при выигрыше дела <41>. Арбитражное разбирательство, однако, является исключением. Несмотря на то что Акт 1925 г. не регламентирует этот вопрос, американские суды толкуют отсутствие такой регламентации в пользу арбитража и считают, что арбитры вправе принять решение о распределении арбитражных расходов <42>.

<41> Paparella C., Engels A. Op. cit. P. 340.

<42> **Paine Webber, Inc. v. Bybyk**, 81 F.3d 1193, 1202 (2d Cir. 1996): <https://www.leagle.com/decision/1996127481f3d119311081> (дата посещения - 13.04.2018); **Turnberry Associates v. Serv. Station Aid, Inc.**, 651 So. 2d 1173, 1175 (Fla. 1995): <https://law.justia.com/cases/florida/supreme-court/1995/83254-0.html> (дата посещения - 13.04.2018).

Деятельность судов по содействию и контролю
в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. Акт 1925 г. не содержит регламентации применения обеспечительных мер. Тем не менее стороны вправе договориться о том, что арбитражный трибунал может обратиться в государственный суд с заявлением о наложении обеспечения.

В отличие от Акта 1925 г. законодательства некоторых штатов напрямую закрепляют положения о содействии арбитражу. Так, согласно § 7502 (с) Правил гражданского судопроизводства штата Нью-Йорк стороны вправе обратиться в суд с заявлением о наложении обеспечительных мер для содействия арбитражу в том случае, когда существует возможность неисполнения будущего арбитражного решения <43>. Аналогичные положения предусмотрены законодательствами штатов Техас (разд. 172.175 Кодекса Техаса о гражданском процессе и средствах защиты) и Флорида (§ 684.0018 Статута штата Флорида <44>).

<43> <http://codes.findlaw.com/ny/civil-practice-law-and-rules/cvp-sect-7502.html> (дата посещения - 13.04.2018).

<44> http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0600-0699/0684/Sections/0684.0018.html (дата посещения - 13.04.2018).

Оспаривание арбитражных решений. По мнению исследователей, в силу сложившейся в США политики поддержки арбитража обжаловать его решения довольно сложно <45>. Для оспаривания арбитражного решения сторона должна подать ходатайство о его отмене либо изменении не позднее чем через три месяца после его вынесения (§ 12 Акта 1925 г.).

<45> Paparella C., Engels A. Op. cit. P. 340.

Интересным является вопрос об определении юрисдикции суда на рассмотрение вопроса об оспаривании арбитражного решения. Согласно сложившейся судебной практике суд должен обладать как персональной (по кругу лиц), так и предметной юрисдикцией.

Считается, что суд обладает персональной юрисдикцией на рассмотрение вопроса об оспаривании решения арбитража, если другая сторона находится в штате места нахождения суда, а также если другая сторона дала согласие на рассмотрение спора в этом штате.

В том случае, если другая сторона находится не в штате места нахождения суда, сторона-заявитель может мотивировать наличие у суда юрисдикции посредством ссылки на его деятельность на территории этого штата либо на наличие иной связи <46>.

<46> См.: **Ins. Corp. of Ireland, Ltd. v. Compagnie des Bauxites de Guinee**, 456 U. S. 694, 704 (1982): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/456/694/case.html> (дата посещения - 13.04.2018); **Reed & Martin, Inc. v. Westinghouse Electric Corp.**, 439 F.2d 1268 (2d Cir. 1971): <https://openjurist.org/439/f2d/1268/reed-martin-inc-westinghouse-electric-corporation> (дата посещения -

13.04.2018); **Harch Hyperbarics, Inc. v. Martinucci et al.**, 2010 U. S. Dist. LEXIS 98159, at *13 (E. D. La. Aug. 20, 2010): <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/louisiana/laedce/2:2009cv07467/137648/35/> (дата посещения - 13.04.2018); **Bozo v. Bozo**, 2012 U. S. Dist. LEXIS 175412, at *2 (S. D. Fla. Nov. 21, 2012): <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/03/26/three-beneficial-terms-in-todays-arbitration-clause/> (дата посещения - 13.04.2018).

Предметная юрисдикция судов на рассмотрение спора об обжаловании арбитражного решения является более сложным вопросом. В силу того что Акт 1925 г. не наделяет федеральные суды соответствующими полномочиями, заявляющая сторона должна доказать, что федеральный суд обладает предметной юрисдикцией на рассмотрение такого спора <47>.

<47> **Baltin v. Alaron Trading Corp.**, 128 F.3d 1466, 1469 (11th Cir. 1997): <https://www.leagle.com/decision/19971594128f3d146611381> (дата посещения - 13.04.2018); **Smith v. Rush Retail Ctrs., Inc.**, 360 F.3d 504, 506 (5th Cir. 2004): <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1419873.html> (дата посещения - 13.04.2018); **Greenberg v. Bear, Stearns & Co.**, 220 F.3d 22, 26 (2d Cir. 2000): <https://www.leagle.com/decision/2000242220f3d221239> (дата посещения - 13.04.2018).

Как правило, стороны обосновывают свои заявления ссылками на § 1331 и 1332 Акта США о юрисдикционной и судебной процедуре <48>. В соответствии с указанными параграфами федеральные суды обладают юрисдикцией на рассмотрение споров, возникающих на основании конституции США, федерального законодательства либо международных договоров США. Юрисдикция федеральных судов также распространяется на споры, сторонами которых являются представители разных штатов или иностранные лица.

<48> U. S. Code: Title 28 - Judiciary and Judicial Procedure: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28> (дата посещения - 13.04.2018).

Акт 1925 г. (§ 11) предусматривает три основания для изменения арбитражного решения: 1) решение содержит очевидную существенную ошибку в расчетах либо описании любого лица, вещи или собственности; 2) арбитры разрешили вопрос, который выходит за пределы арбитражного соглашения; 3) решение составлено в ненадлежащей форме.

Законодательно предусмотренная возможность изменения арбитражного решения направлена прежде всего на содействие правосудию и приведение в исполнение решения в соответствии с его целью.

Как уже указывалось, отменить арбитражное решение в США крайне сложно; § 10 Акта 1925 г. строго ограничивает круг оснований, по которым лицо может требовать отмены решения арбитража:

- вынесение решения сопряжено с коррупцией, мошенничеством либо использованием ненадлежащих средств;

- очевидны небеспристрастность либо коррупционная составляющая арбитров;

- арбитры незаконно отказали в переносе слушания по делу, несмотря на наличие уважительных причин, или в рассмотрении доказательства, непосредственно связанного с делом и существенного для разрешения спора, либо совершили иные незаконные действия, которые повлекли нарушение прав сторон;

- арбитры превысили свои полномочия либо осуществляли их ненадлежащим образом, в результате чего совместное финальное и окончательное решение по переданному на их рассмотрение вопросу не было вынесено.

Еще одно основание для отмены арбитражного решения было выработано судебной практикой: решение подлежит отмене при явном игнорировании норм права. Однако в 2008 г. при рассмотрении дела **Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc.** Верховный суд США указал, что § 10 Акта 1925 г. содержит

исчерпывающий перечень оснований для отмены арбитражного решения <49>.

<49> **Hall Street Associates, L. L. C. v. Mattel, Inc.**, 552 U. S. 576, 578 (2008): <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-989.pdf> (дата посещения - 13.04.2018).

Несмотря на вышеприведенное решение Верховного суда США, в американском юридическом сообществе до сих пор обсуждается возможность применения так называемой доктрины игнорирования права. По мнению исследователей, некоторые суды квалифицируют явное игнорирование права в качестве превышения арбитрами своих полномочий, что является заслуживающим внимания основанием для отмены арбитражного решения <50>.

<50> Paparella C., Engels A. Op. cit. P. 342.

Вместе с тем следует отметить, что с момента разработки этой доктрины (1960) ни одно арбитражное решение не было отменено на основании явного игнорирования норм права <51>.

<51> См.: The "Manifest Disregard of Law" Doctrine and International Arbitration in New York / Report by the Committee on International Commercial Disputes of the New York City Bar Association. August 2012: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072344-ManifestDisregardofLaw--DoctrineandInternationalArbitrationinNewYork.pdf> (дата посещения - 13.04.2018).

Особенностью американского регулирования арбитража является то, что даже в случае отмены решения при условии, что срок для его вынесения, предусмотренный арбитражным соглашением, не истек, суд может передать спор на повторное рассмотрение в арбитражный трибунал (§ 10 Акта 1925 г.).

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. Американские суды играют важную роль в приведении в исполнение международных арбитражных решений. После вынесения решения сторона может подать ходатайство или заявление о подтверждении решения в федеральный суд или суд штата.

К такому заявлению или ходатайству обязательно должны быть приложены арбитражное соглашение и арбитражное решение. Вместе с тем стороны свободны в приложении любых других документов в подтверждение своей позиции: аффидевиты, пояснения и др. Арбитражное решение может быть подтверждено судом в течение трех лет с момента его вынесения (§ 207 Акта 1925 г.).

Согласно Акту 1925 г. по общему правилу юрисдикцией на рассмотрение дел о подтверждении арбитражных решений обладают федеральные суды. После вынесения решения суда о подтверждении арбитражного решения последнее может быть приведено в исполнение.

Важно отметить, что в процессе подтверждения арбитражного решения бремя доказывания возлагается не на заявителя, а на сторону, которая выступает против приведения данного решения в исполнение <52>.

<52> **Encyclopaedia Universalis S. A. v. Encyclopaedia Britannica, Inc.**, 403 F.3d 85, 90 (2d Cir. 2005): <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1133324.html> (дата посещения - 13.04.2018).

Поскольку положения Акта 1925 г., касающиеся исполнения арбитражных решений, были восприняты Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., его основания для отказа в приведении в исполнение арбитражных решений полностью совпадают с ее положениями по данному вопросу.

Законодательство об арбитраже.
Участие в международных соглашениях об арбитраже

Арбитраж как средство разрешения споров имеет давние традиции в Швеции. Арбитражные решения исполнялись шведскими властями начиная с XVII в., а ссылки на арбитраж в качестве признанного метода разрешения споров можно найти даже в средневековом законодательстве. Арбитраж до сих пор широко используется в Швеции в коммерческой сфере, а международное признание он получил благодаря стабильной, предсказуемой и прозрачной правовой системе и приверженности принципам верховенства права.

Действующий Закон "Об арбитраже" вступил в силу в 1999 г. <53>. При подготовке проекта Закона законодательный комитет исходил из его предшественника - Закона "Об арбитрах", принятого в 1929 г. Следовательно, Закон 1999 г. прямо не основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, однако Типовой закон был учтен при его подготовке <54>. В Законе "Об арбитраже" 1999 г. заложены основные принципы арбитража: уважение автономии воли сторон, быстрый, надежный и гибкий процесс. Закон регулирует как национальный, так и международный арбитраж. Из 60 статей Закона 15 посвящены исключительно международному арбитражу, а остальные применимы к национальным и международным разбирательствам. Отсутствие отдельных законов для национального и международного арбитража разъясняется тем, что шведский закон не содержит каких-либо специфических национальных правил, которые могут быть неожиданными для иностранных сторон или непригодны для решения международных споров <55>.

<53> Перевод шведского Закона "Об арбитраже" на русский язык доступен на сайте SCC: <http://casccmstitutetoxorn/ru/o-ТПС/правовые-ресурсы/законы/> (дата посещения - 13.04.2018).

<54> Подготовительные документы к Закону Швеции "Об арбитраже" - Regeringens proposition 1998/99:35 Ny lag om **skiljeförfarande** = Правительственный проект Нового закона об арбитраже. с. 43 - 47: <http://www.regeringen.se/49bb6e/contentassets/7fcea80ea5fe44aa88469219b1209886/ny-lag-om-skiljeforfarande> e (дата посещения - 13.04.2018).

<55> Подготовительные документы к Закону Швеции "Об арбитраже" - Regeringens proposition... С. 44.

Закон "Об арбитраже" 1999 г. в настоящее время находится в процессе пересмотра. В 2014 г. шведское правительство поручило Министерству юстиции создать Рабочую группу для пересмотра Закона. В апреле 2015 г. Рабочая группа опубликовала обширный доклад, в котором заключила, что действующий Закон в целом хорошо служит установленным целям, но несколько улучшений были бы уместны <56>. Нововведения затрагивают в первую очередь нормы, регулирующие взаимодействие с судами. В меньшей степени изменения коснутся арбитражной процедуры. Большинство из них нужны для того, чтобы пояснить уже существующие процедуры, например допустимость вынесения арбитражного решения по обеспечительным мерам <57>.

<56> Государственное публичное исследование, предшествующее подаче утвержденного законопроекта: **Översyn av lagen om skiljeförfarande: Betänkande av Skiljeförfarandeutredningen**, SOU 2015:37 = Пересмотр закона об арбитраже: Доклад арбитражного исследования: <http://www.regeringen.se/49c859/contentassets/78c079328bef401abd6b57f90744e504/oversyn-av-lagen-om-skiljeforfarande-sou-201537> (дата посещения - 13.04.2018).

<57> Петрик Н. Разработка нового шведского Закона об арбитраже // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015 - 2016. N 1/2. С. 162.

Швеция ратифицировала Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г. в 1972 г.; Вашингтонскую конвенцию - в

1966 г., а Женевский протокол 1923 г. - в 1929 г.

Правовые основы организации ведущего арбитражного центра

В шведском законодательстве нет особых правовых норм об образовании постоянно действующих арбитражных учреждений и осуществлении ими деятельности. Ведущим арбитражным центром в Швеции является SCC, который широко привлекается для разрешения как национальных, так и международных споров.

SCC был учрежден в 1917 г. и является независимым подразделением Стокгольмской торговой палаты. Организационно SCC состоит из Правления и Секретариата. В состав Правления SCC входят 14 членов, включая председателя и двух-трех вице-председателей. Правление состоит из шведских и иностранных экспертов в области международного коммерческого арбитража. В функции Правления SCC входит принятие решений, предусмотренных Арбитражным регламентом SCC, в частности предварительных решений по юрисдикции, по назначению и отводу арбитров, освобождению арбитров от полномочий, авансам на покрытие расходов, также Правление устанавливает окончательные расходы в арбитражных разбирательствах.

Секретариат SCC занимается администрированием дел, организацией конференций, публикует статьи и книги. Секретариат возглавляет генеральный секретарь. В Секретариате работает около десяти сотрудников, владеющих несколькими языками. Дела администрируются на английском, шведском, русском, испанском и немецком языках. Стороны могут использовать любой другой согласованный сторонами язык при рассмотрении дела составом арбитров.

SCC регистрирует ежегодно около 200 новых споров, из которых приблизительно 50% являются международными со сторонами из 30 - 40 различных стран. SCC также предоставляет услуги по назначению арбитров в разбирательствах **ad hoc**, администрации дел в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, а также администрирует инвестиционные арбитражи. В 2017 г. вступили в силу новый Регламент SCC и Правила ускоренной арбитражной процедуры, которые будут способствовать повышению эффективности арбитража благодаря внедрению инноваций, удовлетворяющих требованиям международного делового сообщества <58>.

<58> <http://sccinstitute.com/ru/o-тпс/> (дата посещения - 13.04.2018).

С принятием Соглашения о факультативной арбитражной оговорке (1977) между Торгово-промышленной палатой СССР, ААА и Торговой палатой г. Стокгольма <59> Стокгольм стал ведущим центром разрешения международных арбитражных споров между Востоком и Западом.

<59> <http://docs.cntd.ru/document/4500084> (дата посещения - 13.04.2018).

Особенности компетенции арбитража

Компетенция арбитров по шведскому праву определяется в первую очередь арбитражным соглашением и ограничивается рамками арбитрабельности, установленными законом. Доктрина "компетенции-компетенции" отражена в ст. 2 Закона "Об арбитраже" 1999 г. и устанавливает, что арбитры могут сами решить вопрос о своей компетенции рассматривать спор. В этом отношении шведское право не отличается от российского или от Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Выводы об отсутствии компетенции и прекращении разбирательства оформляются в виде арбитражного решения. Такое решение может быть отменено в суде в особом порядке в соответствии со ст. 36 шведского Закона "Об арбитраже". На практике, однако, гораздо больше востребована возможность отмены арбитражного решения, в котором арбитры признали наличие компетенции рассматривать спор. Согласно шведскому Закону вывод о наличии юрисдикции должен оформляться в виде постановления, если вопрос о юрисдикции решается отдельно от существа спора.

Решение состава арбитров о своей юрисдикции не является препятствием для рассмотрения данного вопроса государственным судом по просьбе одной из сторон (ст. 2 Закона "Об арбитраже" 1999 г.). Следовательно, сторона может обратиться в компетентный шведский суд с ходатайством о вынесении декларативного решения по этому вопросу до или в ходе арбитражного разбирательства. Данная ситуация подлежит изменению согласно новому законопроекту. Рабочая группа по пересмотру Закона "Об арбитраже" внесла предложение по переходу к модели, закрепленной в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, согласно которой стороны получают право обжаловать в суде постановление арбитров о наличии компетенции рассматривать спор, но соответствующее заявление можно будет подать в суд в течение 30 дней с момента получения постановления арбитров о юрисдикции. Подача деклараторных исков о действительности арбитражного соглашения в суд первой инстанции также будет возможна до начала арбитража <60>.

<60> Петрик Н. Указ. соч. С. 166 - 167.

Арбитражное соглашение

Форма соглашения. В отличие от Закона о МКА шведский Закон "Об арбитраже" не содержит формального определения арбитражного соглашения и не указывает, в какой форме может быть такое соглашение заключено. Таким образом, отсутствие арбитражного соглашения в письменной форме как таковое не будет означать его недействительность или невозможность проведения арбитражного разбирательства. В то же время данный подход не означает, что сторона освобождается от необходимости доказывать наличие арбитражного соглашения. Письменная форма арбитражного соглашения также рекомендуется, если решение предназначено для исполнения в странах, в которых письменное арбитражное соглашение необходимо для приведения арбитражного решения в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

Что касается правовой природы, то арбитражное соглашение не выделяется в некий особый вид правоотношений, а скорее, наоборот, считается в целом подчиненным общим принципам договорного права. Например, арбитражное соглашение можно оспорить не только на основании самого Закона "Об арбитраже", но и на основании шведского Закона "О договорах", содержащего общие положения о формировании договора и его недействительности <61>.

<61> Закон (1915:218) о договорах и других юридических документах в области имущественного права: http://sccinstitute.com/media/29984/avtalslagen_ru_2012.pdf (дата посещения - 13.04.2018).

Нормы, относящиеся к арбитражному соглашению. Первый раздел шведского Закона "Об арбитраже" содержит положения об арбитражном соглашении и регулирует такие вопросы, как арбитрабельность, сфера и правовой эффект арбитражного соглашения, утрата стороной права на ссылку на арбитражное соглашение и компетенция арбитров.

Основным критерием арбитрабельности по шведскому праву является возможность урегулировать спор посредством мирового соглашения (ст. 1). Это определение, по сути, означает **любой спор**, в отношении которого стороны вправе договориться. Если, например, российский закон указывает на возможность передавать в арбитраж споры из гражданско-правовых отношений, то шведский закон использует более широкий подход и не ограничивает арбитрабельность ссылкой на определенный вид правоотношений. Таким образом, арбитрабельными могут быть и иные виды споров, например, целый ряд споров из трудовых правоотношений, которые не подпадают под сферу действия Закона "О защите наемного труда" <62>.

<62> Какие из трудовых споров могут передаваться в арбитраж, уточняется в Законе Швеции "О порядке рассмотрения трудовых споров" (Lag (1974:371) om **rättegången** i arbetstvister): <https://lagen.nu/1974:371> (дата посещения - 13.04.2018).

Шведский закон "Об арбитраже" также не содержит ограничений по субъектной арбитрабельности, т.е. сторонами арбитражной оговорки могут быть и юридические, и дееспособные физические лица, в том числе потребители. Однако в потребительских спорах арбитражное соглашение признается действительным, только если оно было заключено после возникновения спора (ст. 6).

Так же как и в российском праве, в Швеции существуют законы, которые могут устанавливать исключительную подсудность споров специализированным судам, что исключает возможность их передачи в арбитраж. Чаще, однако, уточнения в специальных законах делаются именно в пользу арбитрабельности. Так, в Законе "Об акционерных обществах" содержится ряд положений, которые уточняют право акционеров передавать арбитрам определенные виды споров, а также их право включать арбитражную оговорку в уставные документы акционерного общества <63>.

<63> Шведский Закон "Об акционерных обществах" (Aktiebolagslag (2005:551)): <https://lagen.nu/2005:551> (дата посещения - 13.04.2018).

Сфера и правовой эффект арбитражного соглашения. Шведский закон "Об арбитраже" в целом не отличается от Типового закона ЮНСИТРАЛ в отношении сферы арбитражного соглашения. Соглашение может заключаться для разрешения определенного спора или в отношении всех будущих споров из конкретного правоотношения. Формулировки, вызывающие сомнения в том, какие споры охвачены оговоркой в конкретном договоре, толкуются расширительно. Например, формулировка "споры, связанные с толкованием данного договора" не препятствует рассмотрению арбитрами вопроса об убытках.

В ст. 1 шведского Закона "Об арбитраже" также уточняется, что арбитражная оговорка охватывает в том числе споры о фактических обстоятельствах. Другими словами, стороны могут обратиться в арбитраж не только с требованием о правовой защите, но и потребовать установить факт в декларативном арбитражном решении.

По отношению к основному договору арбитражная оговорка рассматривается как отдельное соглашение. В шведском праве доктрина о независимости арбитражного соглашения была признана еще в 1930-е гг., хотя специальное положение об этом было введено лишь в Закон 1999 г.

Утрата стороной права на ссылку на арбитражное соглашение. В Законе 1999 г. существует статья об утрате права ссылки на арбитражное соглашение (ст. 5). Данная статья не имеет аналогов ни в Законе о МКА, ни в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. С помощью положений этой статьи стороне, лояльной к арбитражному разбирательству, дается право отказаться от арбитражного соглашения и обратиться в государственный суд, если противная сторона оспаривает действительность или применимость арбитражного соглашения, а также если она нарушает такое существенное условие арбитражного соглашения, как назначение арбитра, или не предоставляет свою часть обеспечения компенсации арбитрам.

Арбитры, арбитражный трибунал

Назначение арбитров и требования к их квалификации. Формирование состава арбитров основывается на принципе автономии воли сторон. В отсутствие договоренности о количестве арбитров и порядке их назначения третейский суд формируется из трех арбитров (ст. 13 Закона Швеции "Об арбитраже"). Каждая сторона назначает по одному арбитру, а они совместно избирают третьего - председателя. Согласно Закону "Об арбитраже", если сторона в установленный срок не назначает арбитра, районный суд производит назначение по ходатайству другой стороны. Если сторона уведомила другую сторону о своем выборе арбитра в письменном виде, такой выбор имеет обязательную силу. Он может быть отозван только с согласия другой стороны (ч. 2 ст. 14 Закона 1999 г.).

Регламент SCC в ст. 16 предусматривает, что в отсутствие договоренности о количестве арбитров Правление SCC принимает решение о том, будет ли дело рассматриваться единоличным арбитром или тремя арбитрами с учетом сложности дела, суммы спора и любых других соответствующих обстоятельств. Если стороны не назначают арбитров в течение определенного срока, назначение производит SCC.

Важно отметить, что ни суды, ни SCC не имеют официальных списков арбитров. В большинстве случаев арбитрами назначаются адвокаты. Профессора права или действующие, а также бывшие судьи также назначаются довольно часто. Согласно шведскому Закону "Об арбитраже" стороны вправе назначить любое лицо, которое они считают наиболее подходящим, при условии соблюдения двух обязательных требований. Во-первых, лицо должно обладать полной дееспособностью в отношении своих действий и имущества. Во-вторых, арбитр должен быть беспристрастным и независимым (ст. ст. 7, 8 Закона "Об арбитраже"). Каких-либо ограничений в отношении профессии, образования, национальности нет. Однако в Законе 1999 г. содержится список определенных обстоятельств, которые всегда являются дисквалифицирующими для арбитра: тесные связи со стороной или руководителями компании, являющейся стороной спора; заметная личная выгода или ущерб от результата спора; содействие стороне спора в подготовке ее позиции (ч. 2 ст. 8).

Отвод и замена арбитра. Ходатайство об отводе арбитра на основании предвзятости должно быть заявлено в течение 15 дней, исчисляемых с даты, когда стороне стало известно как о назначении арбитра, так и о существовании соответствующего обстоятельства (ст. 10 шведского Закона "Об арбитраже"). Ходатайство рассматривается составом арбитров, включая арбитра, против которого заявлен отвод. Если ходатайство удовлетворено, то такое решение является окончательным. Если состав арбитров отказывается в удовлетворении ходатайства, сторона может подать заявление об освобождении арбитра от полномочий в районный суд. В арбитраже по Регламенту SCC ходатайство об отводе рассматривается Правлением SCC (ст. 19 (5) Регламента SCC).

Если арбитр отказывается от полномочий (заявляет самоотвод) или его полномочия прекращены (отвод), районный суд Швеции должен назначить нового арбитра по ходатайству стороны (ст. 16 Закона 1999 г.). Здесь Закон "Об арбитраже" отличается от Типового закона ЮНСИТРАЛ, согласно которому заменяющий арбитр всегда назначается в соответствии с правилами, которые применялись при назначении заменяемого арбитра. Положение шведского Закона направлено на пресечение воспрепятствования разбирательству путем поочередного назначения арбитров, которые не могут выполнять свои функции. В Регламенте SCC предусмотрен своего рода компромисс между позициями Закона 1999 г. и Типового закона ЮНСИТРАЛ: если заменяемый арбитр был назначен стороной, то эта сторона назначает нового арбитра, если SCC не посчитает целесообразным иной порядок назначения (ст. 21 (1) Регламента SCC).

Обязанности и ответственность арбитров. Основные обязанности состава арбитров - это беспристрастное, целесообразное и быстрое проведение арбитражного разбирательства, поддержка и обеспечение надлежащего процесса и вынесение окончательного арбитражного решения в отношении вопросов, поставленных сторонами. Неисполнение этих обязанностей может повлечь оспаривание арбитражного решения, а существенные нарушения могут даже противоречить публичному порядку, что, скорее всего, повлечет недействительность арбитражного решения. Нарушение арбитром своей обязанности может также стать основанием для иска о возмещении убытков, причиненных таким нарушением.

Положений, касающихся ответственности арбитров, нет ни в шведском статутном праве, ни в соответствующей правоприменительной практике. Однако принято считать, что арбитры могут быть привлечены к ответственности за убытки на основании общих принципов договорного права. В отличие от ст. 52 Регламента SCC Закон Швеции "Об арбитраже" не содержит каких-либо исключений относительно ответственности за убытки.

Компенсация арбитрам. В Законе "Об арбитраже" предусмотрено, что по общему правилу стороны несут солидарную ответственность за выплату арбитрам разумной компенсации их работы и расходов вместе с процентами (ч. 1 ст. 37). В окончательном арбитражном решении арбитры вправе обязать стороны выплатить компенсацию вместе с процентами. Важно отметить, что согласно Закону размер компенсации должен быть указан отдельно для каждого арбитра (ч. 2 ст. 37).

Стороны спора не могут просто договориться между собой об определенной схеме компенсации арбитрам. В Законе 1999 г. установлено, что соглашение должно быть достигнуто либо непосредственно с арбитрами, либо путем применения регламента арбитражного института (например, SCC (ст. 39)). Согласно Регламенту SCC компенсация арбитров определяется ставками на основании суммы и сложности спора (см. Прил. IV "Положение о расходах" Регламента SCC).

Состав арбитров имеет право требовать от сторон предоставления обеспечения компенсации и расходов арбитров (ст. 38 Закона "Об арбитраже"). На практике это делается регулярно в форме авансовых платежей. В разбирательствах по Регламенту SCC авансовый платеж на покрытие арбитражных расходов является обязательным и должен быть уплачен SCC до того, как дело будет передано составу арбитров (ст. 51 Регламента SCC).

Если сторона (обычно ответчик) не предоставляет свою часть обеспечения в течение срока, установленного арбитрами или SCC, противная сторона может предоставить обеспечение полностью (ч. 1 ст. 38 Закона "Об арбитраже"). В таком случае у стороны, предоставившей свою часть обеспечения, возникает возможность начать судебное разбирательство вместо арбитража, так как другая сторона будет считаться утратившей право ссылаться на арбитражное соглашение как на обстоятельство, препятствующее рассмотрению спора судом (ст. 5 Закона "Об арбитраже").

Решение арбитров по вопросу о компенсации может быть обжаловано стороной или арбитром в районном суде. Иск об обжаловании должен быть предъявлен стороной в течение трех месяцев со дня получения решения (ч. 1 ст. 41 Закона "Об арбитраже").

Арбитражное разбирательство

Начало арбитражного разбирательства. Арбитражное разбирательство начинается с момента получения одной из сторон просьбы об арбитраже, составленной в соответствии с требованиями Закона 1999 г. (ст. 19). Просьба об арбитраже должна быть составлена в письменной форме и содержать: 1) явно выраженную и безусловную просьбу об арбитраже; 2) указание на вопрос, который охватывается арбитражным соглашением и подлежит разрешению арбитрами; 3) указание на выбор стороной арбитра, если назначение должно быть произведено этой стороной.

Первое условие нацелено на защиту прав ответчика в свете важности правовых последствий подачи заявления об арбитраже. Цель второго условия заключается в определении границ арбитражного разбирательства и предоставлении ответчику возможности назначить арбитра с учетом этой информации. В то же время истец не обязан детально излагать свою позицию и приводить ее правовые основания. Что касается третьего условия, то если арбитражное соглашение предусматривает единоличного арбитра, в просьбе об арбитраже не нужно указывать кандидатуру арбитра.

Требование о направлении просьбы об арбитраже в письменной форме считается соблюденным, если она направлена письмом, по факсу или по электронной почте. Однако поскольку бремя доказывания факта получения ответчиком просьбы об арбитраже налагается на истца, рекомендуется обеспечить достоверные доказательства, подтверждающие (в письменной форме) не только факт направления, но и факт и дату получения просьбы. Например, этого можно добиться путем направления просьбы об арбитраже по зарегистрированному адресу ответчика заказным письмом. Отчет факса или программы электронной почты истца считается недостаточным для подтверждения факта получения, если ответчик не подтверждает получения <64>.

<64> Арбитраж в Швеции / Ф. Андерссон, Т. Исакссон, У. Нильссон, М. Юханссон; под ред. Д. Херре. М., 2014. С. 112 - 113.

Согласно Регламенту SCC арбитражное производство возбуждается в день, когда SCC получает просьбу об арбитраже (ст. 8). Регламент также содержит определенные требования к информации, которая должна быть указана в просьбе об арбитраже (ст. 6).

Рассмотрение дела. Стороны имеют право согласовать процедуру арбитражного разбирательства. К предварительным вопросам процедуры относятся такие вопросы, как место, язык и юрисдикция арбитража.

В соответствии с Законом Швеции "Об арбитраже" при отсутствии соглашения сторон о месте арбитража этот вопрос решается составом арбитров (ч. 1 ст. 22). В отличие от Закона в Регламенте SCC предусмотрено, что, если иное не согласовано сторонами, место арбитража определяется Правлением

SCC. В то же время слушания могут проводиться и в любом другом месте по усмотрению состава арбитров после консультации со сторонами (ст. 25 Регламента SCC).

В отсутствие договоренности сторон вопрос языка арбитражного разбирательства также решается составом арбитров. Во внимание обычно принимаются такие факторы, как язык договора; язык, на котором велась корреспонденция между сторонами до арбитража; языки, которыми владеют стороны и арбитры.

К предварительным вопросам относится вопрос юрисдикции состава арбитров. Сторона, не заявившая возражения в отношении юрисдикции по обстоятельствам, которые ей были известны, считается в большинстве случаев утратившей право на такие возражения. Согласно Закону "Об арбитраже" (ч. 2 ст. 34), Регламенту SCC (ст. 29 (2) (1)) и Типовому закону ЮНСИТРАЛ (ст. 16 (2)) сторона вправе заявлять возражения относительно юрисдикции не позднее представления отзыва на иск.

В шведском Законе "Об арбитраже" установлено, что к арбитражному соглашению, в котором присутствует международный элемент, применяется право, установленное соглашением сторон. При отсутствии договоренности сторон о праве, применимом к арбитражному соглашению, применяется право страны, где в силу арбитражного соглашения разбирательство имело или будет иметь место (ч. 1 ст. 48). В новую версию Закона Рабочая группа предлагает также включить статью о праве, применимом к существу спора. При отсутствии договоренности сторон применимое право будет определяться арбитрами с учетом норм права, с которыми спорные вопросы наиболее тесно связаны. Арбитры также смогут основывать решение на принципах разумности и справедливости, но только при наличии прямо выраженной договоренности сторон <65>.

<65> Петрик Н. Указ. соч. С. 163.

Доказательства. Шведское гражданское процессуальное право основано на принципе состязательности сторон, поэтому и в Законе "Об арбитраже" указано, что обязанность по представлению доказательств лежит на сторонах (ст. 25). Данный Закон не содержит каких-либо ограничений в отношении допустимости средств доказывания или требований к виду или характеру доказательств. Следовательно, допускаются доказательства, основанные на слухах, показаниях с чужих слов; доказательства, полученные нелегально; устные показания, дополняющие или изменяющие письменные договоренности, а также незавершенные копии документов. По Регламенту SCC допустимость, относимость, значимость и вес доказательства определяются составом арбитров (ст. 31 (1)).

Арбитры имеют право отказаться принять представленные сторонами доказательства только в случае, если эти доказательства явным образом не относятся к спору или такой отказ является оправданным с учетом времени, когда такие доказательства были представлены (ст. 25 ч. 2 Закона "Об арбитраже").

Важно отметить, что состав арбитров не имеет права приводить свидетелей к присяге или опрашивать сторону под условием говорить правду. Арбитры не могут налагать взыскания или использовать другие принудительные меры для получения доказательств. Если сторона этого требует, то после получения согласия арбитров такая сторона вправе обратиться в районный суд с соответствующим ходатайством (ч. 1 ст. 26 Закона "Об арбитраже").

Слушания. Арбитры обязаны предоставить сторонам возможность в необходимой мере изложить свои доводы в письменной или устной форме до того, как примут решение по вопросу, относящемуся к существу спора. Сторона имеет право изложить свои доводы в устном слушании (ч. 1 ст. 24 Закона "Об арбитраже"). В шведском Законе не установлен порядок проведения слушания по существу дела, сторонам и арбитрам предоставлено право согласовать наиболее подходящую процедуру.

Важно отметить, что в Законе 1999 г. и в Регламенте SCC прямо указано, что, если одна из сторон без уважительной причины не является на слушание или иным образом не выполняет указаний состава арбитров, это обстоятельство не препятствует проведению разбирательства и решению спора на основании имеющихся материалов (ч. 3 ст. 24 Закона "Об арбитраже" и ст. 35 (2) Регламента SCC).

Арбитражное решение

Виды арбитражных решений. Арбитражное решение является формальным выражением выводов состава арбитров в ходе арбитражного разбирательства и по его завершении (ст. 27 Закона "Об арбитраже"). Состав арбитров выносит решения и постановления. Шведский Закон предписывает выбор формы постановления или решения в зависимости от стоящего перед составом арбитров вопроса. Решения состава арбитров по процессуальным вопросам называются постановлениями и выносятся в ходе ведения разбирательства. Они не имеют окончательного и обязательного характера и могут быть отменены составом арбитров на более поздней стадии разбирательства. Разграничение решений состава арбитров по форме (решения или постановления) влечет их правовые последствия в виде возможности обращения в государственный суд. Является ли решение решением по существу или процессуальным постановлением, определяется его содержанием, а не формальным названием <66>.

<66> Такое толкование дал Апелляционный суд округа Свеа по делу **The Russian Federation v. RosInvestCo UK Ltd.**: <https://www.italaw.com/cases/923> (дата посещения - 13.04.2018).

Состав арбитров в отсутствие возражений сторон может вынести отдельное арбитражное решение, когда возникает целесообразность в разрешении некоторых вопросов дела, например при заявлении большого количества отдельных требований (ст. 29 Закона "Об арбитраже"). В частности, необходимость в отдельном решении может возникнуть при рассмотрении вопроса, имеющего большое значение для исхода всего дела, например: об обязательном применении срока исковой давности по заявлению одной из сторон спора, о разделении вопросов ответственности и объемов ответственности, о признанных стороной полностью или частично отдельных требованиях.

По заявлению сторон состав арбитров имеет право в окончательном арбитражном решении утвердить заключенное сторонами мировое соглашение (ч. 2 ст. 27 Закона "Об арбитраже"). Делается это в целях придания мировому соглашению силы принудительного исполнения.

Вопросы вручения, исправления, дополнения и толкования арбитражного решения. Арбитражное решение немедленно после подписания вручается сторонам по их адресам, зарегистрированным в деле, или их юридическим представителям. Для этих целей используется электронная почта с последующей досылкой оригиналов по почте или курьером. С момента вручения арбитражного решения стороне начинают течь сроки оспаривания арбитражного решения, представления заявлений, мер по исправлению арбитражных решений, а также сроки обжалования размеров гонораров арбитрам.

Состав арбитров по собственной инициативе в течение 30 дней с момента вынесения арбитражного решения может его исправить или дополнить. Это касается случаев очевидных ошибок в подсчетах, опечаток, каких-либо неразрешенных вопросов дела. Если стороны в течение 30 дней с момента получения арбитражного решения обратились с просьбой, состав арбитров может исправить решение, дополнить его или дать ему толкование. На выполнение этой работы у состава арбитров имеется 30 дней с момента получения просьбы. Для дополнений, которые арбитры постановили внести сами, у них есть 60 дней. До принятия составом арбитров какого-либо постановления сторонам должна быть предоставлена возможность высказать свою позицию (ст. 32 Закона "Об арбитраже"). Законом запрещается удержание арбитражного решения составом арбитров до выплаты ему гонораров (ст. 40 Закона "Об арбитраже").

Деятельность судов по содействию и контролю в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. Шведские суды поддерживают арбитраж и воздерживаются от признания своей юрисдикции, когда оспариваемый договор предусматривает арбитраж. По Закону 1999 г. суд не вправе рассматривать спор, который согласно арбитражному соглашению должен быть рассмотрен арбитрами, при условии что арбитражная оговорка является действительной, вступившей в силу и исполнимой, а также при условии, что сторона сделала своевременную ссылку на оговорку в суде (ст. ст. 4, 49 Закона "Об арбитраже").

Шведские суды в целом дружелюбны по отношению к арбитражу и с готовностью помогают в арбитражных разбирательствах. Основными сферами содействия судов являются назначение арбитров и (или) освобождение арбитров от полномочий (ст. ст. 10, 14 - 18 Закона "Об арбитраже"), получение доказательств (ст. 26 Закона) и выдача приказов об обеспечительных мерах (ст. 25 Закона).

Оспаривание арбитражных решений. После вынесения арбитражного решения привлечение шведских судов к арбитражному процессу ограничивается принятием решения по искам о недействительности или об оспаривании арбитражного решения в соответствии со ст. ст. 33 и 34 шведского Закона "Об арбитраже", а также принятием решения по обжалованию в соответствии со ст. 36 Закона.

Арбитражное решение является окончательным и обязательным со дня его вынесения без возможности обжалования по существу. Однако арбитражное решение может быть оспорено, если оно имеет существенный процессуальный недостаток. В отличие от Типового закона ЮНСИТРАЛ Закон "Об арбитраже" проводит различие между изначально недействительным арбитражным решением (ст. 33) и арбитражным решением, которое может быть оспорено (ст. 34). Это различие объясняется соответствующими интересами, на защиту которых направлена каждая норма.

Основания недействительности согласно ст. 33 Закона 1999 г. направлены на защиту публичных интересов и прав третьих лиц, поэтому в Законе не установлен срок подачи иска. Основания для оспаривания (исчерпывающий перечень), предусмотренные в ст. 34 Закона "Об арбитраже", направлены на защиту интересов и личных прав сторон арбитража. Иск об отмене решения должен быть подан в течение трех месяцев с даты, когда сторона получила арбитражное решение, иначе право на оспаривание утрачивается.

Согласно шведскому Закону любое решение, которым состав арбитров прекращает разбирательство без выводов по существу спора, должно иметь форму арбитражного решения (ст. 27). Такое арбитражное решение может быть оспорено на основании ст. 36 Закона. Чаще всего ст. 36 применяется при оспаривании арбитражных решений, которыми арбитры прекращают разбирательство ввиду отсутствия юрисдикции.

Иски об оспаривании арбитражных решений, вынесенных в Стокгольме, подаются в специальный отдел Апелляционного суда округа Свеа, который специализируется на их рассмотрении. В материалах, подготовленных Рабочей группой по пересмотру Закона "Об арбитраже", содержится статистическое исследование дел по отмене арбитражных решений. Согласно исследованию в год в Швеции обжалуют в среднем 19 арбитражных решений, 86% обжалований идут в суд Свеа; отменяются не более 5% решений, т.е. абсолютное большинство арбитражных решений суды оставляют в силе. Рабочая группа внесла предложение в новом Законе установить исключительную компетенцию Апелляционного суда округа Свеа в отношении исков по отмене арбитражных решений. Рабочая группа также предложила существенные улучшения судебной процедуры. Одно из самых интересных предложенных изменений касается возможности использовать в суде английский язык <67>.

<67> Петрик Н. Указ. соч. С. 167 - 168.

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. Шведское арбитражное решение является обязательным со дня его вынесения и может быть принудительно исполнено в том же порядке, что и шведское судебное решение на основании шведского Закона "О принудительном исполнении" (The Enforcement Code). При этом иностранное арбитражное решение не имеет юридической силы в Швеции и не может быть приведено в исполнение, пока не пройдет процедуру экзекватуры. Цель данной процедуры в том, чтобы убедиться в отсутствии препятствий для признания и приведения в исполнение решений в соответствии со ст. ст. 54 и 55 Закона "Об арбитраже". Правила о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений предусмотрены в ст. ст. 52 - 60 Закона "Об арбитраже" <68>. Ходатайство о приведении в исполнение иностранного арбитражного решения должно быть подано в Апелляционный суд округа Свеа (ст. 56 Закона "Об арбитраже"). Как правило, разбирательство проходит по документам, без устного слушания.

<68> Арбитраж в Швеции. С. 192 - 193.

Основания для отказа о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений указаны в ст. 54 Закона "Об арбитраже" и соответствуют п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. В свою очередь, ст. 55 Закона сформулирована по образцу п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции и содержит основания для отказа, которые должны быть рассмотрены шведским судом по его собственной инициативе. Предусматривается, что в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения должно быть отказано, если суд установит: 1) что решение включает определение по вопросам, неарбитрабельным по праву Швеции, или 2) что исполнение решения противоречило бы публичному порядку Швеции. В шведском праве к исключению о публичном порядке применяется ограничительный подход <69>.

<69> Там же. С. 195.

22.4. Арбитраж во Франции <*>

<*> Автор параграфа благодарит Е.В. Гривнову за помощь в подготовке материалов.

Законодательство об арбитраже. Участие в международных соглашениях об арбитраже

Французское арбитражное право. Франция является одной из самых дружественных юрисдикций по отношению к арбитражу. В связи с этим каждый год на территории Франции имеют место многочисленные международные арбитражные процессы, вне зависимости от национальности сторон и применимого права.

На сегодняшний день арбитраж во Франции регулируется положениями четвертой книги Нового ГПК Франции, которая включает в себя статьи, посвященные внутреннему (ч. 1) и международному арбитражу (ч. 2). Таким образом, Франция придерживается дуалистического подхода к решению вопроса о соотношении международного и внутреннего арбитража. Некоторые положения применяются к внутреннему и международному арбитражу с одинаковой силой (исчерпывающий перечень таких положений находится в ст. 1506 ГПК Франции). Однако в основном требования французского законодателя более строги по отношению к внутренним арбитражным разбирательствам.

В 1981 г. Франция стала одной из первых стран, принявших благоприятное для арбитража законодательство, поддержанное впоследствии Нидерландами (1986), Швейцарией (1986) и Англией (1996). Более консервативный по отношению к французскому закону Типовой закон ЮНСИТРАЛ был принят только в 1985 г., в связи с чем нормативные положения французского арбитражного права не основываются на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, хотя существенно от него не отличаются.

Французское прецедентное право всегда играло значительную роль в формировании норм, применимых к арбитражному процессу (в особенности постановления Парижского апелляционного суда и Кассационного суда). Судебная практика, интерпретируя положения либерального французского закона (французское арбитражное нормативное право содержится в четвертой книге ГПК Франции), также показала себя дружественной по отношению к арбитражу. В рамках данных им полномочий французские суды отдают очевидное предпочтение принципу невмешательства в арбитражный процесс.

Последняя масштабная реформа арбитражного права во Франции закончилась Декретом от 13 января 2011 г. N 2011-48 <70>, вступившим в силу в мае того же года (далее - Декрет). Первый проект Декрета появился в 2006 г. и был подготовлен Французским арбитражным комитетом под предводительством Жана-Луи Дельвольве и Пьера Мейера. Декрет полностью заменил четвертую главу ГПК Франции ("Арбитраж").

<70> **Décret** N 2011-48 du 13 janvier 2011 portant **réforme** de l'arbitrage // Journal Officiel de la **République Française**. 14 janvier 2011. N 0011. Texte N 9.

Основной идеей реформы было не столько улучшить существующую систему арбитражного права, сколько законодательно закрепить принципы, выработанные на протяжении 30 лет судебной практикой. Таким образом, французский законодатель преследовал цель сделать французское право более доступным и наглядным для потенциальных пользователей арбитража. Реформа призвана еще больше расширить сферу применения воли сторон путем сокращения формальных требований к ее выражению (как, например, законодательное закрепление отсутствия формальных требований к международному арбитражному соглашению). Безусловно, некоторые положения французского арбитражного права (запрет среди прочего признания и приведения в исполнение арбитражных решений, противоречащих международному публичному порядку) являются императивными и не подлежат модификации соглашением сторон.

Помимо Декрета, заслуживают внимания некоторые другие акты, затрагивающие французскую арбитражную систему. Так, Декрет N 2015-282 от 11 марта 2015 г. <71> настоятельно рекомендует проводить примирительную процедуру перед любым состязательным процессом. Ордонанс N 2016-131 от 10 февраля 2016 г. <72>, реформирующий французское обязательственное право, также вносит изменения в некоторые статьи, касающиеся арбитража. Например, ст. 1230 ГК Франции отныне закрепляет принцип автономности арбитражной оговорки в случае расторжения договора <73>. Закон N 2016-1547 от 18 ноября 2016 г. <74>, закрепляющий, помимо других целей, поддержку альтернативных способов разрешения споров, также вносит ряд изменений. Так, согласно новой редакции ст. 2061 ГК Франции арбитражная оговорка считается действительной, если сторона, которой ее предъявляют, однозначно ее приняла (помимо случаев правопреемства). Арбитражная оговорка не может быть предъявлена потребителю или работнику по трудовому договору, в то время как сам потребитель или работник может ею воспользоваться.

<71> **Décret** N 2015-282 du 11 mars 2015 relatif **à** la simplification de la **procédure** civile **à** la communication **électronique** et **à** la **résolution** amiable des **différends** // Journal Officiel de la **République Française**. 14 mars 2015. N 0062. Texte N 16.

<72> Ordonnance N 2016-131 du 10 **février** 2016 portant **réforme** du droit des contrats, du **régime général** et de la preuve des obligations // Journal Officiel de la **République Française**. 11 **février** 2016. N 0036. Texte N 26.

<73> Clay T. L'arbitrage, les modes alternatifs de **règlement** des **différends** et la transaction dans la loi "Justice du XXIe **siècle**" // La Semaine Juridique. Edition **générale**. 2016. N 48. P. 2219 - 2236.

<74> Loi N 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe **siècle** // Journal Officiel de la **République Française**. 19 novembre 2016. N 0269. Texte N 1.

Как было отмечено ранее, в отличие от российского законодателя французский законодатель использует понятие "арбитраж" для обозначения одновременно и внутренних, и международных арбитражей. Настоящий параграф освещает только положения французского права, посвященные международному арбитражу, гораздо более либеральные, нежели положения, применимые к внутреннему арбитражу. Согласно ст. 1504 ГПК Франции арбитраж является международным, когда он затрагивает интересы международной торговли. Данные интересы считаются затронутыми, когда экономическая

операция предполагает движение товаров или денежных средств через государственную границу, вне зависимости от национальности сторон, применимого права или места арбитража <75>.

<75> Observation, Cour d'appel de Paris, 1 Ch. suppl., 14 mars 1989, **Société Murgue Seigle v. société Coflexip** // Revue de l'arbitrage. 1991. Vol. 2. P. 345 - 358; Cour d'appel de Paris, 1 Ch. suppl., 5 avril 1990, **Société Courrégés Design v. société André Courrégés et autres** // Revue de l'arbitrage. 1992. Vol. 1. P. 110 - 116; Cour de cassation, 1 Ch. Civ., 26 janvier 2011, 09-10.198.

Участие Франции в международных соглашениях об арбитраже. Нью-Йоркская конвенция 1958 г. вступила в силу для Франции 24 сентября 1959 г. Изначально Франция сделала две оговорки в отношении применения Конвенции. Первая из них - в отношении применения национального права при определении природы спора (применение Конвенции только в отношении споров, возникающих по договорным или иным правоотношениям, которые считаются торговыми по национальному законодательству государства) - была отозвана в 1989 г. Вторая оговорка, существующая по сей день, касается взаимности: Франция признает и приводит в исполнение только решения, вынесенные на территории другого государства - участника Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Однако на сегодняшний день у этой оговорки нет практического применения, так как сама Конвенция предусматривает в п. 1 ст. VII, что "постановления настоящей Конвенции не лишают никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения".

Тем не менее ст. 1520 ГПК Франции (содержащая основания для отмены арбитражного решения) более благоприятна для исполнения арбитражных решений, нежели Нью-Йоркская конвенция, и в связи с этим преимущественно именно она применяется.

Франция также является участницей Европейской конвенции 1961 г. и Вашингтонской конвенции; помимо этого, на сегодняшний день она выступает стороной 102 двусторонних инвестиционных соглашений и некоторых многосторонних соглашений (как, например, Энергетической хартии), содержащих арбитражные оговорки <76>.

<76> Le Bars B., Dalmasso J. France / International Comparative Legal Guide (ICLG). 2016. § 14.2: <https://www.iclg.co.uk/practice-areas/international-arbitration-/international-arbitration-2016/France> (дата посещения - 14.04.2018).

Что касается государственных иммунитетов, Франция не ратифицировала Европейскую конвенцию об иммунитете государств 1972 г., но ратифицировала Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. <77> в 2011 г.

<77> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 02.12.2004 N 59/38 "Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности": <http://base.garant.ru/2564149/> (дата посещения - 14.04.2018).

Правовые основы организации ведущих арбитражных центров

Во Франции находится ряд всемирно известных арбитражных центров. В первую очередь там располагается штаб-квартира Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC). Новый Регламент ICC вступил в силу 1 марта 2017 г. К самым важным нововведениям относятся возможность предоставления Судом ICC мотивов своих решений, касающихся назначения, утверждения, отвода или замены арбитра, и ускоренная процедура. В 2016 г. Арбитражным судом ICC было зарегистрировано 966 заявлений об арбитраже, 25 ходатайств о применении чрезвычайных мер; в этом году под эгидой ICC было вынесено 479 арбитражных решений. Заявления об арбитраже касались 3 099

сторон из 137 государств <78>.

<78> См. данную статистику:
<https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/> (дата посещения - 14.04.2018).

Внимания также заслуживают такие арбитражные центры, как Французская арбитражная ассоциация (AFA), Центр медиации и арбитража г. Парижа (СМАР) и Международная арбитражная палата г. Парижа. Во Франции также существует целый ряд специализированных арбитражных центров: Парижский морской арбитражный центр, Французский страховой арбитражный центр и пр. Парижский офис Всемирного банка также ежегодно принимает многочисленные инвестиционные арбитражи МЦУИС.

Благодаря своей репутации одной из самых дружественных юрисдикций по отношению к арбитражу Франция принимает на своей территории многие арбитражи, находящиеся в ведении арбитражных центров за ее пределами.

Особенности компетенции арбитража

Французское законодательство об арбитраже придает особое значение принципу "компетенции-компетенции".

Отрицательный аспект этого принципа отражен в ст. 1448 ГПК Франции, указывающей, что при наличии арбитражного соглашения французский суд возвращает поданное исковое заявление. Единственное исключение из этого принципа - это очевидная недействительность или неисполнимость арбитражного соглашения в случае, когда состав арбитражного суда еще не сформирован.

Положительный аспект принципа заключается в том, что за составом арбитражного суда закреплено исключительное право решать любые вопросы, связанные с его компетенцией (ст. 1465 ГПК Франции).

Компетенция арбитров ограничена арбитрабельностью споров. Некоторые споры считаются во французском праве неарбитрабельными, например споры, связанные с семейным или наследственным правом (ст. 2060 ГК Франции). Также некоторые вопросы публичного права не подлежат разрешению в арбитражном порядке, хотя их количество на протяжении последних десятилетий значительно сократилось. Так, споры, связанные с антимонопольным законодательством, законодательством о ценных бумагах, интеллектуальной собственностью, эмбарго и правами потребителей, сейчас признаны арбитрабельными. В 2008 г. Парижский апелляционный суд признал арбитрабельными споры о действительности патентов <79>. Также арбитрабельными являются некоторые аспекты банкротства. В любом случае арбитражные решения подлежат судебному контролю за соблюдением международного публичного порядка.

<79> Cour d'appel de Paris, 1 Ch. Civ., 28 février 2008, **Liv Hidravlika DOO v. S. A. Diebolt** // Revue de l'arbitrage. 2009. Vol. 1. P. 168 - 172.

Арбитражное соглашение

Французское арбитражное право основывается на принципе автономности арбитражного соглашения <80>. После арбитражной реформы 2011 г. данный принцип закреплен в ст. 1447 ГПК Франции, после реформы обязательственного права 2016 г. - также в ст. 1230 ГК Франции.

<80> Cour d'appel de Paris, Ch. suppl., 28 janvier 1988, **C. C. C. Filmkunst v. société E. D. I. F.** // Revue de l'arbitrage. 1988. Vol. 3. P. 557 - 568; Cour de cassation, 1 Ch. Civ., **Gosset v. Carapelli**, 7 mai 1963 // Journal du Droit International. 1964. P. 82; Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 4 juillet 1972, **Buisman's v. X (Hecht)**,

N 70-14163 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. N 175. P. 154.

Статья 1507 ГПК Франции предусматривает, что международное арбитражное соглашение не подлежит никаким формальным требованиям (в отличие от внутреннего арбитража, где арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме, ст. 1443 ГПК Франции). Таким образом, французское право не предусматривает никаких императивных требований для действительности или исполнимости арбитражного соглашения, кроме согласия сторон (ст. 2061 ГК Франции). Тем не менее письменная форма почти всегда необходима для подтверждения наличия такого согласия. Принцип действительности международных арбитражных соглашений является материальной нормой, таким образом, коллизионное право не применяется при определении их действительности <81>.

<81> Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 20 **décembre** 1993, **Tripoli v. Dalico**, N 91-16828 // Bulletin. 1993. Vol. 1. N. 372. P. 258.

Арбитражное соглашение может быть инкорпорировано в договор путем отсылки на другой документ, например на общие условия договора. При этом арбитражное соглашение также действительно, если оно содержалось в общих условиях договора одной из сторон, даже если эта сторона никогда их не сообщала другой стороне. Другая сторона не вправе ссылаться на свою неосведомленность, если при наличии в договоре ссылки на общие условия договора она никогда не запрашивала и не оспаривала их <82>.

<82> Cour de cassation, 1 Ch. Civ., 18 janvier 2017, **Décorétalage v. Selectronic Limited**, N 15-25678, **Inédit** :
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033901453&fastReqId=897542890&fastPos=1> (дата посещения - 14.04.2018).

Французская судебная практика признает действительность односторонних и опционных арбитражных соглашений <83>.

<83> Cour de cassation, 1 Ch. Civ., 7 octobre 2015, **eBiccuss v. Apple**, N 14-16898 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. N 837. P. 292.

Арбитры, арбитражный трибунал

Состав арбитражного суда должен состоять из нечетного количества арбитров (ст. 1451 ГПК Франции). Стороны могут назначить арбитражным соглашением конкретных арбитров или предусмотреть механизм их назначения непосредственно в арбитражном соглашении или путем ссылки на арбитражный регламент. При формировании состава арбитражного суда в обязательном порядке должен быть соблюден принцип равного участия сторон. В целях соблюдения данного принципа арбитр или весь состав арбитражного суда может быть назначен арбитражным центром или судом <84>. В соответствии со ст. 1452 ГПК Франции споры, связанные с формированием состава арбитражного суда, при отсутствии согласия сторон разрешаются компетентным арбитражным центром или при его отсутствии - судьей, содействующим арбитражу (**judge d'appui**, см. далее).

<84> Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 7 janvier 1992, **Dutco v. BKMI et Siemens**, N 89-18.708-89-18.726 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. 1992. Vol. 1. N 2. P. 2.

Французское право предъявляет к арбитрам два минимальных требования: во-первых, им может быть только физическое лицо; во-вторых, это лицо должно быть способно в полной мере осуществлять свои юридические права в соответствии со своим национальным законодательством (ст. 1450 ГПК Франции). Тем не менее данное ограничение не распространяется на международный арбитраж.

Арбитры, не являющиеся гражданами Франции, могут свободно выступать в качестве арбитров в арбитражах на территории Франции.

Арбитры должны быть независимыми и непредвзятыми и в связи с этим несут обязанность раскрытия информации о любом конфликте интересов и до начала процесса, и во время него (ст. 1456 ГПК Франции).

Арбитры, подобно судьям, обладают иммунитетом от исков во Франции: они не могут быть привлечены к ответственности за принятие того или иного решения <85>. Тем не менее умышленное или грубое нарушение, мошенничество и отказ в правосудии являются основаниями для привлечения арбитра к ответственности, в то время как простая небрежность таким основанием не является <86>. В 2009 г. Парижский апелляционный суд постановил, что положение Регламента ICC, исключая ответственность арбитров, не имеет законной силы во Франции <87> (в результате новая ст. 39 Регламента ICC предусматривает лишь ограничение ответственности "в той степени, в которой такое ограничение ответственности не запрещено применимым правом"). На практике иски против арбитров очень редки.

<85> Cour de cassation, 1 Ch. Civ., 15 janvier 2014, **X v. Z**, N 11-17196 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. 2014. Vol. 1. N 1.

<86> Tribunal de Grande Instance de Paris, 16 septembre 2009, **N. v. Consulaudit**, N 06/10155.

<87> Cour d'appel de Paris, 22 janvier 2009, **SNF v. CCI**, N 07/19492: <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2009/SKF9C0B390C1B814296FDC> (дата посещения - 14.04.2018).

Во Франции не существует никакой специальной правовой нормы, предусматривающей основания для отвода арбитров. Французская судебная практика использует для этих целей основания для отвода судей, в том числе отсутствие независимости или беспристрастности. Кроме того, арбитр может быть отведен на основании отсутствия качеств, предусмотренных в арбитражном соглашении. Отводы регулируются регламентом арбитражного центра. В случае арбитража **ad hoc** споры касательно отвода разрешаются судьей, содействующим арбитражу (ст. ст. 1456 (3) и 1457 (2) ГПК Франции).

Арбитражное разбирательство

Арбитр во Франции обладает широкими полномочиями относительно конфигурации арбитражного процесса. Статья 1509 ГПК Франции предусматривает, что в случае отсутствия положения в арбитражном соглашении о применимых процессуальных нормах арбитр вправе организовать процесс самостоятельно, выбрав либо арбитражный регламент, либо процессуальные правила (например, Правила МАЮ о доказательствах).

Арбитры должны соблюдать условия их назначения, принцип справедливого арбитражного разбирательства и международный публичный порядок. Невыполнение этих обязанностей является поводом для отмены арбитражного решения или отказа в приведении его в исполнение (ст. 1520 ГПК Франции). Принцип равенства сторон и справедливого разбирательства в первую очередь подразумевает, что обе стороны будут иметь равные возможности участия в формировании состава арбитражного суда и представления своей позиции перед ним.

Обе стороны и арбитры должны участвовать в процессе с должной осмотрительностью и добросовестностью (ст. 1464 (3) ГПК Франции). В частности, сторона, не заявившая о нарушении процесса своевременно перед составом арбитражного суда, считается отказавшейся от своего права впоследствии сослаться на такое нарушение (ст. 1466 ГПК Франции). Это положение является своего рода французским эстоппелем (**estoppel**), но на самом деле ближе именно к отказу от прав (**waiver**).

Одна из важных новелл арбитражной реформы касается конфиденциальности арбитражного процесса. С одной стороны, законодатель установил презумпцию, согласно которой внутренний арбитраж является конфиденциальным в отсутствие соглашения сторон об обратном (ст. 1464 (4) ГПК Франции). С другой стороны, такое правило не применяется к международному арбитражу. Таким образом, стороны, желающие сделать арбитражный процесс на территории Франции конфиденциальным, должны специально это оговорить в арбитражном соглашении или перед началом процесса.

Арбитры во Франции имеют широкие полномочия по присуждению обеспечительных и промежуточных мер (ст. 1468 ГПК Франции).

Арбитражное решение

При отсутствии соглашения сторон об обратном арбитражное решение выносится на основе большинства голосов арбитров. Более того, если среди мнения арбитров невозможно выделить мнение большинства, председатель состава арбитражного суда выносит арбитражное решение единолично (ст. 1513 ГПК Франции).

Французское право не запрещает арбитрам выражать особое мнение при условии, что оно не ставит под угрозу тайну совещания арбитров, защищаемую ст. 1479 ГПК Франции. Однако во Франции существует обычай анонимных арбитражных решений, принятый между арбитрами, который по возможности снижает риск принятия особых мнений.

Статья 1481 ГПК Франции регламентирует элементы, которые должны содержаться в арбитражном решении: полные наименования сторон, их адреса, имена их представителей, имена арбитров, дата и место принятия решения. Решение должно содержать изложение исковых требований сторон, их аргументацию, а также мотивацию состава арбитражного суда при принятии решения (ст. 1482 ГПК Франции).

Решение должно быть подписано всеми арбитрами. Тем не менее, если меньшинство арбитров отказывается от подписи решения, это должно быть указано в самом решении.

Если решение принимается единолично председателем, и остальные члены состава арбитражного суда отказываются от подписи его решения, это также должно быть отражено в решении (ст. 1513 ГПК Франции). Ни в первом, ни во втором случае арбитражное решение не утрачивает своей силы.

Несмотря на наличие данных положений, в соответствии со ст. 1520 ГПК Франции несоответствие арбитражного решения этим критериям не влечет за собой **ipso jure** отмену решения или отказ в его исполнении, если это решение вынесено в международном арбитраже на территории Франции (в отличие от внутренних арбитражных процессов).

Французское право не предусматривает императивных временных рамок для вынесения арбитражного решения. Однако когда такой срок предусмотрен, ст. 1463 (2) ГПК Франции позволяет его продлить по соглашению сторон (например, соответствующим арбитражным центром) или, в отсутствие такого соглашения, по решению содействующего арбитражу судьи.

Ходатайства об исправлении и толковании арбитражного решения должны быть поданы в течение трех месяцев со дня оповещения сторон о решении. Такое решение принимается составом арбитражного суда в течение трех месяцев со дня ходатайства, если только данный срок не был продлен (ст. 1486 ГПК Франции). Эти положения применяются в отсутствие соглашения сторон об обратном (в том числе и посредством ссылки на арбитражный регламент).

Деятельность судов по содействию и контролю в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. Французские суды имеют большой опыт в содействии международному арбитражу, поэтому Франция заслуженно считается одной из самых дружественных юрисдикций по отношению к арбитражу в мире.

Во-первых, в рамках арбитражной реформы 2011 г. (и следуя опыту швейцарских коллег) законодатель закрепил понятие "судья, содействующий арбитражу" (**judge d'appui**), которым является председатель Парижского суда большой инстанции. Когда арбитраж администрируется арбитражным центром, судьи обычно не содействуют процессу. Однако когда в этом появляется необходимость, т.е. при отсутствии администрирующего арбитражного центра, компетентный судья имеет право назначать арбитров, принимать решения об их отводе или содействовать истребованию доказательств. Кроме классических ситуаций, когда судья вправе содействовать арбитражному процессу (нахождение места арбитража во Франции, соглашение сторон о применении французского процессуального права и соглашение сторон о подсудности всех вопросов в отношении арбитражного производства французским судам), компетенция содействующих судей распространяется (в исключительных случаях) и на случаи риска отказа в правосудии, даже если арбитраж не имеет связи с Францией (ст. 1505 ГПК Франции) <88>. Помимо указанных случаев, государственные суды не вмешиваются в арбитражный процесс.

<88> Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 1 février 2005, **Israël v. NIOС**, N 01-13742-02-15.237 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. 2005. Vol. 1. N 53. P. 45.

Во-вторых, отдельная палата Парижского апелляционного суда рассматривает вопросы, связанные с международным арбитражем. Так как большинство международных арбитражей во Франции имеют место в Париже, эта палата будет в конечном счете компетентна рассматривать заявления об отмене таких арбитражных решений, а также заявления об их принудительном исполнении. Если вопрос, связанный с отменой решения, впоследствии дойдет до Кассационного суда, то он будет рассматриваться его специализированной первой палатой.

Как уже было отмечено, арбитры во Франции имеют полномочия по присуждению обеспечительных мер. Однако только государственные судьи располагают полномочиями по наложению ареста на имущество в порядке обеспечения иска или присуждению судебного обеспечения иска (ст. 1468 ГПК Франции). Компетентные судьи могут принимать предварительные меры до формирования состава арбитражного суда в случае необходимости (ст. 1449 ГПК Франции).

Оспаривание арбитражных решений. Французское арбитражное право не признает возможность апелляции иностранных арбитражных решений, предусматривая исключительно возможность их отмены (ст. 1518 ГПК Франции).

В соответствии со ст. 1520 ГПК Франции арбитражное решение, принятое в рамках международного арбитража на территории Франции, может быть отменено на следующих основаниях:

- 1) состав арбитражного суда ошибочно признал или отклонил свою компетенцию по рассмотрению спора; или
- 2) состав арбитражного суда был сформирован с нарушениями; или
- 3) решение состава арбитражного суда превышает его полномочия; или
- 4) в ходе арбитражного процесса был нарушен принцип справедливого разбирательства; или
- 5) признание или исполнение решения нарушает международный публичный порядок.

При исключительных обстоятельствах, таких как мошенничество, вынесенное арбитражное решение может быть подвергнуто пересмотру составом арбитражного суда (ст. 1502 ГПК Франции). При невозможности нового заседания состава арбитражного суда пересмотр осуществляется апелляционным судом, в ведении которого находилась бы отмена арбитражного решения.

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. Прежде всего следует отметить, что процесс по отмене арбитражного решения или по оспариванию приведения его в исполнение не приостанавливает процесс исполнения такого решения (ст. 1526 ГПК Франции). Только в исключительных случаях возможности значительного ущерба для сторон президент апелляционного суда может

приостановить действие приказа об исполнении решения.

Стороны могут также предусмотреть в своем арбитражном соглашении отказ от обжалования решения (ст. 1522 ГПК Франции). Такой отказ не влияет на право суда проверить арбитражное решение при его принудительном исполнении.

При признании и исполнении иностранного арбитражного решения французские суды руководствуются исключительно общими критериями французского права (ст. 1520 ГПК Франции) вне зависимости от наличия и результата оспаривания такого решения в другой юрисдикции <89>. Французское арбитражное право в части признания и приведения в исполнение арбитражных решений является более благоприятным, чем положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г., и, таким образом, имеет перед ней приоритет (см. ст. VII Нью-Йоркской конвенции).

<89> Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 9 octobre 1984, **Pabalk v. Norsolor**, N 83-11355 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. 1984. Vol. 1. N 248. P. 22; Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 23 mars 1994, **OTV v. Hilmarton**, N 92-15137 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. 1994. Vol. 1. N 104. P. 79; Cour de Cassation, 1 Ch. Civ., 29 juin 2007, **Putrabali Adyamulia v. Rena Holding**, N 05-18053 // Bulletin des **arrêts** Cour de Cassation Chambre civile 1. Vol. 1. N 250. P. 89; Cour d'appel de Paris, **pôle** 1 Ch. 1, 17 **février** 2011, **Pakistan v. Dallah**, N 09-28533 // Cahiers de l'arbitrage. N 2. P. 433.

Тем не менее касательно государственных иммунитетов в связи с принятием Закона N 2016-1691 от 9 декабря 2016 г. <90> Франция ужесточила условия исполнения решений, вынесенных против государств. Отныне для обращения взыскания на собственность государств кредитор обязан получать предварительное разрешение суда.

<90> Loi N 2016-1691 du 9 **décembre** 2016 relative **à** la transparence, **à** la lutte contre la corruption et **à** la modernisation de la vie **économique** l'arbitrage // Journal Officiel de **à** la **République Française**. 10 **décembre** 2016. N 0287. Texte N 2.

22.5. Арбитраж в Швейцарии

Швейцария занимает одно из наиболее заметных и популярных мест на карте международного арбитража <91>, что делает изучение правового регулирования и особенностей процедуры международного арбитража в данной юрисдикции особенно актуальным. Во-первых, традиции и практика разрешения споров путем арбитражной процедуры в Швейцарии складывались столетиями, что привело к накоплению значительного опыта и ноу-хау в данной области <92>. Во-вторых, Швейцария пользуется репутацией нейтрального государства со стабильными политической, экономической и правовой системами, а также независимыми и эффективными судами. В-третьих, страна удобно расположена в центре Европы и имеет всю необходимую инфраструктуру для проведения арбитражных разбирательств. Наконец, швейцарский законодатель и суды заняли позицию, дружественную международному арбитражу, принимают прогрессивные законы и решения, которые благоприятствуют рассмотрению споров в международном арбитраже и направлены на то, чтобы сделать его наиболее эффективным.

<91> В соответствии со статистическими отчетами ICC на протяжении последних 15 лет Цюрих и Женева являются одними из самых популярных мест проведения арбитражей ICC (см.: ICC Bulletin. 2001 - 2015). В 2016 г. в Швейцарии проходило около 12% всех арбитражей ICC (см.: ICC Bulletin. 2016. Vol. 1. P. 16). Швейцария также входит в первую тройку зарубежных юрисдикций, которые стороны из СНГ выбирают наиболее часто для проведения арбитражных разбирательств (см.: Статистический отчет, подготовленный журналом Legal Insight и PAA:

<http://arbitrations.ru/en/press-centr/news/cis-arbitration-users-preferences-seat-law-rules/>; дата посещения - 15.04.2018).

<92> Арбитражные разбирательства проходили в Швейцарии еще в Средние века, но первым крупным международным арбитражным разбирательством, ставшим важным прецедентом в области международного права, считается **дело "Алабамы"** между правительствами США и Великобритании, которое рассматривалось в 1871 г. в Женеве.

Законодательство об арбитраже.
Участие в международных соглашениях об арбитраже

Швейцарское законодательство об арбитраже придерживается системы дуализма, т.е. третейское разбирательство (внутренний арбитраж) и международный арбитраж регулируются отдельными правовыми актами. Третейское разбирательство регулируется ч. 3 ГПК Швейцарии от 1 января 2011 г., а правовые основы регулирования международного коммерческого арбитража содержатся в гл. 12 Закона "О международном частном праве" от 18 декабря 1987 г. (далее - ЗМЧП) <93>. В некоторых случаях отдельные положения ГПК Швейцарии могут применяться и к международным арбитражным разбирательствам, а в соответствии со ст. 176 (2) ЗМЧП стороны международного арбитража имеют право договориться о том, чтобы к разбирательству между ними применялись положения ч. 3 ГПК Швейцарии, а не гл. 12 ЗМЧП. Так как данный учебник посвящен вопросам международного арбитража, далее подробнее остановимся на положениях гл. 12 ЗМЧП.

<93> Неофициальный перевод гл. 12 ЗМЧП на русский язык доступен на сайте Швейцарской арбитражной ассоциации (ASA): <http://www.arbitration-ch.org/en/arbitration-in-switzerland/index.html> (дата посещения - 15.03.2018).

На момент написания данного параграфа швейцарскому парламенту был предложен проект по внесению изменений в гл. 12 ЗМЧП. Изменения в целом не носят принципиального характера, но среди наиболее существенных можно отметить следующие:

- включение положения о независимости и беспристрастности арбитров;
- включение положений о пересмотре арбитражных решений;
- введение возможности производства на английском языке в Федеральном суде Швейцарии.

Швейцария является участницей ряда международных соглашений об арбитраже, среди которых наиболее значимую роль играют Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Вашингтонская конвенция.

Огромное значение для регулирования и толкования вопросов международного арбитража имеет практика высшего судебного органа Швейцарии - Федерального суда Швейцарии (далее - ФСШ). Решения ФСШ не имеют силы прецедента, но зачастую выступают в качестве руководства при разрешении вопросов, не урегулированных законодательством.

Глава 12 Закона "О международном частном праве". Несмотря на то что гл. 12 является неотъемлемой частью ЗМЧП, ее положения рассматриваются автономно от других положений Закона <94>. Глава 12 ЗМЧП содержит 19 статей (ст. ст. 176 - 194). Такая лаконичность и отсутствие чрезмерно детального регулирования делают законодательство о международном арбитраже довольно гибким, но в то же время оставляют некоторые вопросы открытыми (например, пересмотр, толкование и исправление арбитражных решений), что делает практику ФСШ и доктрину важными дополнительными источниками регулирования.

<94> См.: Besson S. Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / Ed. by M. Arroyo. Wolters Kluwer, 2013. P. 28.

В соответствии со ст. 176 (1) ЗМЧП положения гл. 12 применяются к арбитражным разбирательствам, если: 1) местом арбитража является Швейцария; 2) как минимум одна из сторон разбирательства имеет свои постоянную регистрацию или место жительства за пределами Швейцарии в момент заключения арбитражного соглашения. Таким образом, международный характер арбитража зависит от места регистрации или жительства сторон, а не от предмета спора. При этом смена сторонами места регистрации или жительства после заключения арбитражного соглашения не влияет на характер арбитражного разбирательства. Аналогично замена стороны арбитражного соглашения (например, путем уступки прав) не влияет на характер арбитражного разбирательства, так как он будет определяться местом регистрации или проживания изначальной стороны соглашения на момент его заключения <95>.

<95> См.: Besson S. Op. cit. P. 27.

Положения гл. 12 ЗМЧП отражают общепризнанные принципы международного арбитража, такие как принцип автономии сторон (ст. 182 (1)), принцип автономности арбитражной оговорки (ст. 178 (3)), принцип "компетенции-компетенции" (ст. 186 (1)), а также предусматривают полномочия состава арбитров по принятию обеспечительных мер (ст. 183 (1)) и содействие государственных судов в ходе арбитражного разбирательства (ст. ст. 179 (2) и (3), 180 (3), 183 (2) и (3), 184 (2), 185).

Однако некоторые положения гл. 12 ЗМЧП отличают ее от подобных законов в других юрисдикциях. Такие положения касаются арбитрабельности, предусматривающей, что любой спор с "финансовым интересом" (**financial interest**) может быть рассмотрен в рамках арбитража (ст. 177 (1)); невозможности государству, государственной компании или организации ссылаться на свое право, чтобы оспорить свое участие в арбитраже или арбитрабельность спора (ст. 177 (2)); определения действительности арбитражного соглашения в соответствии с принципом **in favorem validitatis** (т.е. арбитражное соглашение будет признано действительным, если оно будет соответствовать одному из трех правовых режимов: праву, выбранному сторонами; праву, которому подчинен договор, содержащий арбитражную оговорку, либо швейцарскому праву) (ст. 178 (2)); возможности полного или частичного отказа от процедуры отмены арбитражного решения (ст. 192).

Глава 12 ЗМЧП содержит нормы диспозитивного и императивного характера. Если стороны договорились о применении арбитражного регламента, то положения регламента превалят над диспозитивными положениями. В то же время стороны не могут по своему соглашению ограничить действие или отступить от императивных норм <96>.

<96> Императивные нормы гл. 12 ЗМЧП включают уже упомянутые ст. ст. 177 (1) и 177 (2), а также ст. 178 (1), регулирующую форму арбитражного соглашения; ст. 180 (1) (с), регулирующую отвод арбитров в случае наличия сомнений в отношении их независимости; ст. 180 (2), ограничивающую отвод арбитра стороной, которая его назначила; ст. 181, регулирующую приостановление арбитражного разбирательства (**lis pendens**); ст. 182 (3), обеспечивающую режим равноправия сторон и право сторон быть выслушанными; ст. 185, регулирующую роль судов; ст. 190 (2), содержащую основания для отмены арбитражных решений.

Гражданско-процессуальный кодекс Швейцарии. Часть 3 ГПК Швейцарии (ст. ст. 353 - 399) применяется к арбитражным разбирательствам, когда стороны имеют постоянное место нахождения в Швейцарии в момент заключения арбитражного соглашения (ст. 353 (1)). Однако стороны таких арбитражных разбирательств вправе договориться о том, чтобы рассмотрение их споров регулировалось в соответствии с положениями гл. 12 ЗМЧП (ст. 353 (2) ГПК Швейцарии). Аналогично стороны международных арбитражных разбирательств могут отказаться от применения положений гл. 12 ЗМЧП и подчинить разбирательства ч. 3 ГПК Швейцарии (ст. 176 (2) ЗМЧП). Такая договоренность между сторонами должна быть четко выражена в письменной форме <97>.

<97> См.: Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. London, 2007. § 62.

Отдельные положения ч. 3 ГПК Швейцарии применяются по аналогии к международным арбитражным разбирательствам, что напрямую предусмотрено гл. 12 ЗМЧП. Так, в соответствии со ст. 179 (2) ЗМЧП в случае отсутствия соглашения сторон, касающегося назначения, отзыва и замены арбитров, стороны могут обратиться в суд, который применит по аналогии к международным арбитражным разбирательствам соответствующие положения ГПК Швейцарии (ст. ст. 360, 361 (2) и (3), 362, 370, 371).

Часть 3 ГПК Швейцарии является более детальной по сравнению с гл. 12 ЗМЧП. Она была принята в 2011 г. и вобрала в себя передовую практику из области международного арбитража (например, обязанность арбитров раскрывать сведения, принимаемые во внимание при их назначении, - ст. 363; возможность назначить административного секретаря - ст. 365; вынесение арбитражных решений по соглашению сторон (**consent awards**) - ст. 385; исправление и толкование арбитражных решений - ст. 388). Таким образом, имеет место практика, когда в отсутствие соответствующего регулирования в гл. 12 ЗМЧП в международных арбитражах применяются более детальные положения ч. 3 ГПК Швейцарии.

Практика Федерального суда Швейцарии. ФСШ является единственной инстанцией, которая рассматривает заявления об отмене арбитражных решений, как международных, так и внутренних (третейских судов). Соответственно, ФСШ - единственный суд, который толкует вопросы международного арбитража, не урегулированные законодательством. Некоторые вопросы, освещенные ФСШ в своих решениях, были впоследствии отражены в ГПК Швейцарии (например, обязанность арбитра раскрывать сведения, принимаемые во внимание при его назначении).

Таким образом, при рассмотрении дел об отмене арбитражных решений ФСШ зачастую ссылается на свою практику и положения ГПК Швейцарии в отношении вопросов, не урегулированных в гл. 12 ЗМЧП.

Международные соглашения об арбитраже. Наиболее важным договором в сфере международного арбитража является Нью-Йоркская конвенция 1958 г., которая вступила в силу на территории Швейцарии 30 августа 1965 г. <98>, заменив собой Женевский протокол 1923 г., регулирующий признание арбитражных соглашений, и Женевскую конвенцию 1927 г.

<98> Текст Конвенции на русском языке и список ее участников см.: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html (дата посещения - 15.04.2018).

Швейцария также является участницей ряда соглашений, которые касаются вопросов международного арбитража косвенно. Так, Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. <99>, к которой Швейцария присоединилась в 1974 г., непосредственно не регулирует международный арбитраж в Швейцарии, однако обязывает государства-участников обеспечивать сторонам в международных арбитражах соблюдение основных процессуальных прав, гарантированных Конвенцией (например, право на справедливое судебное разбирательство (ст. 6), за исключением права на публичное разбирательство, так как это противоречит конфиденциальной природе арбитража) <100>.

<99> Текст Конвенции на русском языке и список ее участников на сайте ЕСПЧ: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer (дата посещения - 15.04.2018).

<100> См.: Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford University Press, 2015. P. 22.

Правовые основы организации ведущих арбитражных центров

В Швейцарии располагается несколько арбитражных центров, среди которых можно отметить Спортивный арбитражный суд (CAS), расположенный в Лозанне и рассматривающий споры в области спорта, служащий апелляционной инстанцией для решений международных спортивных федераций <101>; Центр арбитража и посредничества Всемирной организации интеллектуальной собственности, который располагается в Женеве и предлагает услуги по разрешению споров в области интеллектуальной

собственности и споров, связанных с доменными именами в сети Интернет <102>; Центр арбитража и посредничества Торговых палат Швейцарии (далее - Центр) <103>, который является ведущим центром по разрешению коммерческих арбитражных споров в Швейцарии и на котором мы остановимся более подробно.

<101> Подробная информация о CAS и его деятельности доступна на официальном сайте CAS: <http://www.tas-cas.org/en/index.html> (дата посещения - 15.04.2018).

<102> Подробная информация о Центре арбитража и посредничества ВОИС и его деятельности доступна на официальном сайте Центра: <http://www.wipo.int/amc/ru/index.html> (дата посещения - 15.04.2018).

<103> См. сайт Центра: <https://www.swissarbitration.org>, который предоставляет подробную информацию о деятельности, основных аспектах ведения арбитража по Швейцарскому регламенту международного арбитража, а также текст данного Регламента на русском языке.

Центр арбитража и посредничества Торговых палат Швейцарии. Центр является единым арбитражным учреждением торговых палат нескольких кантонов Швейцарии (Цюриха, Женевы, Берна, Базеля, Во, Тичино и Невшателя), в котором проходят арбитражные разбирательства по унифицированному Швейцарскому регламенту международного арбитража (далее - ШР), принятому в 2004 г. и действующему в редакции от 1 июня 2012 г. <104>.

<104> До 2004 г. отдельные палаты Швейцарии имели свои собственные арбитражные регламенты. Единый ШР (Swiss Rules) доступен на русском языке на сайте Центра: <https://www.swissarbitration.org/Arbitration/Arbitration-Rules-and-Laws> (дата посещения - 15.04.2018).

Органом, который осуществляет контроль над проведением арбитражных разбирательств и принимает необходимые процессуальные решения, является суд, состоящий из 27 членов - опытных специалистов в области международного арбитража. В рамках суда действует специальный комитет, состоящий из девяти членов и принимающий решения по особо значимым вопросам, таким как консолидация дел (ст. 4 (1) ШР), сложности при формировании состава арбитров (ст. 5 (3) ШР), отвод арбитров (ст. 11 ШР), отстранение арбитров (ст. 12 ШР), замена арбитров (ст. 13 (2) ШР), место арбитража (ст. 16 (1) ШР).

Органом, который осуществляет администрирование споров на ежедневной основе, является Секретариат. Администрирование споров может вестись на английском, немецком, французском и итальянском языках.

Характерной чертой деятельности органов Центра является то, что они придерживаются политики легкого контроля с минимальным вмешательством в ход арбитражного разбирательства, оставляя максимум автономии сторонам и арбитрам <105>.

<105> См.: Brunner C. Introduction to the Swiss Rules of International Arbitration // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / Ed. by M. Arroyo. Wolters Kluwer, 2013. P. 334.

Арбитражные расходы, взимаемые Центром, рассчитываются в зависимости от суммы иска с максимальным пределом в 50 тыс. швейцарских франков <106>. Если сумма иска меньше 2 млн швейцарских франков, административный сбор не взимается.

<106> Шкала административных расходов содержится в Прил. Б к ШР "Положение об арбитражных расходах". На сайте Центра можно рассчитать приблизительные расходы на администрирование спора и на услуги арбитров с помощью онлайн-калькулятора: <https://www.swissarbitration.org/sa/en/costs.php> (дата

посещения - 15.04.2018).

Швейцарский регламент международного арбитража 2012 г. ШР основан на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ и содержит положения, аналогичные современным регламентам международных арбитражных центров. Однако будучи современным арбитражным регламентом, вобравшим в себя передовой международный опыт в области рассмотрения споров, данный Регламент содержит ряд особенностей, включая следующие:

- по соглашению сторон состав арбитров вправе принять меры, направленные на мирное разрешение спора, и способствовать быстрому переходу к стадии мирного урегулирования, что является предпочтительным для сторон (ст. 15 (8));

- если сумма иска не превышает 1 млн швейцарских франков, а также в случае наличия соглашения сторон разбирательство проводится в соответствии с процедурой ускоренного производства, в рамках которой арбитражное решение выносится в течение шести месяцев с момента передачи дела составу арбитров (ст. 42);

- гибкие положения, касающиеся объединения дел (**consolidation**) и привлечения к делу третьих лиц (**joinder**) (ст. 4).

Особенности компетенции арбитража

В соответствии со швейцарским правом состав арбитров обладает компетенцией по рассмотрению спора, если предмет спора арбитрабелен (ст. 177 ЗМЧП), если арбитражное соглашение действительно (ст. 178 ЗМЧП), если стороны обладали полномочиями по заключению соглашения и если спор подпадает под сферу действия арбитражного соглашения. Остановимся на рассмотрении отдельных особенностей компетенции арбитража по швейцарскому праву.

Принцип "компетенции-компетенции". Швейцарское право в ст. 186 (1) ЗМЧП закрепляет принцип "компетенции-компетенции", в соответствии с которым состав арбитров сам принимает решение о своей компетенции по рассмотрению спора. Данная норма императивна, ее применение не может быть исключено по соглашению сторон. Решение состава арбитров в отношении своей компетенции не является абсолютным, так как окончательное решение в отношении компетенции состава арбитров может быть принято ФСШ в рамках процедуры отмены арбитражного решения на основании неправильного решения состава арбитров в отношении своей компетенции (ст. 190 (2) (b) ЗМЧП).

В швейцарском арбитражном праве принцип "компетенции-компетенции" не означает, что состав арбитров имеет преимущество над государственными судами в вопросе принятия решения по наличию у них компетенции для разрешения споров. Если иск сначала подан в суд и сторона заявляет возражения в отношении компетенции суда на основании арбитражного соглашения, то суд самостоятельно принимает решение по таким возражениям (**exceptio arbitri**) и, соответственно, по действительности арбитражного соглашения. Если же иск сначала подан в арбитраж, то суд должен приостановить судебное производство до тех пор, пока состав арбитров не примет решение в отношении своей компетенции <107>.

<107> См.: Berger B. Commentary on Chapter 12 PILS, Article 186 // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / Ed. by M. Arroyo. Wolters Kluwer, 2013. P. 147.

Параллельные разбирательства. Статья 186 (1) (bis) ЗМЧП предусматривает, что состав арбитров должен сам принимать решения в отношении своей компетенции, даже если спор между теми же сторонами и по поводу того же предмета уже находится на рассмотрении государственного суда или другого состава арбитров, если только не имеются серьезные основания, по которым процесс должен быть приостановлен.

В соответствии с данной нормой состав арбитров в Швейцарии может принять к рассмотрению дело, а также принять решение в отношении своей компетенции, даже если дело уже находится на рассмотрении в суде или перед другим составом арбитров. Законодательство не указывает, какие

"серьезные основания" могут служить поводом для приостановления процесса, и доктрина предлагает арбитрам рассматривать каждый конкретный случай по отдельности, оценивая ситуацию объективно и разумно с учетом того, что наилучшим образом отвечает интересам сторон <108>. Стоит отметить, что решение состава о принятии дела к рассмотрению может быть обжаловано в ФСШ на основании того, что состав арбитров вынес неправильное решение в отношении своей компетенции <109>. Однако вопрос об обжаловании решений состава арбитров приостановить рассмотрение дела по серьезным основаниям не был рассмотрен ФСШ и остается открытым.

<108> Ibid. P. 150.

<109> Решение ФСШ N BGE 127 III 279. Здесь и далее для поиска решений воспользуйтесь поисковой системой ФСШ, где необходимый документ можно найти по номеру: <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de> (дата посещения - 15.04.2018).

Подача возражений против компетенции и решение состава арбитров. В соответствии со ст. 186 (2) ЗМЧП стороны должны представить возражения в отношении компетенции состава арбитров до представления возражений по существу иска. Так как данное положение носит процедурный характер, составу арбитров необходимо иметь в виду специальные правила процедуры, применимые к арбитражу. Так, например, в соответствии со ст. 21 (3) ШР любые возражения против компетенции состава арбитров должны быть заявлены в отзыве на заявление об арбитраже, но в любом случае не позднее представления отзыва на исковое заявление. В случае если сторона несвоевременно подаст возражения против компетенции состава арбитров, будет считаться, что она отказалась от такого права и признала компетенцию состава арбитров <110>.

<110> Berger B. Op. oit. P. 154.

В соответствии со ст. 186 (3) ЗМЧП решение состава арбитров в отношении своей компетенции выносится в форме предварительного решения. Однако данное положение законодательства является гибким, и решение состава арбитров о своей компетенции может быть вынесено в окончательном решении вместе с решением по существу спора или в виде отдельного решения, когда состав арбитров отклоняет свою компетенцию по рассмотрению спора, тем самым завершая разбирательство <111>.

<111> Girsberger D., Voser N. International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives. **Zürich**, 2016. С. 580 - 581.

Арбитражное соглашение

Действительность арбитражного соглашения. В соответствии со ст. 178 (1) ЗМЧП арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме, что является единственным формальным требованием. Наличие подписи не является обязательным, поэтому арбитражное соглашение, заключенное, например, посредством электронного письма, с формальной точки зрения будет считаться действительным <112>.

<112> **Müller C.** Commentary on Chapter 12 PILS, Article 178 // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / Ed. by M. Arroyo. Wolters Kluwer, 2013. P. 57.

В соответствии со ст. 178 (2) ЗМЧП, для того чтобы арбитражное соглашение было действительным, оно должно соответствовать хотя бы одной из трех правовых систем: 1) праву, которому стороны подчинили само арбитражное соглашение; 2) праву, которому подчиняется предмет спора; швейцарскому праву. Таким образом, позволяя обратиться к наиболее дружественному арбитражу режиму, швейцарское

законодательство благоприятствует признанию действительности арбитражного соглашения.

ФСШ пояснил, что такой выбор права также применяется к толкованию доарбитражных условий о рассмотрении споров в многоступенчатых оговорках о рассмотрении споров <113>.

<113> Решение ФСШ N 4A_124/2014.

В случае применения швейцарского права к определению действительности арбитражного соглашения большинство вопросов регулируется Обязательственным кодексом Швейцарии. Так, в соответствии со швейцарским правом соглашение должно отражать намерение сторон по существенным условиям (**essentialia negotii**) (ст. ст. 1, 2 Кодекса). Глава 12 ЗМЧП не определяет существенные условия арбитражного соглашения. Однако при толковании положений гл. 12 можно сделать вывод о том, что существенными условиями арбитражного соглашения являются: 1) намерение сторон передать спор в арбитраж; 2) указание на конкретное правовое взаимоотношение, подлежащее разрешению (например, споры, возникающие из конкретного договора) <114>. Швейцарские юристы сходятся на том, что ни указание места проведения арбитража, ни количество арбитров, ни способ формирования состава арбитров не являются существенными условиями арбитражного соглашения <115>. ФСШ указал, что противоречивые и даже невозможные для исполнения положения арбитражного соглашения не ведут к его полной недействительности, если оно отражает намерение сторон по существенным условиям <116>.

<114> Müller C. Op. cit. C. 60.

<115> Ibid.; Girsberger D., Voser N. Op. cit. C. 90.

<116> Решение ФСШ N 4A_84/2015.

ФСШ признавал компетенцию состава арбитров, возникающую из проекта договора, который включал арбитражную оговорку <117>.

<117> Решение ФСШ N 4A_84/2015.

Вопрос о действительности асимметричных арбитражных соглашений еще не был рассмотрен ФСШ, однако, принимая во внимание принципы свободы договора и автономии сторон, которые имеют большой вес в швейцарском праве, такие соглашения могут заключаться и быть признаны действительными <118>.

<118> Girsberger D., Voser N. Op. cit. C. 96.

Автономность арбитражного соглашения. Принцип автономности арбитражного соглашения закреплен в ст. 178 (3) ЗМЧП. В соответствии с данным принципом действительность арбитражного соглашения не может быть оспорена на основании того, что основной контракт не является действительным. Данное положение не является императивной нормой швейцарского права, и ФСШ указал, что стороны вправе исключить его применение <119>.

<119> Решение ФСШ N DFT 121 III 495.

Принцип автономности арбитражной оговорки также может быть ограничен рядом обстоятельств, которые связывают арбитражную оговорку с основным контрактом и возникают, когда: 1) у стороны основного контракта отсутствовала правоспособность его заключить; 2) представитель стороны основного

контракта не обладал надлежащими полномочиями на его заключение; 3) основной контракт не отвечает условиям формы, о которой договорились стороны; 4) сторона заключила основной контракт под принуждением (ст. 29 Обязательственного кодекса Швейцарии) <120>. Напротив, другие "дефекты" основного контракта, перечисленные в ст. ст. 21, 23, 24, и 28 Обязательственного кодекса Швейцарии (существенное преимущество одной из сторон, материальные ошибки, умышленное введение в заблуждение), не являются факторами, которые влекут недействительность арбитражной оговорки <121>.

<120> См.: Berger B., Kellerhals F. International and Domestic Arbitration in Switzerland. **Stämpfli Publishers**, 2015. P. 242; Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A. Op. cit. § 3.08.

<121> Berger B., Kellerhals F. Op. cit. P. 243.

Действие арбитражного соглашения. Вопрос о действии арбитражного соглашения решается по праву, определяемому в соответствии со ст. 178 (2) ЗМЧП.

Глава 12 ЗМЧП не регулирует вопросы вмешательства или присоединения третьих лиц к арбитражному соглашению. Таким образом, действие арбитражного соглашения по общему правилу не распространяется на третьих лиц. Однако практика ФСШ свидетельствует о том, что в некоторых случаях действие арбитражного соглашения может быть распространено на третьих лиц. Это происходит тогда, когда можно установить, что распространение действия соглашения на них отражает реальное намерение сторон в соответствии с принципом добросовестности. Так, например, в случае если такое лицо участвовало в процессе заключения или исполнения договора, содержащего арбитражное соглашение, это свидетельствует о том, что данное лицо выразило готовность подчинить себя арбитражному соглашению <122>.

<122> Решение ФСШ N 4A_44/2011.

В Швейцарии признаются доктрины "снятия корпоративной вуали" и "группы компаний", однако обращение к ним не является частым, так как порог доказывания того, что арбитражное соглашение может быть распространено в рамках данных доктрин на третьих лиц, довольно высок и происходит лишь в исключительных ситуациях при условии, что сторона, действуя добросовестно, полагалась на видимость, создаваемую третьим лицом <123>.

<123> См.: Girsberger D., Voser N. Op. cit. P. 99 - 101; Berger B., Kellerhals F. Op. cit. P. 200 - 201; решение ФСШ N 4A_476/2013.

Швейцарское право подразумевает, что арбитражное соглашение распространяется на правопреемников по договорным обязательствам или по взятию на себя долговых обязательств по акцессорному соглашению <124>.

<124> См.: Girsberger D., Voser N. Op. cit. P. 75.

Арбитражное соглашение может быть расторгнуто сторонами по их соглашению в любое время (закон не предусматривает никаких формальных требований), а также по заявлению одной из сторон, если такая возможность предусмотрена в соглашении сторон или применимым правом по месту арбитража <125>.

<125> Ibid. P. 131.

Арбитры, арбитражный трибунал

Формирование состава арбитров. Арбитры назначаются в соответствии с соглашением сторон (ст. 179 (1) ЗМЧП). При формировании состава арбитров должен соблюдаться принцип равноправия сторон. В случае нарушения этого принципа существует риск заявления отвода арбитру или отмены арбитражного решения <126>.

<126> Решение ФСШ N 4A_282/2013.

Сложности могут возникать при множественности сторон. Так, в одном из своих решений ФСШ поддержал решение арбитражного центра назначить арбитра за ответчиков и утвердить арбитра, которого истец назначил сам <127>. Однако это решение вызвало широкий резонанс, так как для обеспечения равноправия сторон при формировании состава арбитров арбитражному центру было бы целесообразнее назначить всех трех арбитров. Такие сложности могут быть разрешены выбором арбитражного регламента, содержащего положения о формировании состава арбитров в случае множественности сторон <128>.

<127> Решение ФСШ N 1703/82.

<128> Так, ШР в ст. ст. 8 (4) и 8 (5) предусматривает детальную процедуру формирования состава арбитров в разбирательстве с множественностью сторон в отсутствие соответствующего соглашения сторон.

Если стороны не договорились о порядке формирования состава арбитров, в соответствии со ст. 179 (2) ЗМЧП они могут обратиться в суд, который применит по аналогии положения ГПК Швейцарии (ст. 360 (1)) <129>. В соответствии со ст. 179 (3) ЗМЧП, если к судье поступило заявление о назначении арбитра, судья должен его удовлетворить, если только при кратком рассмотрении не будет выявлено отсутствие арбитражного соглашения между сторонами.

<129> Предложенные поправки к ЗМЧП предусматривают внесение изменений в ст. 179 (2), а именно: "Если члены состава арбитража не могут быть назначены, необходимо обратиться в суд по месту проведения арбитража. Если стороны не договорились о месте арбитража, первый государственный суд, в который обратились стороны, должен назначить состава арбитража".

Отвод арбитров. В соответствии со ст. 180 (1) ЗМЧП арбитру может быть заявлен отвод по следующим основаниям:

- если он не соответствует квалификационным требованиям, согласованным сторонами;
- если имеется основание для отвода, предусмотренное применимым арбитражным регламентом;
- если присутствуют обстоятельства, которые позволяют обоснованно усомниться в его независимости.

Сторона не может заявить отвод арбитру, который был ей назначен, за исключением случая, предусмотренного в ст. 180 (2) ЗМЧП, когда стороне стало известно об основании для отвода арбитра после назначения. В таком случае состав арбитров и другая сторона должны быть незамедлительно уведомлены о наличии такого основания, иначе право на заявление отвода может быть утрачено.

Если стороны не договорились о процедуре отвода арбитра (включая отсылку к арбитражному регламенту), решение об отводе будет принимать суд по месту проведения арбитража (ст. 180 (3) ЗМЧП). В соответствии с практикой ФСШ решение судьи в отношении отвода арбитра не подлежит обжалованию и не может служить основанием для отмены арбитражного решения на основании того, что состав арбитров был сформирован ненадлежащим образом <130>.

<130> Решение ФСШ N 4A_14/2012.

Замена арбитра. В соответствии со ст. 179 (1) ЗМЧП замена арбитра осуществляется в соответствии с соглашением сторон. Как правило, назначение нового арбитра происходит тем же способом, что и назначение заменяемого арбитра. Если стороны не договорились о процедуре замены арбитра (включая отсылку к арбитражному регламенту), они могут обратиться в государственный суд по месту проведения арбитража, который в соответствии со ст. 179 (2) ЗМЧП применит по аналогии соответствующие положения ГПК Швейцарии.

ФСШ постановил, что арбитр, который официально снял с себя полномочия, должен быть заменен <131>. Отказ арбитра, например, участвовать в окончательном обсуждении арбитражного решения без официального снятия с себя полномочий не влечет необходимости замены арбитра.

<131> Решение ФСШ N 4A_386/2010.

Обязанности арбитров. Обязанности арбитров определяются арбитражным соглашением, правом страны, где проходит арбитражное разбирательство (**lex arbitri**), и применимым арбитражным регламентом.

Одна из наиболее важных обязанностей арбитра - быть независимым и раскрыть сторонам любые обстоятельства, которые могут вызвать сомнения относительно его независимости и беспристрастности.

Глава 12 ЗМЧП не содержит требований, касающихся независимости и беспристрастности арбитров. Однако в соответствии с конституцией Швейцарии правовые споры должны разрешаться независимым и непредвзятым судом, что вытекает из права на беспристрастное слушание дела, гарантированное конституцией. Руководствуясь этими принципами, ФСШ пояснил, что арбитры должны быть независимыми и беспристрастными <132>. Вместе с тем ФСШ постановил, что в обязанность сторон арбитражного разбирательства входит изучение профиля арбитров при их назначении и выявление обстоятельств, которые могут вызвать сомнения относительно их независимости и беспристрастности <133>.

<132> Решение ФСШ N 4A_234/2010.

<133> См., например: решение ФСШ N BGE 136 III 605.

В соответствии с судебной практикой и международными стандартами другие обязанности арбитров включают обязанность разрешить спор между сторонами, выполнить свой мандат, сохранить конфиденциальность спора.

Административные секретари. Швейцарские арбитры нередко привлекают к арбитражам административных секретарей. Роль административного секретаря в последние годы вызывает все больше вопросов в связи с тем, что она недостаточно урегулирована и прозрачна.

В соответствии с практикой ФСШ, несмотря на то что арбитры обязаны исполнять свои функции самостоятельно, не делегируя их третьим лицам, это не запрещает им полагаться на поддержку административных секретарей <134>. Если только стороны не договорятся об обратном, административный секретарь может оказывать поддержку арбитру, выполняя задания административного характера: вести протоколы встреч, документацию дела, в ограниченной степени участвовать в составлении проектов частей арбитражного решения, но только под руководством арбитров, и др. Выполнение административными секретарями функций, непосредственно связанных с вынесением решения, полностью исключается <135>.

<134> Решение ФСШ N 4A_709/2014.

<135> Там же.

Арбитражное разбирательство

В соответствии со ст. 182 ЗМЧП, отражающей принцип автономии сторон, стороны могут определить порядок арбитражного разбирательства самостоятельно либо путем отсылки к арбитражному регламенту; они могут также подчинить разбирательство процессуальному закону по своему выбору. Если же стороны не установили порядок арбитражного разбирательства, то он будет установлен составом арбитров в соответствии со ст. 182 (2) ЗМЧП. При любых обстоятельствах состав арбитров должен обеспечить сторонам равноправие и право быть выслушанными в процессе (ст. 182 (3) ЗМЧП).

В соответствии со ст. 176 (3) ЗМЧП место арбитража также определяется соглашением сторон или применимым арбитражным регламентом, а в случае отсутствия соглашения сторон - составом арбитров. В данной связи может возникнуть сложная ситуация, если стороны не договорились ни о месте арбитража, ни о формировании состава арбитров, что в отношении первого встречается редко. Однако доктрина, а теперь и законодатель в проекте поправок к гл. 12 ЗМЧП предлагают решение вопроса, предоставляя истцу возможность обратиться в суд по своему усмотрению для содействия в формировании состава арбитров <136>.

<136> См.: Berger B., Kellerhals F. Op. cit. P. 268 - 271; **Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Internationale Schiedsgerichtsbarkeit)**, 11.01.2017. P. 21 - 22: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2829/Internationale-Schiedsgerichtsbarkeit_Erl.-Bericht_de.pdf (дата посещения - 15.04.2018).

Согласно ст. 187 (1) ЗМЧП состав арбитров рассматривает дело в соответствии с правом, которое определили стороны в своем соглашении, а при отсутствии такового - в соответствии с правом, с которым дело имеет наиболее тесную связь. Стороны также могут уполномочить арбитра разрешить спор в соответствии с принципами справедливости (**ex aequo et bono**) (ст. 187 (2) ЗМЧП).

По ст. 181 ЗМЧП разбирательство считается возбужденным, когда сторона подает заявление со своими требованиями арбитрам, определенным в арбитражном соглашении, а если арбитры не были определены таким образом, то с момента, когда одна из сторон приступает к процессу формирования состава арбитров.

Согласно ст. 183 (1) ЗМЧП состав арбитров может по требованию одной из сторон принять решение о применении обеспечительных мер. Статья 183 (2) гласит, что в случае, если сторона, в отношении которой вынесено решение о применении обеспечительных мер, не исполняет данное решение добровольно, состав арбитров может обратиться за содействием к компетентному судье.

Состав арбитров также самостоятельно исследует доказательства (ст. 184 (1) ЗМЧП). Если для получения доказательств необходима поддержка государственных судов, арбитры или одна из сторон, по согласованию с ними, может обратиться за содействием к судье по месту проведения арбитража (ст. 184 (2) ЗМЧП). При исследовании и оценке доказательств составы арбитров, рассматривающие дела в Швейцарии, зачастую обращаются к Правилам МАЮ о доказательствах.

ЗМЧП не содержит положений о конфиденциальности арбитражного процесса. Однако в соответствии со швейцарской правовой доктриной арбитражное разбирательство является частным, и арбитры должны обеспечивать его конфиденциальность. В то же время существует неопределенность в отношении того, обязаны ли другие участники процесса (сами стороны, свидетели, эксперты) соблюдать конфиденциальность. Во избежание неопределенности и для обеспечения конфиденциальности процесса сторонам рекомендуется договариваться о применении арбитражного регламента, который содержит положения, направленные на обеспечение конфиденциальности (например, ст. 44 ШР), включать положения о конфиденциальности в само арбитражное соглашение или заключать отдельное соглашение

о конфиденциальности.

Арбитражное решение

Форма арбитражного решения и уведомление сторон о нем. В соответствии со ст. 189 ЗМЧП арбитражное решение выносится в порядке и в форме, которые согласованы сторонами. В отсутствие такого соглашения решение выносится большинством арбитров, а при отсутствии большинства - председательствующим арбитром.

В соответствии со ст. 189 (2) ЗМЧП решение составляется в письменной форме, должно содержать мотивировочную часть, дату и подпись, при этом подписи председательствующего достаточно (эта норма также есть в ст. 384 (2) ГПК Швейцарии) <137>. В то же время, поскольку стороны могут согласовать порядок вынесения и форму арбитражного решения, они могут отказаться от решения в письменной форме.

<137> ГПК Швейцарии содержит более детальные положения о минимальных требованиях, предъявляемых к форме и содержанию арбитражного решения. Так, в соответствии со ст. 384 (1) ГПК Швейцарии арбитражное решение должно содержать информацию о составе арбитров; месте проведения арбитража; сторонах и их представителях; исковые требования сторон или (при их отсутствии) описание спора; факты и правовое обоснование решения; решение по существу спора, решение об арбитражных расходах и расходах на представителей; дату вынесения решения.

Глава 12 ЗМЧП не регулирует вопрос уведомления сторон об арбитражном решении. Данный вопрос определяется соглашением сторон, а при отсутствии соответствующих указаний решается составом арбитров с учетом ст. 182 (2) ЗМЧП.

Арбитражное решение становится окончательным с момента уведомления сторон о нем (ст. 190 (1) ЗМЧП). С даты уведомления сторон об арбитражном решении ведется отсчет срока, в течение которого сторона может подать заявление об отмене арбитражного решения.

Пересмотр арбитражных решений. Глава 12 ЗМЧП не содержит положений, регулирующих пересмотр арбитражных решений. Однако ФСШ применяет по аналогии положения, относящиеся к пересмотру судебных решений (ст. 123 (2) Акта ФСШ). Заявление о пересмотре арбитражного решения может быть подано в ФСШ по следующим основаниям:

- если заявителю стали известны новые факты или доказательства, которые существовали на момент вынесения решения, при условии что они были неизвестны заявителю, который действовал с достаточной осмотрительностью во время разбирательства (**revisio propter nova**). В соответствии с практикой ФСШ стандарт осмотрительности является довольно высоким <138>. Заявитель должен доказать, что ранее неизвестные факты и доказательства относятся к событиям, произошедшим до вынесения решения, при этом они должны прямо влиять на результат арбитражного разбирательства <139>. Решение о пересмотре арбитражного решения по данному основанию может быть подано в течение 10 лет с момента его вынесения;

<138> См.: решения ФСШ N 4A_763/2011, 4A_688/2012.

<139> См.: решение ФСШ N 4A_144/2010.

- если в ходе уголовного преследования было выявлено наличие противоправного действия, которое непосредственно повлияло на решение состава арбитров (например, взятка, угроза жизни и т.д.), при этом наличие факта осуждения виновных лиц не является обязательным (**revisio propter falsa**) <140>.

<140> См.: решение ФСШ N 4A_596/2008.

Заявление о пересмотре арбитражного решения должно быть подано в течение 90 дней после того, как стороне стали известны основания для пересмотра, при этом доказательства таких оснований могут быть предоставлены позднее <141>.

<141> Решения ФСШ N 4A_222/2011, 4A_666/2012.

В случае удовлетворения судом заявления о пересмотре арбитражного решения такое решение отменяется и направляется на повторное рассмотрение изначальному или вновь сформированному составу арбитров для вынесения нового решения <142>.

<142> Veit M. Commentary on Chapter 12 PILS, Article 184. Part II // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / Ed. by M. Arroyo. Wolters Kluwer, 2013. P. 138.

Глава 12 ЗМЧП также не содержит положений, касающихся исправления и толкования арбитражных решений <143>. Однако в соответствии с практикой ФСШ запросы об исправлении и толковании арбитражных решений являются допустимыми.

<143> ГПК Швейцарии, напротив, в ст. 388 содержит положения о толковании и изменении арбитражных решений, а также о вынесении дополнительных решений. Такие запросы подаются напрямую составу арбитров.

Деятельность судов по содействию и контролю в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. В соответствии со ст. 185 ЗМЧП судья по месту рассмотрения спора обладает компетенцией оказывать поддержку арбитражному процессу по запросу сторон или состава арбитров. Так, суды могут оказать содействие при назначении, замене и отзыве арбитров (ст. ст. 179 (2) и 180 (3) ЗМЧП), приведении в исполнение обеспечительных мер, принятых составом арбитров (ст. 183 (2) ЗМЧП), и получении доказательств (ст. 184 (2) ЗМЧП).

При отсутствии соглашения сторон (а также в случае невозможности исполнения соглашения) в отношении назначения и замены арбитра в соответствии со ст. 179 (2) стороны могут обратиться за содействием в суд. При получении запроса суд по аналогии применяет соответствующие нормы ГПК Швейцарии в процессе упрощенного судопроизводства. Аналогично стороны могут обратиться за содействием в суд в случае необходимости отзыва арбитра. Однако в данном случае суд будет руководствоваться не положениями ГПК, а положениями ст. 180 ЗМЧП, предусматривающей основания для отзыва арбитра. В соответствии со ст. 180 (3) ЗМЧП решение суда по отзыву арбитра является окончательным и не может быть обжаловано <144>.

<144> ФСШ указал, что пересмотр решения суда возможен в рамках процедуры по отмене арбитражного решения, инициированной на основании ненадлежащего формирования состава арбитров (ст. 190 (2) (а) ЗМЧП). Практика суда не была последовательна в отношении данного вопроса (см., например, решение ФСШ N BGE 128 III 330).

Швейцарские суды обладают исключительной компетенцией по принятию обеспечительных мер до момента формирования состава арбитров. Если стороны договорились о применении арбитражного регламента, содержащего положения о назначении чрезвычайного арбитра, который принимает решения об обеспечительных мерах до момента формирования состава арбитров (см., например, ст. 43 ШР; ст. 29 и Прил. V Регламента ICC), то тогда государственные суды и чрезвычайный арбитр, как правило,

обладают параллельной компетенцией по принятию обеспечительных мер, что дает стороне право выбора: к кому обратиться за обеспечительной мерой - в компетентный суд или к чрезвычайному арбитру.

После того как состав арбитров сформирован, сторона может обратиться с запросом об обеспечительных мерах либо к арбитрам, либо в суд по месту проведения арбитража. В данном случае арбитры и суды также обладают параллельной компетенцией по принятию обеспечительных мер по запросу одной из сторон.

Если стороны отказываются добровольно исполнять определение состава арбитров в отношении принятых обеспечительных мер, то в соответствии со ст. 183 (2) ЗМЧП состав арбитров может обратиться за содействием в суд для приведения таких мер в исполнение.

Аналогично в соответствии со ст. 184 (2) ЗМЧП состав арбитров может обратиться за содействием в суд в отношении получения доказательств, необходимых для процесса. Для того чтобы содействие суда стало возможным, необходимо выполнение трех условий: 1) в суд должен быть направлен запрос от состава арбитров или от сторон с согласия состава арбитров; 2) такой запрос должен быть допустим; 3) суд, в который был направлен запрос, должен обладать компетенцией по данному вопросу.

Оспаривание арбитражных решений. Заявления об **отмене арбитражных решений**, вынесенных на территории Швейцарии, рассматриваются в ФСШ в соответствии с процедурой, предусмотренной в ст. 77 Закона о ФСШ от 17.06.2005 (ст. 191 ЗМЧП). Заявление об отмене арбитражного решения должно быть подано в течение 30 дней с момента уведомления сторон о нем (ст. 100 (1) Закона о ФСШ).

Если ФСШ отклоняет заявление об отмене арбитражного решения, то такое решение становится абсолютно окончательным. Если же суд отменяет арбитражное решение, то дело направляется обратно к тому же составу арбитров для вынесения нового решения, за исключением случаев, когда решение отменяется по основанию ненадлежащего формирования состава арбитров или когда состав арбитров ошибочно признал свою компетенцию по рассмотрению спора <145>. В соответствии с практикой ФСШ состав арбитров пересматривает только те вопросы, которые явились причиной отмены арбитражного решения <146>.

<145> Решения ФСШ N 4A_14/2012, 4A_54/2012.

<146> Решение ФСШ N 4A_54/2012.

Важной особенностью швейцарского законодательства является то, что стороны, которые не имеют постоянного места пребывания или ведения бизнеса на территории Швейцарии, могут договориться о том, чтобы полностью исключить возможность отмены арбитражного решения или ограничить круг оснований для отмены арбитражных решений, предусмотренных в ст. 190 (2) ЗМЧП (ст. 192 ЗМЧП). Такая договоренность должна быть четко выражена в письменном соглашении сторон.

В соответствии с практикой ФСШ процедура рассмотрения заявлений об отмене арбитражных решений длится четыре-пять месяцев <147>. По статистике, ФСШ удовлетворяет около 7% поданных заявлений <148>, что свидетельствует о высоком качестве арбитражных решений, вынесенных в Швейцарии, и наличии подхода, дружественного арбитражу.

<147> См.: Dasser F., **Wójtowicz P.** Challenges of Swiss Arbitral Awards - Updated and Extended Statistical Data as of 2015 // ASA Bulletin. 2016. Vol. 2. P. 299.

<148> Ibid. P. 284.

Исчерпывающий список **оснований для отмены арбитражных решений**, вынесенных в Швейцарии, содержится в ст. 190 (2) ЗМЧП и включает следующее:

- состав арбитров был сформирован ненадлежащим образом <149>;

<149> Данное основание также может быть применено, если будет доказано, что арбитр делегировал свои обязанности, в частности, по вынесению решения, третьему лицу, например административному секретарю. См.: решение ФСШ N 4A_709/2014.

- состав арбитров ошибочно признал или отклонил свою компетенцию;

- решение состава арбитров вышло за рамки заявленных требований (**ultra petita**) или состав арбитров не вынес решение по одному из заявленных требований (**infra petita**);

- были нарушены принцип равноправия сторон или право сторон быть выслушанными <150> (при этом о нарушениях необходимо заявлять в ходе арбитражного разбирательства) <151>;

<150> В своих решениях ФСШ неоднократно признавал, что случаи, когда арбитры отказываются от заслушивания показаний свидетелей или изучения доказательств, приходя к выводу, что такие доказательства не имеют значения для принятия решения по делу, не являются основанием для отмены арбитражного решения в соответствии с данным положением ст. 190 (2) ЗМЧП. См.: решения ФСШ N 4A_526/2011, 4A_528/2011, 4A_682/2011, 4A_335/2012, 4A_520/2015.

<151> См.: решения ФСШ N 4A_16/2012, 4A_407/2012.

- решение несопоставимо с публичным порядком Швейцарии <152>.

<152> Так как публичный порядок в Швейцарии толкуется крайне ограничительно, данное основание редко служит причиной отмены арбитражных решений, такие случаи единичны. Так, например, в своем решении N BGE 136 III 345 ФСШ отменил арбитражное решение состава арбитров, который при вынесении решения не учел действительное решение суда по тому же вопросу между теми же сторонами, признав, что принцип **res judicata** является частью публичного порядка Швейцарии.

При подаче заявления об отмене арбитражного решения важно основывать его на соответствующем основании, так как ФСШ не определяет самостоятельно применимое основание <153>.

<153> Решение ФСШ N 4A_538/2012.

ФСШ постановил, что противоречия или несоответствия в мотивировочной части решения сами по себе не являются основанием для отмены арбитражного решения, если только они не подпадают под круг оснований, предусмотренный в ст. 190 (2) ЗМЧП <154>.

<154> Решение ФСШ N 4A_730/2012.

В целом решения арбитров по существу спора не могут быть пересмотрены, если только они не нарушают публичный порядок Швейцарии. ФСШ, как правило, не пересматривает факты, установленные составом арбитров <155>.

<155> Решение ФСШ N 4A_305/2013.

Швейцарская доктрина различает окончательные, частичные и промежуточные арбитражные решения. В окончательных арбитражных решениях состав арбитров принимает решение по всем

заявленным требованиям; в частичных - по определенным требованиям, что полностью прекращает производство по ним; в промежуточных - по отдельным вопросам, решение которых влияет на ход арбитражного разбирательства (например, компетенция состава арбитров). В случае возникновения вопроса о том, как квалифицировать решение - в качестве частичного или промежуточного, во внимание берется содержание такого решения, а не его название <156>. Так, частичные и окончательные арбитражные решения могут быть отменены по всем основаниям, перечисленным в ст. 190 (2) ЗМЧП. Однако в соответствии со ст. 190 (3) ЗМЧП промежуточные решения могут быть отменены только по двум основаниям: в случае если состав арбитров был сформирован ненадлежащим образом и если состав арбитров ошибочно признал или отклонил свою компетенцию по рассмотрению спора.

<156> Решение ФСШ N 4A_6/2014.

В отличие от частичных или промежуточных решений определения состава арбитров по процедурным вопросам не могут быть отменены в порядке, предусмотренном гл. 12 ЗМЧП <157>.

<157> Решение ФСШ N 4A_633/2014.

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. Окончательные арбитражные решения, которые были вынесены **на территории Швейцарии** в соответствии с положениями гл. 12 ЗМЧП и о которых стороны были уведомлены надлежащим образом, подлежат автоматическому исполнению в соответствии с той же процедурой, что и судебные решения; в отношении требований, по которым были присуждены денежные суммы, - в соответствии с Законом "О взыскании задолженности и банкротстве" (ст. ст. 67 - 87) <158>, в отношении остальных требований - в соответствии с ГПК Швейцарии (ст. ст. 335 - 346). Сторона может подать заявление об исполнении только части удовлетворенных требований <159>.

<158> Решение по денежным требованиям может быть приведено в исполнение только путем выплаты сумм в швейцарских франках.

<159> См.: [Bühler M.](#), Cartier M. Recognition and Enforcement of Awards // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / Ed. by M. Arroyo. Wolters Kluwer, 2013. P. 1304.

Автоматическое приведение арбитражных решений в исполнение наравне с судебными решениями означает, что сторона не может противостоять приведению арбитражного решения в исполнение ни в связи с дефектами процедуры, ни в связи с существом спора. Если сторона не заявила возражения по таким основаниям в рамках самой арбитражной процедуры или в рамках процедуры отмены арбитражного решения, она утрачивает такое право в рамках процедуры по приведению решения в исполнение. Сторона, противостоящая приведению решения в исполнение, может только заявить, что решение является неисполнимым по сути и содержанию или что после вынесения решения возникли обстоятельства, которые делают приведение решения в исполнение невозможным <160>.

<160> Ibid. P. 1293 - 1294.

Факт того, что арбитражное решение может быть обжаловано в соответствии со ст. 190 (2) ЗМЧП, не влияет на процесс приведения решения в исполнение. Однако в случае инициирования процедуры отмены арбитражного решения ФСШ, если посчитает необходимым, может издать постановление о приостановлении процедуры приведения решения в исполнение. Если же ФСШ отменит арбитражное решение, то его приведение в исполнение на территории Швейцарии становится невозможным <161>.

<161> Ibid. P. 1301.

При получении окончательного арбитражного решения выигравшая сторона может обратиться в суд за получением сертификата об исполнимости решения в соответствии со ст. 193 (2) ЗМЧП. Получение сертификата не является обязательным, но может способствовать процессу приведения решения в исполнение.

Для приведения в исполнение денежных требований в соответствии с Законом "О взыскании задолженности и банкротстве" кредитор направляет запрос о взыскании долга в службу по взысканию долгов, как правило, по месту нахождения должника. Примечательно, что на данной стадии предоставление доказательств о наличии долга не требуется. Далее служба по взысканию долгов выносит платежное распоряжение и направляет его должнику. Должник может выдвинуть возражения против такого распоряжения, тогда кредитор обращается в компетентный суд по месту проведения процедуры взыскания задолженности с тем, чтобы суд отклонил возражения должника и издал постановление о продолжении приведения решения в исполнение путем судебной процедуры (ст. ст. 74 - 84 Закона "О взыскании задолженности и банкротстве").

Заявление должно быть подано в письменном виде вместе с обычной копией арбитражного решения, платежным распоряжением службы по взысканию долгов и документами, свидетельствующими о надлежащем уведомлении сторон о решении (например, сертификат об исполнимости решения ст. ст. 18 (1), 252 (1) ГПК Швейцарии). Законодатель не обязывает сторону предоставлять копию арбитражного соглашения.

Заявление должно быть подано на официальном языке кантона, где расположен суд (ст. 129 ГПК Швейцарии). ГПК Швейцарии не содержит требований относительно перевода сопровождающей документации, но, если у суда возникнут сложности с пониманием сути прилагаемой документации, он должен запросить перевод.

Рассмотрение заявления судом происходит в ускоренном состязательном производстве в соответствии со ст. ст. 248 - 256 ГПК Швейцарии. Ответчик может оспорить исполнимость решения или заявить, что исполнение решения стало невозможным, тогда истцу дается право ответить на возражения ответчика.

Решение суда может быть обжаловано в высший суд кантона, а затем в ФСШ в случаях, когда сумма иска превышает 30 000 швейцарских франков или жалоба касается вопроса права фундаментальной важности (ст. 74 Закона о ФСШ).

Что касается решения по неденежным требованиям, то заявление о приведении его в исполнение подается в суд либо по месту нахождения проигравшей стороны, либо по месту, где будет происходить исполнение, либо по месту проведения арбитража (ст. 339 ГПК Швейцарии). Заявление рассматривается судом в упрощенном производстве в соответствии с тем же порядком, что и заявление по денежным требованиям.

Примечательно, что если стороны отказались от своего права на отмену арбитражного решения в соответствии со ст. 192 (1) ЗМЧП, то к приведению в исполнение таких решений будут по аналогии применяться положения Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (ст. 192 (2) ЗМЧП). Закон предлагает такое решение, чтобы позволить стороне, отказавшейся от возможности отмены решения, противостоять исполнению решения по основаниям, которые могли бы быть ей заявлены в процессе отмены арбитражного решения. Однако такие решения продолжают оставаться "швейцарскими", к ним применяется та же процедура приведения в исполнение, за исключением того, что сторона может задействовать более широкий круг оснований для отказа в приведении решения в исполнение.

Теперь рассмотрим **исполнение иностранных арбитражных решений**. Швейцарское право признает арбитражное решение иностранным, если оно вынесено за пределами Швейцарии вне зависимости от постоянного места нахождения сторон, применимого права и арбитражного регламента.

Иностранные арбитражные решения приводятся в исполнение на территории Швейцарии в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., что непосредственно отражено в ст. 194 ЗМЧП. Соответственно, Конвенция применяется к приведению в исполнение иностранных решений на

территории Швейцарии вне зависимости от того, были ли они приняты на территории государства - участника Конвенции. Сторона может напрямую приступить к исполнению решения без процедуры признания решения (ст. 67 Закона "О взыскании задолженности и банкротстве") <162>.

<162> См.: Berger B., Kellerhals F. Op. cit. P. 714 - 716.

Процедура исполнения решения в отношении денежных и неденежных требований соответствует процедуре, применяемой к швейцарским решениям, за исключением того, что в рамках судебного разбирательства суд должен рассмотреть, соответствует ли решение требованиям, предъявляемым Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., а также любые возражения, которые сторона, противостоящая исполнению, заявляет в соответствии со ст. V Конвенции. Документы, подаваемые в суд, должны соответствовать требованиям ст. IV (1) Нью-Йоркской конвенции, т.е. должны быть предоставлены заверенное подлинное арбитражное решение, подлинное арбитражное соглашение и их заверенные копии.

Стоит отметить, что швейцарские суды придерживаются прагматического подхода, направленного на избегание чрезмерного формализма <163>. Так, например, заверение подлинного арбитражного решения не требуется, если другая сторона не оспаривает его подлинность, а если суд понимает язык, на котором подаются документы (как правило, английский), предоставление перевода не является обязательным <164>.

<163> Решение ФСШ N 5A_427/2011.

<164> Решение ФСШ N BGE 138 III 520.

Швейцарские суды, как правило, толкуют основания для отмены арбитражных решений ограничительно, благоприятствуя приведению их в исполнение. Это, в частности, касается такого основания для отмены, как противоречие публичному порядку <165>.

<165> См.: Berger B., Kellerhals F. Op. cit. P. 736 - 739; решение ФСШ N 5A_409/2014.

ФСШ еще не ответил на вопрос, может ли решение, отмененное по месту арбитража, быть приведено в исполнение на территории Швейцарии. Однако вероятно, что в приведении такого решения в исполнение будет отказано <166>.

<166> Berger B., Kellerhals F. Op. cit. P. 732 - 733.

Что касается приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных против иностранных государств, в Швейцарии отсутствует законодательство, регулирующее данный вопрос. В Швейцарии действует доктрина ограниченного иммунитета государств, означающая, что государство имеет иммунитет в отношении требований, которые возникают из его действий в качестве суверена (**jure imperii**), но не в отношении действий, имеющих коммерческую природу (**jure gestionis**).

В заключение необходимо отметить, что сторона может обратиться в суд с заявлением об аресте активов другой стороны, находящихся в Швейцарии, на основании иностранного арбитражного решения (ст. 271 (1) (6) Закона "О взыскании задолженности и банкротстве").

22.6. Арбитраж в Австрии

Настоящий параграф представляет собой описание основных принципов австрийского арбитражного законодательства. Заинтересованный читатель может ознакомиться с выпущенной в 2017 г. на русском

языке книгой автора "Комментарий к австрийскому арбитражному законодательству" <167>, которая содержит краткий комментарий разд. 4 ГПК Австрии и анализ актуальной судебной практики.

<167> Хегер С. Комментарий к австрийскому арбитражному законодательству. М., 2017.

Правовые основы арбитража в Австрии

Австрийское арбитражное законодательство содержится в разд. 4 ГПК Австрии, а именно в § 577 - 618.

Сегодняшняя редакция австрийского арбитражного законодательства основывается на проведенной в 2006 г. масштабной реформе. Важнейшим результатом реформы стало включение Австрии в список стран, арбитражное законодательство которых следует принципам Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Последние изменения в арбитражное законодательство были внесены в 2013 г. Их суть заключается в установлении компетенции Верховного суда в качестве суда первой инстанции в судебных процедурах относительно заявлений об отмене арбитражного решения и заявлений об установлении факта существования арбитражного решения либо отсутствия такого, а также относительно разбирательств по вопросам подразд. 3 разд. 4 ГПК Австрии (назначение, отвод, прекращение полномочий арбитра и назначение другого арбитра).

На международном уровне Австрия участвует в основных соглашениях, касающихся международного арбитража. К ним относятся: Женевская конвенция 1927 г., Европейская конвенция 1961 г., Нью-Йоркская конвенция 1958 г., а также Вашингтонская конвенция.

Арбитражные регламенты, применяемые в Австрии

На основании и в рамках сферы применения разд. 4 ГПК Австрии можно проводить арбитражные разбирательства по согласованным сторонами правилам. Согласно господствующему принципу автономии воли стороны ограничены только императивными нормами закона. Большая часть норм, регулирующих арбитражное разбирательство, являются диспозитивными.

Ведущим арбитражным центром в Австрии является Венский международный арбитражный центр (Vienna International Arbitral Centre - VIAC). Его арбитражный регламент, называемый также "Венские правила", в актуальной редакции от 1 января 2018 г. можно найти на его сайте в Интернете <168>.

<168> <http://www.viac.eu/en/arbitration/arbitration-rules-vienna> (дата посещения - 15.04.2018).

Нередко в Австрии также проводятся разбирательства по Регламенту ICC <169> и арбитраж **ad hoc** с использованием, например, Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ <170>.

<169> <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration> (дата посещения - 15.04.2018).

<170> www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (дата посещения - 15.04.2018).

Сфера применения австрийского арбитражного законодательства

Раздел 4 ГПК Австрии применяется не только к международному, но и к внутреннему, т.е. немеждународному, арбитражу во всех случаях, когда место нахождения арбитражного суда находится на территории Австрии. Действие разд. 4 ГПК Австрии распространяется на любые споры, которые могут быть предметом арбитражного соглашения.

Ряд параграфов применяется и тогда, когда место нахождения арбитражного суда не в Австрии или оно еще не определено, например параграфы о предварительных и обеспечительных мерах или признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Компетенция арбитражного суда - арбитражное соглашение

Согласно § 581 ГПК Австрии арбитражное соглашение - это соглашение сторон о передаче в арбитражный суд на разрешение всех или отдельных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в отношении конкретного правоотношения договорного или недоговорного характера.

Предметом арбитражного соглашения выступают имущественные и неимущественные требования, которые могут быть рассмотрены в государственных судах. Неарбитрабельными являются споры семейно-правового характера; все споры по договорам, регулируемым хотя бы частично австрийскими Законами "Об аренде" <171> или "О социальном жилье" <172>; все споры относительно квартирной собственности, а также споры, связанные с правами трудового коллектива.

<171> Закон "Об аренде" // Федеральный вестник законов. 1981. N 520. В актуальной редакции Mietrechtgesetz BGBl 1981/520.

<172> Закон "О социальном жилье" // Федеральный вестник законов. 1979. N 139. В актуальной редакции **Wohnungsgemeinnützigkeitgesetz** BGBl 1979/139.

Арбитражное соглашение может быть заключено в виде отдельного соглашения или в виде оговорки в договоре или документе.

Арбитражное соглашение должно содержаться или в документе, подписанном сторонами, или в письмах, телефаксах, электронных сообщениях, или в других сообщениях, которыми стороны обменялись и которые свидетельствуют о наличии соглашения. Если договор, соответствующий таким требованиям, ссылается на документ, содержащий арбитражное соглашение, то это делает такое арбитражное соглашение составной частью договора; если ссылка на документ осуществляется в такой форме, то положения, на которые ссылаются, в соответствии с общими принципами гражданского права становятся частью договора. Следовательно, документ, на который ссылаются, необязательно должен быть прикреплен к основному договору.

ГПК Австрии закрепляет принцип "компетенции-компетенции", который предусматривает, что арбитражный суд может сам вынести решение о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Однако подобное решение может быть предметом заявления о его отмене в государственном суде.

Назначение и отвод арбитров

Нормы ГПК Австрии по назначению и отводу арбитров являются диспозитивными. На практике такие вопросы регулируются регламентом арбитражного суда, о применении которого стороны договорились.

По нормам австрийского ГПК назначаются три арбитра. Если стороны договорились о четном числе арбитров, то последние должны назначить дополнительное лицо в качестве председателя. Если стороны не могут договориться о назначении арбитров, существует возможность обратиться в государственный суд за помощью.

Арбитры должны быть беспристрастными и независимыми, а также обладать квалификацией, обусловленной соглашением сторон. Если возникают обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра либо арбитр не обладает необходимой квалификацией, сторона может заявить ему отвод, решение о котором принимает сам арбитражный суд. В случае отклонения заявления допускается обращение в государственный суд.

В других случаях возможно досрочное прекращение полномочий арбитра: если стороны об этом

договариваются, если арбитр берет самоотвод или в случае применения согласованной сторонами процедуры досрочного прекращения полномочий арбитра. Если ни один из этих вариантов не действует, сторона может обратиться в суд с заявлением о прекращении полномочий арбитра, который не в состоянии выполнять свои функции или не исполняет их в разумный срок.

В случае досрочного прекращения полномочий новый арбитр назначается в соответствии с теми же правилами, что и заменяемый.

Продолжение разбирательства арбитражным судом с участием нового арбитра может производиться по усмотрению арбитражного суда без повторения уже рассмотренного.

Арбитражное разбирательство

Нормы ГПК Австрии, регулирующие арбитражное разбирательство, являются диспозитивными, но при их использовании следует руководствоваться императивным принципом **fair trial**, т.е. учитывать право каждой стороны на справедливое обращение и право быть заслушанной. Право стороны быть заслушанной подразумевает, что сторона должна иметь возможности для изложения своей позиции, но не трактуется как обязательство проведения устного слушания. Однако по заявлению одной из сторон арбитражный суд обязан провести устное слушание в соответствующей части разбирательства, если стороны не исключили такую возможность.

Нарушения права каждой стороны на справедливое обращение и права быть заслушанной являются основаниями для отмены арбитражного решения, так как считаются нарушениями публичного порядка.

Прекращение арбитражного разбирательства

Арбитражное разбирательство прекращается вынесением арбитражного решения по делу, достижением мирового соглашения или (в законодательно предусмотренных случаях) вынесением арбитражным судом постановления о прекращении арбитражного разбирательства. Во всех случаях арбитражный суд должен вынести решение об обязанности возмещения расходов, если стороны не договорились об ином.

Арбитражное решение выносится в письменной форме. В арбитражном разбирательстве с участием более чем одного арбитра любое решение арбитражного суда должно быть вынесено большинством голосов всех его членов. Требуемое большинство голосов вычисляется от общего числа арбитров, даже если решение выносится без арбитра, который без уважительной причины не принимает участия в голосовании.

Арбитражное решение должно быть подписано всеми арбитрами. Если из-за какого-то препятствия не все арбитры ставят подписи, наличие подписей большинства арбитров является достаточным, но должны быть указаны причины отсутствия остальных подписей.

В арбитражном решении обязательно должны быть указаны мотивы, если стороны не договорились об ином, дата его вынесения и место нахождения арбитражного суда. Арбитражное решение считается вынесенным в этот день и в этом месте.

Предусматривается возможность дополнительной работы над арбитражным решением после его вынесения: исправление ошибок, разъяснение какой-либо конкретной части решения по соглашению сторон и дополнение в отношении заявленных, но не отраженных в арбитражном решении требований. Решение по этим вопросам становится составной частью арбитражного решения, перед его вынесением другая сторона должна быть заслушана.

Деятельность государственных судов в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию. Австрийский государственный суд обязан исполнить предварительные или обеспечительные меры, принятые арбитражным судом, по заявлению стороны. Компетентным судом является районный суд, на территории подсудности которого сторона, против которой направлены предварительные или обеспечительные меры, имеет свое место нахождения, место

жительства или место обычного пребывания внутри страны в момент первой подачи заявления, или районный суд, на территории которого осуществляются меры.

Предварительные или обеспечительные меры могут иметь неизвестный австрийскому праву характер, поэтому по заявлению стороны и после заслушивания другой стороны допускается изменение их формулировки или модификация. В случаях, предусмотренных в § 593 ГПК Австрии, суд должен отказать в исполнении предварительных или обеспечительных мер.

Арбитражный суд, арбитр, уполномоченный арбитражным судом, или одна из сторон с согласия арбитражного суда может просить суд о проведении судебных действий, для проведения которых арбитражный суд не имеет полномочий. Такими действиями могут быть, например, приглашение в суд и/или приведение к присяге свидетелей, если они не являются в суд или отказываются давать показания, или обращение в административный орган. Компетентным является районный суд, на территории которого действие должно быть совершено.

В редких случаях, когда факт существования арбитражного решения является спорным, например, если трудно отличить арбитражное решение от заключения эксперта, назначенного сторонами, существует возможность потребовать установления факта существования или отсутствия арбитражного решения, если у заявителя есть в этом правовой интерес.

Предусмотрен ряд случаев, когда по заявлению стороны государственный суд должен принять необходимое для продолжения арбитражного разбирательства решение по вопросам формирования арбитражного суда (например, назначение и отвод арбитра).

Оспаривание арбитражных решений. Оспаривание арбитражного решения, в том числе того, в котором арбитражный суд принял решение о своей компетенции, может быть осуществлено только путем подачи заявления о его отмене в суд. Компетентным относительно заявлений об отмене арбитражного решения является австрийский Верховный суд. Разбирательство по таким заявлениям ведется в соответствии с положениями ГПК Австрии, регулирующими разбирательство перед судами первой инстанции.

Исчерпывающий перечень оснований для отмены арбитражного решения предусмотрен в § 611 ГПК Австрии. К ним относится ряд оснований чисто формального характера: отсутствие действительного арбитражного соглашения, вынесение арбитражного решения относительно не подпадающего под действие арбитражного соглашения спора, неарбитрабельность предмета спора.

В соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ и международной практикой Австрия оставляет за собой право отменять решения в случае нарушения публичного порядка. Объектом защиты в данном случае являются основные ценности австрийского правопорядка - **ordre public**, а не субъективные правовые позиции сторон. Исходя из судебной практики отмена арбитражных решений на основании положений о нарушении **ordre public** происходит редко.

Под нарушениями процессуально-правового **ordre public** подразумеваются грубейшие нарушения процессуального характера, например вынесение арбитражным судом решения без проведения сбора, исследования и оценки доказательств. Австрийский Верховный суд в решении от 28 сентября 2016 г. заявил, что к основным ценностям австрийского правопорядка относится также обоснование решения спора между сторонами <173>, хотя долгое время существовало мнение, что отсутствие такого обоснования не может быть причиной для отмены решения на основании нарушения процессуально-правового **ordre public**.

<173> Решение Верховного суда Австрии от 28.09.2016 N 18OCg2/16t = Oberster Gerichtshof 28.09.2016 N 18OCg2/16t. Решение можно найти по номеру в базе данных по ссылке: <https://www.ris.bka.gv.at/Jus/> (дата посещения - 15.04.2018).

Под нарушением основных ценностей австрийского правопорядка в материально-правовом смысле подразумеваются нарушения основополагающих принципов действующего в Австрии европейского права, австрийской конституции, уголовного, гражданского и публичного права. Проверка соответствия **ordre public** не должна привести к фактической или юридической перепроверке арбитражного решения.

Государственный суд не должен разбираться, как было бы правильно разрешить спор (**revision au fonds**), он должен ограничиться проверкой того, не нарушает ли арбитражное решение основных ценностей австрийского правопорядка.

Исполнение арбитражных решений. Арбитражные решения, вынесенные в Австрии, не нуждаются в выдаче исполнительного листа. Они имеют для сторон силу судебного решения, вступившего в законную силу, и исполняются непосредственно.

Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений регламентируются положениями § 403 и последующих Закона Австрии "Об исполнительном производстве" <174>. Эта процедура является единой для всех иностранных официальных документов. Однако над положениями указанного Закона преобладают много- и двусторонние соглашения, в которых участвует Австрия. Особое значение имеет Нью-Йоркская конвенция 1958 г., которую Австрия применяет к любому иностранному арбитражному решению независимо от того, вынесено ли это решение в государстве, присоединившемся к данной Конвенции, или нет.

<174> Закон "Об исполнительном производстве" // Императорский вестник законов. 1896. N 79. Exekutionsordnung RGBI 1896/79 в редакции после 02.01.2017.

22.7. Арбитраж в Китае

В начале XXI в. Большой Китай, иначе также именуемый "мегарегион Большого Китая", в который, помимо материкового Китая, включают также Гонконг, Макао и Тайвань, как Англия середины XIX в., обрел неформальный титул "мастерской мира", в которой наряду с собственными производствами товаров массового спроса оказались размещены высокотехнологичные сборочные производства почти всех крупных мировых корпораций, ориентированные на экспорт произведенных товаров в различные страны мира.

Резкий рост производства и трансграничного обмена товарами и услугами, реализация лицензионных соглашений с вовлечением в этот процесс новых участников привели к росту количества заключаемых контрактов и возникающих в связи с их исполнением споров, которые в основном передаются сторонами на рассмотрение в международный коммерческий арбитраж.

Как отмечается, Китай сегодня представляет собой государство с двумя строями, тремя правовыми семьями и четырьмя правовыми системами <175>. Материковый Китай претворил в жизнь особый китайский социалистический строй, а в Гонконге (Сянганский особый административный район КНР), Макао (Аомэньский особый административный район КНР) и Тайване построен современный капитализм.

<175> Хуан Цзинь. Исследование о межрегиональных правовых вопросах в Китае. Пекин, 2001. С. 4 (на кит. яз.).

В силу исторически сложившихся социально-экономических и политических причин правовые системы китайских регионов формировались под влиянием различных правовых традиций, в частности: Гонконга - под влиянием английской системы общего права, Макао - под влиянием правовой системы Португалии, воспринявшей романо-германскую правовую модель. Самобытной и в определенной степени самостоятельной является правовая система самого материкового Китая. Все эти обстоятельства среди прочего предопределили и соответствующие отличия в законодательном регулировании международного арбитража <176>.

<176> По соответствующей проблематике на русском языке была подготовлена и успешно защищена диссертация: Куан Цзэньцзюнь. Международный коммерческий арбитраж в Китае (материковый Китай, Гонконг, Макао и Тайвань): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

22.7.1. Арбитраж в материковом Китае

Правовое регулирование арбитража в материковом Китае.
Участие Китайской Народной Республики в международных
соглашениях

Традиция арбитража в Китае существует с древних времен. Однако его появление в близком к современному виде связывается с принятием в 1912 г. правительством Пэйян Положения о коммерческом арбитраже, которое считается первым правовым нормативным актом, регулирующим коммерческий арбитраж в Китае <177>.

<177> Хуан Цзинь, Сун Ляньбинь, Сю Цяньчуань. Арбитраж. Пекин, 2002. С. 16 (на кит. яз.).

В настоящее время в КНР действует Закон "Об арбитраже" от 31 августа 1994 г., который вступил в силу 1 сентября 1995 г. <178> и явился первым с момента создания КНР законом, который специально посвящен регулированию арбитража, в том числе международного.

<178> Текст на англ. яз. см.: <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=2415&l=en> (дата посещения - 16.04.2018).

В ходе подготовки указанного Закона разработчики стремились наиболее полно учесть требования о создании в КНР социальной системы с рыночной экономикой, воспринять опыт успешных иностранных арбитражных систем и международные стандарты регулирования, в частности положения Типового закона ЮНСИТРАЛ <179>.

<179> Чжао Сювэй. Международный коммерческий арбитраж. Пекин, 2004. С. 19 (на кит. яз.).

Закон "Об арбитраже" 1995 г. заменил ранее существовавшие и зачастую противоречащие друг другу акты, закрепил базовые требования к действительности арбитражных соглашений, проведению разбирательства и другим вопросам, имеющим отношение к арбитражному разбирательству внутренних и международных споров <180>. Раздел VII "Особые положения внешнего арбитража" Закона (ст. ст. 65 - 73) применяется только в отношении международного коммерческого арбитража.

<180> Wang Sheng Chang. Resolving Disputes Through Arbitration in Mainland China. Beijing, 2003. P. 28.

С принятием Закона был закреплен принцип автономии воли сторон в возможности выбора арбитража в качестве способа разрешения спора, принцип самостоятельности и неподчиненности арбитражного института какому-либо государственному или административному органу, принцип автономности арбитражного соглашения, принцип ограниченности полномочий судов в контроле за арбитражным разбирательством и выполнения ими определенных функций по содействию арбитражному разбирательству <181>.

<181> Чжао Сювэй. Указ. соч.

Закон КНР "Об арбитраже" базируется на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, а имеющиеся различия носят непринципиальный характер.

В частности, действительность и исполнимость арбитражного соглашения связывается с четким указанием на определенный постоянно действующий арбитражный центр и не может предусматривать арбитраж **ad hoc**, если местом арбитража является материковый Китай.

Вместе с тем в начале 2017 г. Верховный народный суд КНР (далее - ВНС КНР) опубликовал разъяснение о предоставлении правовой защиты в зоне свободной торговли, позволяющее двум субъектам, зарегистрированным в таких зонах, разрешать свои споры посредством специального (разового) арбитража при условии, что спор должен быть разрешен в определенном месте в соответствии с конкретными правилами арбитража и конкретными специалистами <182>.

<182> Liyu Denning Jin. China // Commercial Arbitration 2017: <http://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1000181/china> (дата посещения - 16.04.2018).

Поскольку закон КНР "Об арбитраже" 1995 г. не дает ответов на ряд возникающих на практике и требующих разрешения вопросов, в том числе с учетом развития и детализации регламентации разбирательства на уровне арбитражных центров, большое значение имеют разъяснения ВНС КНР. Наиболее значимое из них (Правовое разъяснение N [2006]7) было обнародовано в 2006 г. и посвящено вопросам действительности, формы и толкования арбитражного решения, процедуры отмены арбитражного решения, получения доказательств от арбитражных институтов (при признании и приведении в исполнение арбитражных решений).

Возможность обращения к международному коммерческому арбитражу как способу разрешения международных коммерческих споров предусмотрена также в гражданском законодательстве КНР. В частности, ст. 128 Закона КНР "О договорах" 1999 г. <183> установлено, что стороны по международным контрактам могут обратиться в китайский арбитражный орган или иной арбитражный орган в соответствии с арбитражным соглашением. Статья 14 Закона КНР "О совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом" содержит положение о том, что споры, возникающие между участниками совместного предприятия, могут быть разрешены китайскими арбитражными органами либо иным арбитражным органом по соглашению сторон <184>.

<183> Данный Закон заменил собой Законы КНР "О внешнеэкономическом договоре", "О хозяйственном договоре" и "О техническом договоре".

<184> Гражданское законодательство КНР / Пер. с кит. М., 1997. С. 186 (Современное зарубежное и международное частное право).

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. была ратифицирована КНР в 1986 г. с использованием обеих возможных оговорок: оговорки о взаимности и коммерческой оговорки.

Также заключены соглашения о взаимном признании и исполнении арбитражных решений "внутри" Большого Китая, а именно - между материковым Китаем и Гонконгом, а также между материковым Китаем и Макао. Имеется также разъяснение ВНС КНР о признании судами арбитражных решений, вынесенных в Тайване.

Соглашения о взаимном признании арбитражных решений предусматривают, что суды могут отказать в исполнении решения только по основаниям, идентичным тем, которые перечислены в ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Что касается основания, связанного с "нарушением публичного порядка", то подходы ВНС КНР допускают отказ в исполнении решений, если таковые нарушают основные правовые принципы, такие как политика "одного Китая", или наносят ущерб общественным интересам.

Вашингтонская конвенция была подписана КНР в 1990 г., а с 1993 г. была введена в действие на территории материкового Китая.

Во многие двусторонние международные договоры КНР включены положения о международном арбитраже. К настоящему времени КНР заключила более 100 торговых соглашений, в том числе со странами - членами ЕС, в которых содержатся положения об арбитраже, а также более 100 соглашений о защите инвестиций, в которых предусмотрена передача инвестиционных споров в арбитраж.

Основные институциональные арбитражные центры материкового Китая

Традиционными арбитражными учреждениями в материковом Китае являются Китайская международная торгово-экономическая арбитражная комиссия (CIETAC) <185> и Китайская морская арбитражная комиссия (China Maritime Arbitration Commission - CMAAC). Наиболее известным региональным арбитражным учреждением является Пекинская арбитражная комиссия (ПАК), созданная в 1995 г. и разрешающая как внутренние, так и международные споры. В Китае действуют более 200 региональных арбитражных комиссий, которые по соглашению сторон могут рассматривать любые споры. CIETAC также имеет свои подкомиссии в ряде ведущих городов Китая. Несмотря на появление в материковом Китае альтернативных арбитражных центров, CIETAC остается наиболее популярным арбитражным органом по разрешению международных споров коммерческого характера между китайскими и иностранными сторонами.

<185> См. официальный сайт CIETAC: <http://www.cietac.org> (дата посещения - 16.04.2018).

Регламент CIETAC был впервые утвержден в 1956 г., после чего он неоднократно пересматривался. В настоящий момент действует Регламент CIETAC 2015 г. <186>. Имеется отдельный Арбитражный регламент по финансовым спорам 2015 г. <187>.

<186> См.: <http://www.cietac.org/Uploads/201703/58c0fe0c7337a.pdf> (дата посещения - 16.04.2018). На сайте в том числе доступен Регламент на рус. яз.

<187> <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=108&l=en> (дата посещения - 16.04.2018).

В 2012 г. на базе филиалов CIETAC были образованы: Шанхайский международный арбитражный центр (SHIAC), Шэньчжэньский суд международного арбитража (SCIA), легитимность создания которых CIETAC не признает <188>.

<188> Бажанов П. Новый арбитражный регламент CIETAC: https://zakon.ru/blog/2014/12/16/novyj_arbitrazhnyj_reglament_cietac (дата посещения - 16.04.2018).

В 2014 г. SHIAC были выпущены Правила арбитражного разбирательства в зоне свободной торговли в Шанхае (Правила FTZ Rules), которые по многим аспектам явились новаторскими <189>.

<189> Liyu Denning Jin. Op. cit.

Вопросы арбитражной компетенции в материковом Китае. Арбитражное соглашение

В Законе КНР "Об арбитраже" (ст. ст. 2, 3) установлено, что в арбитраже могут быть рассмотрены споры в отношении контрактов; споры относительно имущественных прав и интересов, возникшие между равноправными субъектами: гражданами, юридическими лицами и иными организациями. Одновременно указано, что споры по вопросам брака, усыновления, опеки не могут быть предметом арбитражного разбирательства. Не могут быть рассмотрены в арбитраже и споры административного характера, которые относятся к исключительной компетенции государственных административных органов, так же как и споры по вопросам интеллектуальной собственности, антимонопольного законодательства и банкротства, которые разбираются должностными лицами и компетентными государственными судами Китая.

В Законе КНР "Об арбитраже" (ст. ст. 16 - 20) содержится весьма подробная регламентация

вопросов, связанных с арбитражным соглашением.

Установлено два вида арбитражного соглашения: первый - арбитражная оговорка, содержащаяся в контракте; второй - отдельное соглашение об арбитраже, заключенное до или после возникновения спора. При оспаривании и приведении в исполнение арбитражных решений государственные суды КНР исходят из обязательности письменной формы арбитражного соглашения. Хотя Закон КНР "Об арбитраже" не содержит подобного требования, ст. 10 Закона КНР "О договорах" 1999 г. предусматривает обязательность письменной формы арбитражного соглашения, которая трактуется достаточно широко.

В Разъяснении ВНС КНР о вопросах применения Закона КНР "Об арбитраже", в частности, указывается, что арбитражное соглашение может быть заключено в форме договора, переписки, электронно-цифрового текста (например, в форме телеграммы, телекса, факса, обмена электронными данными и электронными письмами и т.д.).

К содержанию арбитражного соглашения Закон КНР "Об арбитраже" в ст. 16 предъявляет три требования:

- 1) выраженное намерение сторон обратиться в арбитраж;
- 2) арбитрабельность спора;
- 3) выбранный арбитражный орган.

Третье положение является особенностью китайского Закона, поскольку отсылка к арбитражному учреждению в качестве необходимого условия арбитражного соглашения в праве, регулирующем арбитражное разбирательство различных стран и регионов мира, встречается довольно редко.

Вопросы, связанные с юридической силой арбитражного соглашения в китайском праве, регламентируются ст. 17 Закона КНР "Об арбитраже", устанавливающей случаи недействительности арбитражного соглашения:

- 1) оговоренная соглашением сфера выходит за пределы области арбитража, установленной законом, т.е. является по китайскому праву неарбитрабельной;
- 2) арбитражное соглашение заключено недееспособным либо ограничено дееспособным лицом, т.е. имеется неустранимый порок субъекта такого арбитражного соглашения;
- 3) одна из сторон принудила другую сторону заключить арбитражное соглашение, т.е. был нарушен принцип добровольности арбитража;
- 4) необходимое содержание арбитражного соглашения неполное либо неточное, из-за чего стороны не могут достичь полного согласия.

Однако Закон КНР "Об арбитраже" только при наличии двух недостатков арбитражного соглашения позволяет их восполнить: среди них первый недостаток - отсутствие согласованного круга вопросов, передаваемых на рассмотрение в арбитраж, либо ситуация, когда этот круг превышает допустимый круг вопросов, установленных Законом; второй - отсутствие согласованного арбитражного органа либо неточность такого согласования. Закон КНР устанавливает, что при наличии разногласия сторон в отношении силы арбитражного соглашения возможно обращение с заявлением в соответствующий арбитражный орган для решения этого вопроса, а также обращение с заявлением в народный суд.

В силу ст. 271 ГПК КНР стороны не вправе предъявлять иски в народные суды по спорам, возникающим в сфере экономики и торговли, перевозки, морских дел, а также по спорам, осложненным иностранным элементом, если стороны включили в договор арбитражную оговорку или в дальнейшем заключили письменное арбитражное соглашение, в соответствии с которым спор передается на рассмотрение международного арбитража КНР или другого арбитража.

В случае возникновения спора о действительности арбитражного соглашения сторона обязана заявить возражения до начала слушания дела в арбитраже. Такие споры рассматриваются народными

судами коллегиально. Если народный суд средней ступени приходит к мнению, что арбитражное соглашение является недействительным, до вынесения определения о признании арбитражного соглашения недействительным он обязан обратиться в народный суд высшей ступени (народный суд провинции, автономного района или города центрального подчинения) для проведения проверки. В свою очередь, в случае согласия с позицией нижестоящего суда народный суд высшей ступени обязан обратиться в ВНС КНР (п. 1 Уведомления ВНС КНР "О некоторых вопросах производства в народных судах, связанных с арбитражем с участием иностранных лиц и иностранным арбитражем").

После получения согласия от ВНС КНР на вынесение определения о признании арбитражного соглашения недействительным народный суд средней ступени выносит данное определение. Определение о признании арбитражного соглашения недействительным не может быть обжаловано.

Арбитры, арбитражный трибунал

Законом КНР "Об арбитраже" установлены квалификационные требования к арбитрам. Так, арбитры, являющиеся гражданами КНР, должны иметь не менее чем 8-летний опыт работы на ряде позиций, связанных с правом или экономикой (ст. 13); иностранные специалисты для возможности арбитражить должны обладать специальными знаниями в области права, экономики или иных областях (ст. 67).

Арбитражный трибунал в CIETAC состоит из одного или трех арбитров, избираемых или назначаемых в соответствии с Арбитражным регламентом.

Как правило, арбитражные учреждения в материковом Китае разрешают сторонам выбирать арбитров только из своих списков, однако в соответствии с правилами учреждений имеются исключения. Например, ст. 26 (2) Арбитражного регламента CIETAC 2015 г. позволяет сторонам назначать арбитров вне списка, но с подтверждением такого назначения председателем CIETAC. Председатель CIETAC также рассматривает вопрос об отводе арбитров.

CIETAC утверждены Кодекс поведения арбитров 1993 г. <190>, а также Правила оценки поведения арбитров 2009 г. <191>.

<190> <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=113&l=en> (дата посещения - 16.04.2018).

<191> <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=112&l=en> (дата посещения - 16.04.2018).

В Арбитражном регламенте CIETAC предусматривается, что арбитр должен подписать декларацию и направить письменные сведения о любых фактах или обстоятельствах, которые могут привести к обоснованным сомнениям в отношении его беспристрастности или независимости. Аналогичные правила существуют в правилах других арбитражных учреждений.

Китайские суды не выполняют никаких функций по назначению и отводу арбитров.

Арбитражное разбирательство

Большинство споров международного коммерческого арбитража на территории материкового Китая разрешаются в соответствии с Арбитражным регламентом CIETAC.

Арбитражное разбирательство сочетает в себе состязательный и инквизиционный компоненты, как правило, с преобладанием последнего. В силу п. 3 ст. 35 Регламента CIETAC, если иное не согласовано сторонами, арбитражный трибунал может использовать инквизиционный или состязательный подход в рассмотрении дела с учетом его конкретных обстоятельств.

Как правило, арбитры весьма активно задают вопросы и нередко пользуются полномочием истребовать дополнительные доказательства. Свидетели участвуют в международном арбитраже нечасто. Арбитры в основном опираются на документальные доказательства. При этом сроки представления документов весьма сжатые при отсутствии традиции значительного числа раундов и

представления избыточных материалов, что, как правило, позволяет не допускать затягивания арбитража.

В 2015 г. CIETAC были утверждены Руководящие принципы относительно доказательств, которые в значительной степени ориентируются на подобный документ IBA <192>.

<192> <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=107&l=en> (дата посещения - 16.04.2018).

В силу ст. 40 Закона КНР "Об арбитраже" арбитраж является конфиденциальным, если стороны не предусмотрели иное. Правила, касающиеся конфиденциальности, содержатся в правилах арбитражных учреждений, например ст. 38 Регламента CIETAC предусматривает, что стороны и их представители, арбитры, свидетели, переводчики, эксперты, оценщики и иные лица не должны раскрывать любому постороннему лицу любые вопросы, касающиеся арбитражного дела.

Среди новелл Арбитражного регламента CIETAC, внесенных в него в 2012 г. и 2015 г. и отличающих действующую редакцию от редакции 2005 г., следует отметить нижеследующие.

В соответствии со ст. 2 Регламента 2015 г. в Пекине, а также по месту нахождения филиалов и арбитражных центров CIETAC были образованы арбитражные суды, на которые были возложены функции по приему заявлений, организации заседаний, изготовлению арбитражных решений и другие обязанности, связанные с проведением разбирательства.

При отсутствии договоренности о языке арбитража таковым (как до 2012 г.) автоматически не признается китайский язык. Любой язык может быть определен арбитражной комиссией с учетом обстоятельств дела (ст. 81 Регламента CIETAC).

Применение упрощенного порядка арбитражного разбирательства с единоличным арбитром применяется при сумме спора до 5 000 000 юаней КНР (до 2012 г. - не более 500 000 юаней КНР), а также при любой сумме спора при согласии сторон.

Расширено число допустимых способов вручения документов и случаев, когда документы считаются врученными: если они доставлены лично и вручены стороне или ее представителю или отправлены по месту ведения деятельности, регистрации, нахождения (проживания), обычному месту проживания или адресу для корреспонденции, а в случае невозможности обнаружить вышеуказанные адреса другой стороны документы могут быть отправлены заказным письмом или экспресс-почтой по последнему известному месту ведения лицом его деятельности, регистрации, нахождения (проживания) или адресу для корреспонденции, а также доставлены другими способами, обеспечивающими подтверждение попытки вручения, включая (но не ограничиваясь) вручением через нотариуса (ст. 8 Регламента CIETAC).

Истец вправе обратиться с исковым заявлением о проведении одного арбитражного разбирательства по спорам, связанным с несколькими договорами при одновременном соблюдении следующих условий: 1) имеет место зависимость между договорами (отношения основного и акцессорного договоров) или участие в договорах тех же лиц и одинаковый характер правоотношений; 2) спор вытекает из одной сделки или одной серии сделок; 3) имеется одинаковое или схожее содержание арбитражного соглашения в нескольких договорах (ст. 14 Регламента CIETAC).

Регламент CIETAC 2015 г. предусматривает возможность объединения нескольких арбитражных разбирательств в одно по ходатайству одной из сторон с учетом мнения всех сторон, но без необходимости получить их согласие. В соответствии со ст. 19 Регламента арбитражная комиссия вправе принять решение об объединении разбирательств, если они основаны: 1) на одном арбитражном соглашении; 2) нескольких арбитражных соглашениях, содержание которых одинаково или сходно, одинаковы стороны разбирательств и характер правоотношений, связанных со спорами; 3) нескольких арбитражных соглашениях, содержание которых одинаково или сходно, а между соответствующими договорами существует зависимость.

Процедура чрезвычайного арбитража введена в Регламент CIETAC 2015 г. в виде отдельного приложения (Прил. N 3). В соответствии с ним до формирования арбитражного трибунала сторона вправе в соответствии с применимым правом или соглашением сторон обратиться с ходатайством о назначении

чрезвычайного арбитра.

Если процедура чрезвычайного арбитража применима, председатель арбитражного суда обязан назначить чрезвычайного арбитра в течение одного дня со дня получения ходатайства о таком назначении и оплаты заявителем авансового сбора за чрезвычайный арбитраж (размер авансового сбора - 30 000 юаней).

Чрезвычайный арбитраж обязан вынести в соответствии с Регламентом CIETAC решение о применении обеспечительных мер в течение 15 дней со дня назначения.

Вынесение окончательного арбитражного решения по делу регламентировано ст. 49 Регламента CIETAC, в которой арбитрам вменяется независимо и беспристрастно вынести справедливое и разумное арбитражное решение на основе фактов по делу и условий договора в соответствии с законом и со ссылкой на международную практику.

В силу п. 9 ст. 49 Регламента CIETAC арбитражное решение является окончательным и обязательным для обеих сторон. Ни одна из сторон не может обжаловать арбитражное решение в суде или в любой другой организации для его пересмотра.

Оспаривание и исполнение арбитражных решений в материковом Китае

ГПК КНР 2014 г. применяет различные стандарты для отмены арбитражных решений по внутренним и международным делам. Арбитражные решения по внутренним делам согласно ст. 237 (4) и (5) ГПК КНР могут быть отменены не только по процедурным основаниям, но и в связи с важными обстоятельствами, касающимися существа дела, к примеру, если доказательства, положенные в основу решения, сфабрикованы; другая сторона дела скрывает важные доказательства, которые достаточно существенны, чтобы повлиять на беспристрастное постановление арбитров.

В материковом Китае вопросы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений регулируют Нью-Йоркская конвенция 1958 г., применяемая с учетом Разъяснения ВНС КНР "Об осуществлении присоединения КНР к Нью-Йоркской конвенции", и ГПК КНР.

В ст. 269 ГПК КНР установлено, что признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, в случае необходимости его признания и исполнения народным судом КНР, испрашивается путем подачи непосредственно самой стороной заявления в народный суд среднего звена по месту жительства (нахождения) должника или по месту нахождения его имущества; народный суд решает вопрос об этом в соответствии с международными договорами, заключенными КНР, или теми, в которых она участвует, либо на основе принципа взаимности.

Существует три основных варианта признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в материковом Китае: 1) в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., в которой участвует КНР; 2) в соответствии с подписанными КНР двусторонними соглашениями; 3) в соответствии с принципом взаимности.

В 1995 г. ВНС КНР опубликовал Разъяснение "О разрешении народными судами вопросов, связанных с зарубежным и иностранным арбитражем" (Правовое разъяснение ВНС N [1995]18), в ст. 2 которого установлено, что сторона подает в народный суд среднего звена заявление о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражным органом. Если народный суд среднего звена считает, что такое признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения не соответствуют заключенным КНР международным договорам или принципу взаимности, то этот суд обязан согласовать свое решение об отказе с народным судом высшего звена. Если народный суд высшего звена согласится с нижестоящим судом в законности и обоснованности отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, уже этому суду необходимо обращаться в ВНС КНР, и только после получения его ответа может быть принято решение об отказе в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Подобный порядок поэтапного согласования такого рода судебных актов был закреплен ГПК КНР 2014 г. Он подтвердил передачу права на вынесение "отказных решений" ВНС КНР, который (а также суды

высшего звена КНР) был наделен возможностью проверять то, как региональные суды выполняют соответствующие процедуры.

В соответствии с положениями ст. IV Нью-Йоркской конвенции 1958 г. стороне, испрашивающей в материковом Китае признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, необходимо подавать в народный суд заявление с приложением оригинала арбитражного решения или его нотариально заверенной копии, оригинала арбитражного соглашения или нотариально заверенной копии данного соглашения. Если арбитражное решение или арбитражное соглашение составлено не на китайском языке, то истец должен предоставить перевод на китайский язык, удостоверенный переводчиком, дипломатическим или консульским работником.

Порядок приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, вынесенных в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., аналогичен порядку исполнения внутренних коммерческих арбитражных решений, вынесенных в материковом Китае.

Нормы ст. 219 ГПК КНР применяются в том числе и к признанию и приведению в исполнение на территории материкового Китая решений, вынесенных в странах - участницах Нью-Йоркской конвенции 1958 г. В соответствии с данными нормами срок заявления о признании и приведении в исполнение на территории материкового Китая арбитражных решений, равно как и срок заявления о признании и приведении в исполнение на территории материкового Китая решений, вынесенных в материковом Китае, составляет один год для физических лиц, 6 месяцев для юридических лиц и других субъектов. В 1998 г. ВНС КНР опубликовал Постановление "О вопросах, касающихся взимания сбора и срока рассмотрения в отношении признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений" (Правовое разъяснение N [1998]28). Компетентной судебной инстанцией, рассматривающей запрос о признании и исполнении решения по Нью-Йоркской конвенции, является народный суд КНР среднего звена по месту жительства или месту нахождения имущества ответчика - физического лица, либо по месту органа управления ответчика - юридического лица; если ответчик не имеет помещения или органа управления в материковом Китае, но его имущество находится в материковом Китае, то запрашивающая сторона может обратиться в народный суд среднего звена по месту нахождения имущества ответчика.

22.7.2. Арбитраж в Гонконге

Законодательство об арбитраже. Участие в международных соглашениях

Гонконг обладает статусом специального административного района и на основании соглашения с материковым Китаем 1990 г. обладает значительным суверенитетом. Согласно этому соглашению и принципу "одна страна, две системы" Гонконг сохраняет контроль над своим законодательством и судами. В этой связи законодательство Гонконга об арбитраже отличается от законодательства материкового Китая, различаются также и правовые системы: в Китае действует система континентального права, в то время как в Гонконге - система общего права.

Гонконг является одним из наиболее популярных мест для проведения арбитража <193>.

<193> Согласно проведенному в 2015 г. исследованию Гонконг является наиболее предпочитаемым местом арбитража за пределами Европы и третьим по предпочтениям среди всех арбитражных институтов мира. См.: International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration / Queen Mary University of London, White & Case, 2015: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (дата посещения - 16.04.2018).

Основой для арбитражного разбирательства в Гонконге является закон Гонконга "Об арбитраже" <194>.

<194> Arbitration Ordinance, Cap. 609: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609> (дата посещения - 16.04.2018).

До 2011 г. законодательство Гонконга по-разному регулировало внутреннее и международное третейское разбирательство. В 2011 г., после принятия текущей редакции Закона Гонконга "Об арбитраже", различия в подходах были устранены и ко всем арбитражным разбирательствам с местом разрешения спора в Гонконге единообразно применяется указанный Закон.

Закон "Об арбитраже" Гонконга основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Структура Закона в большей части соответствует структуре Типового закона ЮНСИТРАЛ.

В Законе также имеются следующие особенности:

- прямо предусмотрена обязанность сторон сохранять конфиденциальность арбитражного процесса;
- предусмотрено право состава арбитров и государственного суда принимать различные обеспечительные меры, в том числе направленные на сохранение активов и обеспечение доказательств;
- предусмотрено принудительное исполнение решений чрезвычайного арбитра, которые приравнены к аналогичным решениям судов;
- предоставлено право сторонам включить в арбитражное соглашение дополнительные условия, предоставляющие полномочия государственным судам по содействию арбитражу (например, право суда объединять процессы, определять вопросы права, отменить арбитражное решение по дополнительным основаниям и пр.).

Гонконг не является самостоятельной договаривающейся стороной Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Тем не менее данная Конвенция применяется в Гонконге, поскольку после включения Гонконга в состав КНР в 1997 г. и определения его статуса в качестве специального административного региона Китай распространил на Гонконг действие Нью-Йоркской конвенции по территориальному признаку. Таким образом, в Гонконге могут быть приведены в исполнение решения, принятые на территории стран - участниц Конвенции.

Формально Гонконг и Китай не являются "разными странами". Соответственно, приведение в исполнение вынесенных на этих территориях решений на основании Нью-Йоркской конвенции невозможно. В этой связи между Гонконгом и материковым Китаем заключено Соглашение о взаимном исполнении решений третейских судов <195>. Аналогичное соглашение в 2013 г. было заключено между Гонконгом и Макао.

<195> <https://www.doj.gov.hk/eng/topical/pdf/mainlandmutual2e.pdf> (дата посещения - 16.04.2018).

К инвестиционному арбитражу применяется Конвенция ICSID (так называемая Вашингтонская конвенция), поскольку Китай, как одна из сторон данной Конвенции, распространил ее действие и на Гонконг. Кроме того, в 2015 г. между Китаем и ППТС было заключено соглашение, предоставляющее ППТС возможность администрировать споры на территории Гонконга <196>.

<196> <http://www.info.gov.hk/gia/general/201501/04/P201501040801.htm> (дата посещения - 16.04.2018).

Правовые основы организации ведущего арбитражного центра

Ведущим арбитражным центром в Гонконге является Международный арбитражный центр Гонконга (HKIAC).

HKIAC был создан в 1985 г. по инициативе бизнеса и профессионального сообщества с целью развития арбитража в Азии.

Центр специализируется на третейском разбирательстве, медиации и спорах о доменных именах. Для проведения слушаний НКІАС предоставляет помещения высокого уровня, которые были оценены как номер один в мире по месту нахождения, IT-сервису и отзывчивости персонала <197>.

<197> <http://hkiac.org/about-us> (дата посещения - 16.04.2018).

Арбитражный центр управляется советом, который состоит из ведущих представителей бизнеса и профессионалов со всего мира. Кроме того, НКІАС имеет Международный консультационный совет, который дает рекомендации по принципиальным вопросам деятельности.

Общее управление осуществляется исполнительным комитетом (часть совета), состоящим из трех подкомитетов: комитета по процедуре, комитета по назначениям и комитета по финансам и администрированию. Данные комитеты решают вопросы ведения бизнеса и осуществления функций, предусмотренных Законом Гонконга "Об арбитраже" и соответствующим внутренним регламентом.

Текущее администрирование арбитражных дел осуществляется секретариатом, возглавляемым генеральным секретарем.

В настоящее время основным документом, предусматривающим порядок администрирования дел и ведения арбитража, является Арбитражный регламент НКІАС 2013 г. Арбитражный регламент переведен в том числе и на русский язык <198>. Регламент предусматривает, помимо прочего, такие важные процедуры, как назначение чрезвычайного арбитра, объединение нескольких дел, объединение требований из разных договоров, упрощенные и ускоренные процедуры.

<198>
http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules%28ru%29.pdf (дата посещения - 16.04.2018).

Согласно Регламенту НКІАС стороны по своему усмотрению могут выбрать систему оплаты арбитрам - фиксированную или почасовую.

Стороны также вправе договориться, что к их спору подлежат применению другие правила или другой регламент, а не исключительно Регламент НКІАС.

Ежегодно НКІАС публикует отчетную информацию о своей деятельности.

Так, например, в 2015 г.:

- из всех новых арбитражных разбирательств 94,8% были международными;
- не были связаны с Гонконгом 43,3% арбитражных дел; 6,1% вообще не были связаны с Азией;
- участие в разбирательствах приняли стороны из 41 юрисдикции, включая Россию. В топ-15 национальностей (по количеству дел) вошли:

- 1) Гонконг;
- 2) материковый Китай;
- 3) Британские Виргинские Острова;
- 4) Макао/Сингапур;

<...>

6) Австралия;

7) Англия/США;

<...>

9) Каймановы Острова;

10) Южная Корея/Маршалловы Острова;

<...>

12) Монголия/Германия/Самоа;

<...>

15) Тайвань/Панама;

- чаще всего в качестве места арбитража выбирался Гонконг, затем Макао и Англия и Уэльс;

- в качестве применимого права стороны чаще всего выбирали право Гонконга, следующее по популярности - английское право и только после него - китайское право;

- в списки арбитров центра включены специалисты разных национальностей, в том числе более 20 русскоговорящих арбитров;

- чаще всего по делам назначались арбитры из Англии, Гонконга, Австралии, США, Сингапура, Канады, материкового Китая, Малайзии, Швеции и Новой Зеландии <199>.

<199> См.: <http://www.hkiac.org/about-us/statistics> (дата посещения - 16.04.2018).

Особенности компетенции арбитража

Не могут быть переданы для рассмотрения в арбитраж в том числе следующие категории дел:

- семейные споры, включая вопросы, связанные с разводом и попечительством над детьми;

- уголовно-правовые вопросы;

- вещные иски в отношении судов;

- вопросы, отнесенные к юрисдикции государства, включая налоговые и иммиграционные вопросы.

Раздел 70 Закона Гонконга "Об арбитраже" предусматривает, что состав арбитров не вправе принимать решение об исполнении обязательства в натуре по договорам, связанным с землей.

Отметим, что в гонконгский Закон были внесены изменения, вступившие в силу с 1 октября 2017 г., расширившие круг арбитрабельных споров. Данные изменения уточняют, что споры в отношении интеллектуальной собственности могут разрешаться в третейском разбирательстве и что приведение в исполнение арбитражных решений по интеллектуальной собственности не противоречит публичному порядку Гонконга.

Согласно разд. 34 Закона Гонконга "Об арбитраже" состав арбитров вправе самостоятельно решать вопрос о наличии у него компетенции.

Решение состава арбитров о наличии у него юрисдикции может быть оспорено в суде в течение 30 дней после того, как стороне стало известно о соответствующем решении. Решение суда по жалобе является окончательным. Решение состава арбитров об отсутствии юрисдикции оспариванию не

подлежит (разд. 26 Закона "Об арбитраже").

Арбитражное соглашение

Арбитражное соглашение - это соглашение сторон о передаче в арбитраж споров, которые возникли или возникнут между ними. Арбитражное соглашение должно быть составлено в письменном виде или должны иметься иные письменные доказательства его составления (разд. 19 гонконгского Закона "Об арбитраже"). Таким образом, наличие арбитражного соглашения считается подтвержденным, даже если само соглашение заключено устно либо путем совершения определенных действий, но при этом имеются письменные доказательства заключения соглашения (например, переписка сторон).

В разд. 19 Закона прямо предусмотрено, что к письменной форме арбитражного соглашения относятся:

- коммуникация между сторонами в электронной форме;
- соглашение, достигнутое путем обмена иском и отзывом на иск, в которых существование арбитражной оговорки предполагается одной стороной и не оспаривается другой стороной;
- ссылка в договоре на любой документ, содержащий арбитражную оговорку, при условии что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку частью договора.

Условие арбитражного соглашения о распространении его на все иски, вытекающие из контракта или в связи с ним, толкуется достаточно широко. В том числе такое соглашение включает в себя и иски, вытекающие из причинения вреда, связанные с взаимоотношениями сторон.

В случае если сторона предъявляет иск в государственный суд и имеется действительное арбитражное соглашение, другая сторона может ходатайствовать о передаче дела в арбитраж. Суд в таком случае удовлетворяет ходатайство и приостанавливает разбирательство в суде, за исключением ситуации, когда арбитражное соглашение является ничтожным, незаключенным или не может быть исполнено (разд. 20 Закона "Об арбитраже").

Если контракт, содержащий арбитражное соглашение, признан недействительным, это не влечет автоматическую недействительность арбитражного соглашения. Так, в одном из дел истец обратился с иском в государственный суд и оспаривал заключение основного договора, частью которого являлась арбитражная оговорка. Суд пришел к выводу, что арбитражная оговорка является действительной и обязательной для сторон, несмотря на заявления истца, что основной контракт не был заключен надлежащим образом. Производство по делу в государственном суде было приостановлено в связи с наличием действительной арбитражной оговорки <200>.

<200> Решение по делу **Chee Cheung Hing & Co. Ltd. v. Zhong Rong International (Group) Ltd.** (HCA 1454/2015). Цит. по: <http://hsfnotes.com/arbitration/2016/04/27/hong-kong-court-upholds-validity-of-arbitration-agreement-in-dispute-concerning-formation-of-underlying-contract/> (дата посещения - 16.04.2018).

Арбитры, арбитражный трибунал

Стороны вправе самостоятельно определять количество арбитров или уполномочивать третье лицо определять количество арбитров (например, администрирующий арбитраж институт) (разд. 23 Закона "Об арбитраже").

Стороны также вправе договориться о процедуре назначения арбитра (арбитров), в том числе о критериях выбора арбитра (арбитров). В соответствии с разд. 24 Закона Гонконга "Об арбитраже" "никто не может быть лишен возможности быть арбитром по причине национальности", если стороны не договорились об ином.

Если стороны не смогли договориться о количестве арбитров, число арбитров будет один или три по

решению НКІАС. Если стороны выбрали Прил. 2 к гонконгскому Закону "Об арбитраже", то арбитр будет один (разд. 23.3 Закона).

В случае если стороны не договорились о процедуре назначения арбитров, то будет применяться следующая процедура:

- в арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, а два арбитра назначают третьего арбитра (разд. 24.1 Закона);

- в арбитраже с одним арбитром, если стороны не смогли договориться о кандидатуре, арбитр по просьбе сторон(-ы) назначается судом или арбитражным центром (разд. 24.1 Закона);

- в арбитраже с четным количеством арбитров каждая сторона назначает одинаковое количество арбитров (разд. 24.1 Закона);

- в арбитраже с нечетным количеством арбитров, превышающим три человека:

- каждая сторона назначает равное число арбитров;

- арбитражный центр назначает оставшегося арбитра (арбитров) (разд. 24.3 Закона);

- когда сторона не назначила арбитра, необходимое назначение производит арбитражный центр (разд. 24.1 - 24.4 Закона).

Согласно разд. 46 Закона "Об арбитраже" состав арбитров должен:

- быть независимым;

- действовать справедливо и беспристрастно в отношении сторон, предоставляя им разумную возможность озвучить свои позиции и привести аргументы в возражение позиции другой стороны;

- использовать процедуры, приемлемые для конкретного дела, избегая ненужной задержки или неоправданных расходов, с целью предоставить справедливые возможности для разрешения соответствующего спора.

Данные три характеристики являются обязательными и не могут быть изменены сторонами.

Арбитражное разбирательство

Начало арбитража. Если стороны не договорились об ином, арбитражное разбирательство считается начатым в момент, когда ответчик получил требование о направлении спора в арбитраж (разд. 49 Закона "Об арбитраже"). Содержание такого требования определяется в соответствии с применимым регламентом.

Срок исковой давности для предъявления иска в арбитраж такой же, что и срок предъявления иска в государственный суд, и определяется в соответствии с гонконгским Законом "О сроках" (Limitation Ordinance) <201>. По законодательству Гонконга срок исковой давности составляет 6 лет, однако для некоторых категорий споров имеются различия. Срок предъявления иска может быть изменен по соглашению сторон.

<201> <http://www.hklii.hk/eng/hk/legis/ord/347/> (дата посещения - 16.04.2018).

Конфиденциальность. Согласно разд. 18 Закона "Об арбитраже", если стороны не договорились об ином, ни одна сторона не вправе публиковать, раскрывать или передавать информацию, относящуюся к арбитражному разбирательству или арбитражному решению, принятому в рамках процесса.

Однако разд. 18.2 Закона предусматривает, что сторона вправе публиковать, раскрывать или

передавать вышеуказанную информацию в следующих случаях:

- с целью защиты и реализации своих прав или обжалования или приведения в исполнение арбитражного решения;

- по требованию государственных органов, суда или состава арбитров, в случае если обязанность раскрыть информацию предусмотрена законом;

- для передачи профессиональному или иному консультанту.

Правила поведения в процессе. В Гонконге различные организации приняли свои правила поведения в процессе:

- НКІАС издал Кодекс этического поведения арбитров <202>;

<202> <http://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators/code-of-ethical-conduct> (дата посещения - 16.04.2018).

- Гонконгский институт арбитров издал свой кодекс (практически совпадающий с Кодексом НКІАС) <203>;

<203> <http://www.hkiarb.org.hk/en/ethicalconduct.php> (дата посещения - 16.04.2018).

- Обществом солиситоров приняты Рекомендации профессионального поведения <204>;

<204> Law Society's Guide to Professional Conduct: http://www.hklawsoc.org.hk/pub_e/professionalguide/volume1/default.asp (дата посещения - 16.04.2018).

- Объединение барристеров приняло свой Кодекс поведения <205>.

<205> Hong Kong Bar Association's Code of Conduct: <http://www.hkba.org/content/code-conduct> (дата посещения - 16.04.2018).

Возможность финансирования арбитража третьим лицом (third party financing). Во многих юрисдикциях является дискуссионным вопрос о возможности финансирования арбитража третьим лицом (не стороной процесса) и о последующей возможности взыскания расходов на такое финансирование с проигравшей стороны.

В 2017 г. в Гонконге вступил в силу новый закон <206>, разрешающий осуществление финансирования арбитража третьим лицом.

<206> The Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Bill 2016: <http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/b201612301.pdf> (дата посещения - 16.04.2018).

Термин "финансирование третьим лицом" сформулирован в законе достаточно широко и включает оплату процесса как профессиональными финансистами, так и любым иным лицом, имеющим заинтересованность в процессе. Финансируемая сторона обязана раскрыть другой стороне, составу арбитров и/или государственному суду, слушающему дело, наличие соглашения о финансировании и личность финансирующего процесс лица.

Данный закон усиливает позиции Гонконга в качестве проарбитражной юрисдикции, поскольку дает сторонам спора больше возможностей по выбору способов финансирования процесса.

Арбитражное решение

Арбитражное решение должно быть составлено в письменной форме и подписано арбитром или арбитрами (разд. 67 Закона Гонконга "Об арбитраже"). В разбирательстве, осуществляемом составом арбитров, состоящим из более чем одного арбитра, подписей большинства арбитров под арбитражным решением достаточно при условии, что приведены причины, по которым отсутствуют подписи других арбитров.

Решение должно быть мотивированным, если только стороны не договорились о том, что обоснование решения можно не приводить, и если решение не является решением на согласованных условиях.

В решении должна быть указана его дата и место арбитража. Решение считается принятым в месте арбитража.

По общему правилу, если иное не согласовано сторонами, состав арбитров не ограничен временными рамками для принятия решения <207>. Время на принятие решения, ограниченное сторонами либо по закону, в некоторых случаях может быть продлено по решению суда на основании ходатайства любой стороны (разд. 72 Закона "Об арбитраже").

<207> Исключения могут быть предусмотрены для некоторых случаев. Например, при ускоренных процедурах решение должно быть принято в течение 6 месяцев после передачи дела арбитрам (ст. 41 Регламента НКІАС).

Состав арбитров вправе удовлетворить любое требование, которое может быть удовлетворено государственными судами Гонконга, за исключением требования, возлагающего обязанности на третьих лиц, не являющихся сторонами арбитражного разбирательства.

Состав арбитров вправе присудить простые или сложные проценты на взыскиваемую сумму по такой ставке, которую он считает приемлемой. Проценты рассчитываются до даты принятия решения.

Состав арбитров вправе распределять по своему усмотрению расходы на ведение арбитражного процесса и порядок их распределения. Обычно проигравшая сторона оплачивает расходы выигравшей стороны.

Арбитражное решение с местом разрешения в Гонконге может быть приведено в исполнение в том же порядке, что и решение государственного суда, после того как государственный суд дает распоряжение на исполнение решения. Ходатайство о предоставлении такого распоряжения подается в письменном виде без извещения стороны, против которой принято решение.

Деятельность судов по содействию и контролю в сфере арбитража

Судебная система Гонконга является независимой от судебной системы материкового Китая. Верховный суд, рассматривающий связанные с арбитражем дела, состоит из судей разных национальностей, включая англичан, канадцев, новозеландцев, австралийцев.

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. В соответствии с общим проарбитражным подходом государственные суды Гонконга не могут вмешиваться в арбитражное разбирательство, за некоторым исключением, когда необходимо содействовать арбитражному процессу.

Полномочия суда по содействию арбитражу включают в себя следующие права:

- приостановить судебное разбирательство по вопросу, в отношении которого имеется арбитражное соглашение (разд. 20 Закона Гонконга "Об арбитраже");
- рассмотреть вопрос об отводе арбитра (разд. 26 Закона);
- принять обеспечительные меры, в том числе запреты определенных действий (разд. 45 Закона);
- содействовать в получении доказательств (разд. 55 Закона);
- обязать лицо явиться в арбитражное разбирательство к составу арбитров, для того чтобы дать показания, представить документы или иные доказательства (разд. 55.2 Закона);
- продлить время для инициирования арбитражного разбирательства (разд. 58 Закона);
- прекратить производство в связи с неразумным затягиванием стороной обоснования и поддержки исковых требований и запретить стороне инициировать последующий арбитражный процесс (разд. 59 Закона);
- издать приказ:
 - обязывающий состав арбитров, сторону процесса или эксперта провести осмотр, фотографирование, сохранение, арест или продажу соответствующего имущества;
 - обязывающий взять образцы, выполнить наблюдения или произвести эксперименты в отношении соответствующего имущества (разд. 60 Закона);
- отменить арбитражное решение (разд. 81 Закона);
- привести в исполнение арбитражное решение, включая иностранное, в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. (разд. 82, 84, 87, 92 и 98А Закона);
- при наличии определенных условий отказать в приведении в исполнение внутреннего или иностранного арбитражного решения (разд. 86, 89, 95 и 98D Закона).

Оспаривание арбитражных решений. Арбитражное решение может быть отменено по основаниям, предусмотренным Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

Кроме того, согласно Прил. 2 к Закону Гонконга "Об арбитраже" стороны вправе прямо предусмотреть в арбитражном соглашении следующие дополнительные основания для отмены решения:

- существенные процессуальные нарушения (**irregularity**);
- вопросы права (**questions of law**).

Заявление об отмене арбитражного решения может быть подано не позднее трех месяцев после его получения.

Рассматривая заявление об отмене арбитражного решения по таким основаниям, как отсутствие надлежащего извещения, непредоставление возможности стороне представить свои пояснения, несоответствие арбитражной процедуры или процедуры формирования состава арбитров соглашению сторон, суд прежде всего руководствуется принципом целостности и независимости арбитражного процесса (**structural integrity**). В этой связи обжалуемое поведение должно быть "серьезным и даже запредельным", для того чтобы суд признал отступление достаточно значительным и нарушающим принцип справедливого процесса и отменил арбитражное решение <208>.

<208> Данный принцип сформулирован в деле **Grand Pacific Holdings Ltd. v. Pacific China Holdings Ltd.** [2012] 4 HKLRD 1 (CA). В качестве примера, когда арбитражное решение было отменено, можно привести решение по делу **Sun Tian Gang v. Hong Kong & China Gas (Jilin) Ltd.** [2016] HKEC 2128. В

данном деле сторона была ненадлежащим образом извещена и не могла участвовать в процессе, поскольку находилась под арестом. Суд признал подобное неизвещение о процессе достаточно значительным нарушением. Цит. по: https://www.cliffordchance.com/briefings/2016/10/arbitral_award_setasideinrarehongkon.html (дата посещения - 16.04.2018).

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. Признание и исполнение арбитражных решений осуществляется по следующим схемам:

- арбитражные решения, принятые на территории Китая, исполняются на территории Гонконга на основании двустороннего соглашения;

- арбитражные решения, принятые на территории Гонконга (как решения арбитражей **ad hoc**, так и решения, принятые при администрировании арбитражных институтов), исполняются в Китае на основании двустороннего соглашения;

- арбитражные решения, принятые на территории стран - участниц Нью-Йоркской конвенции 1958 г., исполняются в Гонконге на основании данной Конвенции.

Особо отметим, что на территории материкового Китая не признаются решения трибуналов **ad hoc**, вынесенные на территории Китая. Однако к решениям арбитражей **ad hoc**, принятым на территории Гонконга, применяется иной подход. Согласно специальному Уведомлению ВНС КНР от 30 декабря 2009 г. суды материкового Китая должны признавать и исполнять решения арбитража **ad hoc**, вынесенные в Гонконге <209>.

<209> https://www.doj.gov.hk/eng/topical/pdf/notice_enforcement_HK_arbitral_awards_e.pdf (дата посещения - 16.04.2018).

Государственные суды Гонконга придерживаются проарбитражного подхода, поэтому отказ в исполнении арбитражных решений возможен лишь в исключительных случаях. Так, в одном из дел суд указал, что "исполнение арбитражных решений должно быть практически административной процедурой" и "суды должны быть механистическими, насколько это возможно" <210>.

<210> См.: **Re PetroChina International (Hong Kong) Corp. Ltd.** [2011] 4 HKLRD 604.

Определяя, приводить ли решение в исполнение или нет, суд не пересматривает дело по существу.

Даже в случае, если имеются существенные основания для отказа в приведении арбитражного решения в исполнение, суд вправе, несмотря на данные основания, привести решение в исполнение <211>.

<211> См.: **Hebei Import & Export Corp. v. Polytek Engineering Co. Ltd.** [1999] 2 HKCFAR 111, 136A-B.

22.8. Арбитраж в Сингапуре

Законодательство об арбитраже. Участие в международных соглашениях об арбитраже

Отличительной особенностью арбитражного законодательства Сингапура является различное регулирование внутреннего и международного арбитража. Внутренний арбитраж регулируется Актом об арбитраже 2001 г. (Arbitration Act, далее - AA) <212>, международный - Актом о международном арбитраже 1994 г. (International Arbitration Act, далее - IAA) <213>.

<212> <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001> (дата посещения - 17.04.2018).

<213> <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IAA/IAA%20Aug2016.pdf> (дата посещения - 17.04.2018).

Оба Акта основаны на Типовом законе ЮНСИТРАЛ и имеют много общего. В отличие от международного арбитража во внутреннем допускается **большая** возможность для вмешательства государственных судов в арбитражное разбирательство.

В соответствии с секцией 5 IAA арбитраж считается международным, если:

- торговое предприятие (**place of business**) хотя бы одной из сторон находится за пределами Сингапура;

- место арбитража/место исполнения обязательства находится за пределами страны, в которой расположено торговое предприятие стороны;

- стороны прямо предусмотрели, что предмет соглашения связан более чем с одним государством.

Сингапур участвует в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Решения Сингапурского международного арбитражного центра (SIAC) успешно исполняются в Австралии, Китае, Гонконге, Индии, Индонезии, Таиланде, Вьетнаме, Великобритании, США и в других юрисдикциях.

Правовые основы организации ведущего арбитражного центра

Ведущим арбитражным центром в данной юрисдикции является SIAC, который был создан в 1991 г. в Сингапуре и в настоящее время имеет также офисы в Индии, Южной Корее и Китае.

SIAC позиционирует себя как международный, а не региональный арбитражный центр: по статистике 2016 г., 80% рассматриваемых дел - международные, в 42% дел сингапурские компании в процессе не участвовали <214>.

<214>

http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_AR_2016_24pp_WEBversion_edited.pdf
(дата посещения - 17.04.2018).

Топ-10 стран, помимо Сингапура, компании из которых чаще всего пользуются услугами SIAC:

1. Индия.
2. Китай.
3. США.
4. Индонезия.
5. Южная Корея.
6. Австралия.
7. Малайзия.
8. Гонконг.
9. Великобритания.

10. Нидерланды.

Количество дел, ежегодно передаваемых сторонами на рассмотрение SIAC, стабильно увеличивается. Так, в 2016 г. арбитражный центр получил 343 новых дела (из них два дела с участием российских сторон), что на 27 и 55% больше, чем в 2015 и 2014 гг. соответственно.

Арбитражный центр рассматривает споры преимущественно по сингапурскому (49%), английскому (19%) и индийскому (9%) праву. Другое применимое право, встречающееся в спорах по Регламенту SIAC, - это право Австралии, США, Китая, Гонконга, других стран Азии и Океании и даже российское право.

Рекомендованный список арбитров SIAC <215> включает в себя многих признанных специалистов в сфере международного арбитража, в том числе 12 российских арбитров.

<215> <http://www.siac.org.sg/our-arbitrators/siac-panel> (дата посещения - 17.04.2018).

По статистике, SIAC чаще всего назначает арбитрами специалистов из Сингапура (34%), Великобритании (27,3%) и Австралии (10,6%). Ключевые факторы, которыми руководствуется арбитражный центр при назначении арбитров, - это их квалификация, а также нейтральность к сторонам спора с точки зрения национальности арбитра.

В SIAC достаточно высокая статистика по назначению женщин-арбитров. Так, SIAC назначает женщин чаще, чем стороны или соарбитры (22,8% против 3,4% соответственно).

В настоящее время основным документом, регулирующим порядок администрирования дел в SIAC, является Арбитражный регламент SIAC 2016 г. <216>. Регламент SIAC переведен в том числе и на русский язык <217>. С 1 января 2017 г. действует Регламент по разрешению инвестиционных споров <218>.

<216> <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016> (дата посещения - 17.04.2018).

<217>
[http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20\(Russian%20version\)_Complete.pdf](http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20(Russian%20version)_Complete.pdf) (дата посещения - 17.04.2018).

<218> <http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-ia-rules-2017> (дата посещения - 17.04.2018).

SIAC гордится своим Регламентом и механизмами по сокращению сроков и расходов в арбитраже. Так, в 2010 г. SIAC одним из первых среди арбитражных центров в Азии ввел институт чрезвычайного арбитра и ускоренную процедуру рассмотрения дел.

На текущий момент в SIAC было подано 341 заявление по ускоренной процедуре. Из них удовлетворено - 186. В связи с ростом популярности данной процедуры у пользователей арбитража в 2016 г. SIAC увеличил сумму спора, при которой возможно рассмотрение дела по правилам ускоренной процедуры, до 6 млн сингапурских дол.

С 2010 г. в SIAC было подано 57 заявлений о назначении чрезвычайного арбитра и принятии срочных обеспечительных мер. Из них полностью удовлетворено - 24, удовлетворено в части или по соглашению сторон - 9. Назначается чрезвычайный арбитр в течение одного дня после подачи соответствующего заявления, а выносит решение - в течение 14 дней.

В 2016 г. SIAC также ввел институт объединения дел по нескольким договорам (**consolidation**). С 1 августа 2016 г. было подано 20 заявлений на объединение дел, из которых удовлетворено 6.

Помимо администрирования дел, SIAC также выполняет функцию назначения арбитров в арбитражах **ad hoc**. Назначение осуществляет непосредственно президент SIAC. В настоящее время эту

должность занимает Гэри Борн. В 2016 г. SIAC получил 34 подобных заявки.

Особенности компетенции арбитража

Арбитражное законодательство Сингапура не устанавливает, что какие-либо конкретные категории споров не могут быть предметом арбитражного разбирательства. Согласно секции 11 IAA любой спор может быть передан на рассмотрение в арбитраж, за исключением случаев, когда это противоречит публичному порядку. При этом IAA не дает определение публичного порядка, но делает специальную оговорку о том, что отсылка в материальном праве Сингапура к компетентному суду не означает исключительную компетенцию государственного суда на разрешение того или иного вопроса и автоматически не лишает стороны права передать дело в арбитраж. Судебной практикой Сингапура выработан подход, согласно которому на рассмотрение арбитража не могут передаваться споры с элементами публичного интереса и затрагивающие права третьих лиц (гражданство, семейные споры, защита прав потребителей, уголовные дела, банкротство).

Секция 10 IAA закрепляет принцип, согласно которому состав арбитров вправе самостоятельно решать вопрос о наличии у него компетенции. При этом арбитры вправе принять такое решение на любой стадии арбитража.

Решение состава арбитров как о наличии, так и об отсутствии у него юрисдикции может быть обжаловано в суд (The High Court) в течение 30 дней после того, как стороне стало известно о соответствующем решении. Вынесенный по данному вопросу судебный акт также может стать предметом обжалования в апелляционный суд (The Court of Appeal).

Арбитражное соглашение

Требования к форме арбитражного соглашения закреплены в секции 2A IAA и секции 4 AA.

Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. При этом арбитражное законодательство Сингапура либерально относится к понятию письменной формы. Само арбитражное соглашение может быть заключено в том числе устно или путем совершения конклюдентных действий. Такое соглашение будет действительным и исполнимым, если его содержание зафиксировано в любой форме, позволяющей идентифицировать контент.

В обоих Актах об арбитраже прямо предусмотрено, что к письменной форме арбитражного соглашения относятся в том числе:

- коммуникация между сторонами в электронной форме;
- соглашение, достигнутое путем обмена иском и отзывом на иск, в которых существование арбитражной оговорки предполагается одной стороной и не оспаривается другой стороной;
- ссылка в договоре на любой документ, содержащий арбитражную оговорку, при условии что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку частью договора.

Специфической формой арбитражного соглашения, которая редко встречается в законодательстве других стран, является ссылка в коносаменте на договор о фрахтовании или на иной документ, содержащий арбитражную оговорку, при условии что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку частью коносамента.

В соответствии с секцией 6 IAA, если сторона предъявляет иск в государственный суд и имеется действительное арбитражное соглашение, другая сторона может ходатайствовать о передаче дела в арбитраж. Суд в таком случае удовлетворяет ходатайство и приостанавливает разбирательство в суде, за исключением ситуации, когда арбитражное соглашение является ничтожным, незаключенным или не может быть исполнено. При этом суд также вправе принять обеспечительные меры в отношении имущества, являющегося предметом спора.

Государственные суды Сингапура, как правило, придерживаются принципа эффективного толкования и интерпретируют обстоятельства в пользу соблюдения письменной формы и

действительности арбитражного соглашения.

Сингапурские суды также либерально относятся к так называемым патологическим арбитражным оговоркам и толкуют их в пользу арбитража. Например, в одном из известных дел суд посчитал действительной оговорку, предусматривающую арбитраж в SIAC по регламенту ICC <219>.

<219> **Insignia Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd.** [2009] SGCA 24: <http://www.singa-porelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/13850-insignia-technology-co-ltd-v-alstom-technology-ltd-2009-3-slr-936-2009-sgca-24> (дата посещения - 17.04.2018).

Арбитры, арбитражный трибунал

Стороны вправе самостоятельно определять количество арбитров, рассматривающих спор. Если стороны не согласовали количество арбитров, как правило, назначается единоличный арбитр (секция 9 IAA).

Секция 9А IAA предусматривает, что при трибунале в составе трех арбитров каждая сторона назначает одного соарбитра, а председателя стороны назначают совместно. Если сторонам не удалось договориться о кандидатуре председателя или единоличного арбитра в течение 30 дней, назначение производит арбитражный центр, например SIAC.

IAA наделяет арбитров широкими полномочиями, в том числе секция 12 прямо устанавливает право состава арбитров принимать решения по следующим вопросам:

- обеспечение арбитражных расходов другой стороны (**security for costs**);
- раскрытие доказательств (**discovery**);
- предоставление свидетельских показаний в форме аффидавита;
- обеспечение доказательств;
- обеспечительные меры в любой форме, позволяющей предотвратить вывод активов и гарантировать эффективное исполнение арбитражного решения.

Примечательно, что такие арбитражные решения в Сингапуре фактически приравниваются по силе к судебному приказу и подлежат принудительному исполнению (секция 12 (6) IAA).

С письменного согласия сторон арбитр вправе действовать в качестве медиатора и способствовать заключению мирового соглашения (секция 17 IAA).

Арбитражное разбирательство

Начало арбитража. Арбитражное разбирательство **ad hoc** считается начатым в тот момент, когда ответчик получил уведомление об арбитраже (секция 9 AA). Пункт 3.3 Регламента SIAC устанавливает в качестве даты начала арбитражного разбирательства дату получения уведомления секретарем SIAC. Требования к содержанию уведомления устанавливаются Регламентом SIAC.

Применимым правом могут устанавливаться дополнительные требования к инициированию арбитражного разбирательства, например соблюдение претензионного порядка.

Разбирательство по делу. Секция 22 AA устанавливает общий принцип, согласно которому состав арбитров рассматривает дело справедливо и независимо, предоставляя сторонам разумную возможность представить свое дело.

В целом арбитражное разбирательство в Сингапуре соответствует уровню ведущих мировых арбитражных центров. Отличительной особенностью является широкое применение при

администрировании дела таких механизмов, как Terms of Reference (акт о полномочиях арбитров, принимаемый составом арбитража после консультаций со сторонами в начале арбитражного разбирательства) и Redfern Schedule (таблица Редферна по раскрытию доказательств).

Арбитражное решение

Под арбитражным решением понимается решение, принятое составом арбитров по существу спора (секции 2 (1) IAA и AA).

Список требований к арбитражному решению (секция 38 AA):

- письменная форма;
- наличие подписи единоличного арбитра либо подписей большинства членов состава арбитров;
- наличие даты и указания на место арбитража;
- наличие мотивировки решения, если иное не установлено соглашением сторон.

Подписанная копия арбитражного решения должна быть направлена каждой из сторон спора.

Арбитражное решение может быть принято на согласованных сторонами условиях (секция 18 IAA и секция 37 AA), а также в отсутствие стороны (**default award**) (секция 29 AA).

Деятельность судов по содействию и контролю в сфере арбитража

Реализация судами функций по содействию и контролю в сфере арбитража в ходе арбитражного разбирательства. Суд наделен широкими полномочиями принимать обеспечительные меры в поддержку международного арбитража с местом арбитража на территории Сингапура в ситуациях, которые требуют срочных действий по сохранению доказательств или активов. Если ситуация не настолько срочная, суд вправе выдать приказ по заявлению стороны только с согласия состава арбитров или если такое право закреплено в соглашении сторон (секция 12A IAA).

Суд также может оказать содействие арбитражу в истребовании доказательств и вызове свидетелей, в том числе заключенных под стражу (секция 13 IAA).

Оспаривание арбитражных решений. Основания для оспаривания арбитражного решения в целом соответствуют ст. 34 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ. Секция 24 IAA отдельно предусматривает два основания для отмены арбитражного решения:

- наличие мошеннических или коррупционных мотивов при принятии решения;
- нарушение фундаментального принципа справедливости (**natural justice**).

Последнее основание реализуется судами в контексте нарушения принципа независимости и беспристрастности арбитров либо права стороны представить свое дело <220>.

<220> **Soh Beng Tee & Co. Pte Ltd. v. Fairmount Development Pte Ltd.** [2007] SGCA 28: <http://www.singaporelaw.sg/sglaw/laws-of-singapore/case-law/free-law/court-of-appeal-judgments/13181-soh-ben-g-tee-amp-co-pte-ltd-v-fairmount-development-pte-ltd-2007-3-slr-86-2007-sgca-28> (дата посещения - 17.04.2018).

Закон устанавливает пресекательный трехмесячный срок для оспаривания арбитражного решения (секция 48 (2) AA), который исчисляется с момента получения стороной копии решения. Компетентный суд вправе приостановить процесс и дать составу арбитров возможность исправить решение в целях исключения обстоятельств для его отмены.

Отличительной особенностью внутреннего арбитража является возможность обжалования арбитражного решения по вопросам права в компетентный суд (секция 49 АА). Стороны вправе в арбитражном соглашении исключить такую возможность. Указание на окончательный характер арбитражного решения рассматривается как исключение юрисдикции государственного суда. По результатам рассмотрения апелляционной жалобы компетентный суд вправе не только оставить решение арбитража в силе или отменить его полностью или в части, но и вернуть дело составу арбитров на пересмотр с учетом позиции государственного суда. При этом суд отменяет решение арбитража в исключительных случаях, если не усматривает возможности для применения иных опций.

Исполнение арбитражных решений, включая иностранные. В Сингапуре иностранные арбитражные решения исполняются на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Законодательство не устанавливает каких-либо дополнительных требований к документам, представляемым в целях принудительного исполнения. Сторона, заявляющая о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, предоставляет в компетентный суд Сингапура (The High Court) следующие документы (секция 30 IAA):

- оригинал или надлежащим образом заверенную копию арбитражного решения;
- оригинал или надлежащим образом заверенную копию арбитражного соглашения;
- надлежащим образом заверенный перевод арбитражного решения и/или соглашения на английский язык.

Основания для отказа в признании и исполнении арбитражного решения также соответствуют тексту ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (секция 31 IAA) с небольшими особенностями:

- есть возможность исполнения решения в части (если решение частично выходит за рамки арбитражного соглашения, оно может быть исполнено в той части, в которой оно не противоречит соглашению сторон);
- если признаваемое решение оспаривается в месте арбитража, компетентный суд вправе приостановить процедуру исполнения или обязать заявителя предоставить встречное обеспечение на случай отмены арбитражного решения.

Глава 23. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ: НАСТОЯЩЕЕ И БУДУЩЕЕ

23.1. Основные проблемы международного коммерческого арбитража на современном этапе

Правовая регламентация международного коммерческого арбитража с самого начала его существования складывалась главным образом на основе национального права, нормы которого в разных странах порой не совпадали. Это, в свою очередь, неблагоприятно влияло на готовность торговых партнеров из разных стран воспользоваться данным средством разрешения споров, поскольку создавало высокую степень правовой неопределенности и тем самым повышало риски осуществления внешнеэкономической деятельности.

Бурное развитие мировой торговли во второй половине XX в., значительное расширение круга ее участников, а также очевидные преимущества арбитража как средства разрешения международных коммерческих споров стимулировали разработку международной правовой инфраструктуры для расширения использования арбитража. Учитывая, что регулирование международного арбитража в основном осуществляется национальным законодательством и большое число проблем в арбитражной практике вытекало из различий, существующих в национальном праве, международное сообщество пошло по пути создания унифицированных подходов и выработки решений в рамках международных организаций. Такая работа ведется уже на протяжении многих лет на основе анализа текущей международной практики, что позволяет определить наиболее актуальные вопросы, решение которых необходимо для обеспечения дальнейшего успешного применения международного арбитража, а также выявить наиболее оптимальные способы устранения негативных явлений, препятствующих широкому

использованию арбитража для рассмотрения международных коммерческих споров.

Самым существенным в предшествовавшие полвека достижением в создании на глобальном уровне международно-правовой инфраструктуры для коммерческого арбитража было принятие Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Эта Конвенция, участниками которой сейчас являются 157 государств <1>, до сих пор признается наиболее успешным примером международной унификации в области права международной торговли. Конвенция существенным образом упростила процедуру приведения в исполнение иностранных арбитражных решений по сравнению с ранее действовавшим режимом. Было отменено требование о двойной экзекватуре и появилась возможность направлять арбитражные решения на принудительное исполнение без получения предварительного признания их исполнимости судом того государства, где они были вынесены. Другим изменением было ограничение оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения семью основаниями, перечисленными в ст. V Нью-Йоркской конвенции, и возложение бремени доказывания этих оснований на сторону, возражающую против приведения арбитражного решения в исполнение. Семь указанных оснований стали исчерпывающим перечнем оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения. Нормы о возложении бремени доказывания на сторону, возражающую против приведения в исполнение арбитражного решения, и об исчерпывающем перечне оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения сейчас признаны ключевыми нормами Конвенции. Было также включено важное положение, предусматривающее, что суды должны направлять стороны в арбитраж, если одна из сторон опирается на действительное арбитражное соглашение <2>.

<1> По состоянию на 01.03.2017.

<2> Важным источником детальной информации о Нью-Йоркской конвенции 1958 г. являются извлечения из судебных решений по ее применению, включая комментарии к ним, ежегодно публикуемые с 1976 г. в "Ежегоднике коммерческого арбитража" МСКА. См.: ICCA Yearbook Commercial Arbitration.

Важным событием в процессе прогрессивного развития правовой регламентации международного коммерческого арбитража стало создание в 1966 г. Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), одним из основных направлений работы которой стала выработка единообразного регулирования международного коммерческого арбитража. Целью деятельности ЮНСИТРАЛ в этом направлении стала подготовка унифицированных правовых норм как в форме международных конвенций, так и в форме документов, регулирующих различные правовые аспекты международного арбитража и имеющих факультативный (рекомендательный) характер. Данные документы сегодня часто называют нормами "мягкого" права (**soft law**).

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ стал первым документом, принятым Комиссией в 1976 г. в порядке реализации своего мандата по прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли в области арбитража. Основное назначение этого документа состояло в облегчении положения сторон международных коммерческих сделок при заключении коммерческого договора, когда они предпочли использовать для разрешения своих споров специально создаваемый для этой цели арбитражный (третейский) суд, который принято обозначать как арбитраж **ad hoc**.

Практика последующих лет свидетельствовала, что принятие Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в значительной мере способствовало расширению использования арбитража в международной торговле в качестве способа разрешения трансграничных коммерческих споров. Широкому применению данного Регламента также способствовала деятельность ЮНСИТРАЛ, направленная на оказание содействия различным национальным арбитражным учреждениям путем оказания им помощи в разработке соответствующих процедур в тех случаях, когда они действуют в качестве компетентного органа или предоставляют административные услуги в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Большое число постоянно действующих арбитражных центров, созданных во многих странах в последующие годы для рассмотрения международных споров, заявили о своей готовности выступать в качестве предусмотренного Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ "компетентного органа" (**appointing authority**) при его применении. Положения Регламента были также многократно использованы отдельными национальными арбитражными институтами при разработке собственных правил производства дел (регламентов) при разрешении международных коммерческих споров.

Интенсивное развитие международного коммерческого арбитража в последующие годы, появление новых проблем, нуждавшихся в урегулировании для обеспечения большей правовой определенности, а также успешный опыт в применении Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ стимулировали работу по его модернизации, в результате которой в 2010 г. была принята новая редакция Регламента <3>. Данный документ предназначен в первую очередь для использования при арбитраже **ad hoc**. Однако он отражает сложившиеся на сегодняшний день и общепринятые в современном международном экономическом обороте принципы и стандарты международного коммерческого арбитражного процесса при разрешении коммерческих споров.

<3> Более подробно см.: Комаров А.С. Новая редакция Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в контексте современной практики международного арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. N 1. С. 38 - 54.

Заметным явлением в международной арбитражной практике стало также использование Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ для разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами. Следует отметить, что в настоящее время проблематика международного инвестиционного арбитража все больше приобретает свои особенности по сравнению с коммерческим арбитражем. Так, основанием для применения арбитража, в частности Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, в этих случаях является не наличие арбитражного соглашения между спорящими сторонами, международно-правовой договор, в соответствии с которым иностранный инвестор использует зафиксированное в соглашении между государством своего происхождения и государством, где осуществлено капиталовложение, открытое предложение о рассмотрении споров между государством и инвестором по соответствующим правилам арбитража. Такая же ситуация может возникнуть и из многостороннего соглашения, например Договора к Энергетической хартии. В этой связи стоит заметить, что сегодня такой порядок рассмотрения международных инвестиционных споров подвергается критике, и международное сообщество ищет иные способы решения этих споров, которые будут свободны от недостатков, свойственных ныне действующей системе.

Одним из таких недостатков считается наличие присущей коммерческому арбитражу конфиденциальности, которая распространяется и на инвестиционный арбитраж при применении к нему регламентов, предназначенных для коммерческого арбитража. Эта проблема достаточно интенсивно обсуждалась при работе над новой редакцией Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. В новой редакции не отражены особенности международного инвестиционного арбитража, в первую очередь требования об открытости (прозрачности) такого разбирательства. В конце концов, эта проблема была решена принятием ЮНСИТРАЛ отдельных Правил о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, которые вступили в силу 1 апреля 2014 г. <4>. Этот документ представляет собой свод процессуальных правил, которые позволяют обеспечить прозрачность арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров и общественный доступ к ним.

<4> http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html (дата посещения - 17.04.2018).

Поскольку применение Правил о прозрачности связано с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, 1 апреля 2014 г. также вступил в силу новый вариант Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (с новым п. 4 ст. 1, принятым в 2013 г.). Включение нового п. 4 ст. 1 позволило отразить Правила о прозрачности в последнем варианте Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ для обеспечения максимальной ясности в отношении применения Правил о прозрачности в контексте споров, которые будут возникать в связи с будущими инвестиционными договорами и возникающими из них разбирательствами на основе Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. В данной связи следует упомянуть также то обстоятельство, что ЮНСИТРАЛ разработала проект Конвенции о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров, который был принят Генеральной Ассамблеей ООН в 2014 г. Данная Конвенция открыта для подписания заинтересованным государствам.

Безусловно, самым значительным на современном этапе достижением в создании унифицированного правового регулирования международного коммерческого арбитража на глобальном уровне должна быть признана разработка Типового закона ЮНСИТРАЛ, а также последующая деятельность Комиссии по его внедрению в национальную законодательную практику. Генеральная Ассамблея ООН Резолюцией 40/72 от 11 декабря 1985 г. рекомендовала всем государствам учитывать должным образом этот международный документ, имея в виду желательность единообразного регулирования процедур арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража. По данным ЮНСИТРАЛ, на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ принято законодательство в 111 правовых системах в 80 государствах <5>.

<5> См.: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (дата посещения - 17.04.2018).

Естественно, что в разных государствах степень использования Типового закона для разработки или совершенствования законодательства, относящегося к регулированию международного коммерческого арбитража, оказалась далеко не одинаковой. На этот процесс большое влияние оказал накопленный конкретными государствами предшествующий опыт в регулировании арбитража, а также имеющие общее значение культурные и правовые традиции, сложившиеся в этих странах, включая сформировавшуюся до того практику осуществления арбитражного разбирательства. Безусловно, наибольшее влияние на развитие законодательства о международном коммерческом арбитраже Типовой закон ЮНСИТРАЛ оказал в государствах, в которых ранее не существовало специального или систематизированного законодательства, регулирующего международный коммерческий арбитраж. Именно в этих национальных правовых системах соответствующие нормативные акты в максимальной степени приближены к тексту Типового закона. В частности, это имело место при принятии законодательства о международном коммерческом арбитраже на постсоветском пространстве.

Национальные законодательные акты в странах, которые относят к числу "стран Типового закона", сохраняя за собой внешнее своеобразие и особенности национальных правовых систем, тем не менее в вопросах, касающихся фундаментальных начал регулирования международного коммерческого арбитража, следуют установленным в Типовом законе ЮНСИТРАЛ принципам. К ним в первую очередь относятся поощрение развития и поддержка со стороны государства арбитража как способа разрешения споров, позволяющего наиболее эффективно и экономично преодолевать конфликты, возникающие в коммерческом обороте, в частности в процессе международной торговли.

К числу важнейших проблем арбитража традиционно относится вопрос о взаимоотношениях государства и арбитража (третейского суда). Отношение к решению данной проблемы в отдельных государствах делит их на государства, благоприятно относящиеся к арбитражу и поддерживающие арбитражное разбирательство (**arbitration-friendly**), и государства, не отличающиеся таким отношением и устанавливающие достаточно жесткий контроль над деятельностью третейских судов. Естественным следствием такого различия является популярность и уровень развития арбитража (третейского суда) в соответствующих национальных юрисдикциях.

В этой связи Типовой закон ЮНСИТРАЛ, будучи направленным в целом на развитие данного средства разрешения коммерческих споров, закрепляет тенденцию к ограничению и установлению четких границ вмешательства судов в международный торговый арбитраж, поскольку стороны арбитражного соглашения принимают осознанное решение исключить юрисдикцию судов и предпочитают быстроту и окончательность арбитражного процесса. С учетом этого в Типовом законе ЮНСИТРАЛ вмешательство судов допускается только в прямо указанных в нем случаях. В других случаях по вопросам, регулируемым Типовым законом, не допускается никакое судебное вмешательство. Защита арбитражного процесса от непредсказуемого или неконструктивного вмешательства судов имеет важнейшее значение для сторон, которые выбирают международный арбитраж для разрешения своих коммерческих споров.

Важнейшим направлением в решении проблемы создания условий для большей привлекательности арбитража для международного делового сообщества как альтернативного судебному разбирательству способа разрешения международных коммерческих споров продолжает оставаться расширение автономии воли сторон, позволяющее им сформировать такую процедуру разбирательства, которая в

максимальной степени будет отвечать их взаимным потребностям и интересам. При этом укрепляется понимание того, что арбитражный процесс не должен превращаться в подобие судебного разбирательства с точки зрения его подробной регламентации. Государство может отказать в признании правовых последствий арбитражного процесса, когда им были нарушены фундаментальные начала естественной справедливости, признанные в современном мире.

Характерной чертой решения проблемы соотношения государства и арбитража в современном понимании можно назвать также тенденцию, относящуюся к отказу от многоступенчатости судебной процедуры, связанной с рассмотрением арбитражных решений, т.е. сокращение количества судебных инстанций до одной, единственно компетентной рассматривать заявления об оспаривании или приведении в исполнение арбитражных решений. Ею является, как правило, суд второй (апелляционной/кассационной) инстанции. В настоящее время такое правило установлено, частности, в Австрии, Нидерландах, Швеции, Швейцарии. Кроме того, в зарубежном арбитражном законодательстве наблюдается тенденция предоставления сторонам, согласившимся рассматривать свои споры в арбитраже, возможности ограничить или исключить по своему соглашению право оспаривать в судебном порядке принятое арбитражное решение.

Подтверждением постоянного внимания ЮНСИТРАЛ к проблемам международного коммерческого арбитража стало то, что в 2006 г. были внесены изменения и дополнения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ. В результате предварительной аналитической работы по обобщению высказанных разными странами пожеланий по вопросам, по которым в первую очередь должно осуществляться совершенствование правового регулирования международного арбитража <6>, были определены проблемы, связанные с совершенствованием текста Типового закона.

<6> См.: Международный коммерческий арбитраж. Возможная будущая работа в области международного коммерческого арбитража. Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ. 32-я сессия. Вена, 17 мая - 4 июня 1999 г. (A/CN.9/460): <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/827/52/IMG/V9982752.pdf?OpenElement> (дата посещения - 17.04.2018).

Следует особо подчеркнуть, что, формулируя новые унифицированные нормы, ЮНСИТРАЛ постоянно исходила из признания ценности арбитража как метода урегулирования споров, возникающих в контексте международных коммерческих отношений, а также из необходимости обеспечить соответствие положений Типового закона ЮНСИТРАЛ современной практике международной торговли.

Новеллы в Типовом законе в редакции 2006 г. касались двух важных вопросов, на актуальность решения которых указывала международная практика. Ими стали вопросы, связанные с либерализацией требований к форме и порядку заключения арбитражного соглашения; подробное регулирование полномочий арбитражного суда при принятии им решения об обеспечительных мерах, а также возможность принудительного исполнения таких мер <7>. Подтверждением актуальности и своевременности появления новелл, относящихся к осуществлению международного коммерческого арбитража, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ стало то, что они уже нашли свое закрепление в национальном праве стран, которые в последние годы провели работу по модернизации своего законодательства о международном коммерческом арбитраже.

<7> Более подробно см.: Комаров А.С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. N 2. С. 7 - 33.

Форма и порядок заключения арбитражного соглашения в рамках международного коммерческого оборота регламентируются Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., которая включает нормы, чье содержание ориентировано на существовавшие в момент ее разработки коммерческую практику и технические возможности коммуникаций между сторонами. Несоответствие между устаревшим конвенционным регулированием и практикой заключения международных коммерческих сделок с применением

современных средств связи, отраженное в новой редакции Типового закона ЮНСИТРАЛ, естественно, создавало проблемы для развития международного коммерческого арбитража. Принимая во внимание проблемы, связанные с формальным пересмотром Нью-Йоркской конвенции 1958 г., ЮНСИТРАЛ пришла к решению о необходимости все-таки предпринять шаги для устранения трудностей, которые могут возникнуть из-за несоответствия подходов, отраженных в Конвенции и новой редакции Типового закона. ЮНСИТРАЛ заключила, что такие меры являются вполне совместимыми с ее мандатом, который предусматривает, помимо прочего, "изыскание путей и средств, обеспечивающих единообразное толкование и применение международных конвенций и единообразных законов в области права международной торговли" <8>. Очевидно, что принятие документа, носящего не обязательный, а рекомендательный характер, будет соответствовать интересам всех, кто участвует в практическом применении соответствующего международно-правового регулирования, включая законодателей, арбитров, судей и коммерческие предприятия. Комиссия ЮНСИТРАЛ исходила из того, что принятие такой рекомендации является не только уместным, но и желательным, поскольку это будет способствовать разработке национальных правовых норм, способствующих признанию действительности арбитражных соглашений в самых разнообразных ситуациях, а также будет поощрять государства к принятию пересмотренного варианта Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<8> Резолюция 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 17.12.1966:
<http://docs.cntd.ru/document/901898386> (дата посещения - 17.04.2018).

Комиссия решила, что в соответствии с ее мандатом цель такого документа должна заключаться в том, чтобы предложить международному сообществу единообразное толкование соответствующих положений Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Такой метод будет означать отсутствие какого-либо вмешательства в суверенную компетенцию государств - участников Конвенции принимать носящие обязательный характер декларации, касающиеся толкования этого международно-правового документа. Следуя указанному подходу, Комиссия приняла документ, названный Рекомендацией, содержание которой включает два важных положения.

Первое из них направлено на обеспечение применения п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции исходя из признания того, что содержащееся в нем описание обстоятельств, относящихся к заключению арбитражного соглашения, не носит исчерпывающего характера. Указанный пункт Конвенции предусматривает, что термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами. Второе положение Рекомендации направлено на возможность применения "нормы о более благоприятном праве" (п. 1 ст. VII). Это означает, что любой заинтересованной стороне предоставляется возможность воспользоваться в целях признания действительности арбитражного соглашения правами, которыми она может обладать в соответствии с законодательством или международными договорами страны, в которой подается ходатайство, основанное на данном арбитражном соглашении. В данном случае речь идет, например, о ситуации, когда правовое регулирование в государстве, где решается вопрос о действительности арбитражного соглашения, не предусматривает требования об обязательной письменной форме арбитражного соглашения.

В последние годы в практике международного коммерческого арбитража большую актуальность приобрел вопрос о доступности для сторон использования обеспечительных мер. Это явно указывало на значительное увеличение числа случаев, когда стороны стремились, не выходя за рамки арбитражного разбирательства, воспользоваться возможностью обратиться к арбитражному суду, принять обеспечительные меры, не прибегая к помощи государственного суда. Все более широкое применение в ходе международного коммерческого арбитража обеспечительных мер, принимаемых самим арбитражем, может объясняться тем, что по сравнению с обращением сторон по этому вопросу к государственному суду рассмотрение такого обращения арбитражем осуществляется более оперативно, так как арбитраж, как правило, уже знаком с обстоятельствами рассматриваемого им спора.

Однако эффективность этого средства не в последнюю очередь была обусловлена проблемой возможности приведения в исполнение обеспечительных мер, предписанных арбитражем. Поскольку национальное законодательство не предусматривало решение этой проблемы, эта ситуация привела к необходимости попытаться решить ее на международном уровне. Это было успешно сделано в результате принятия новой редакции Типового закона ЮНСИТРАЛ в 2006 г. Одновременно в этом акте

также было унифицировано регулирование, касающееся обеспечительных мер, принимаемых государственными судами в поддержку международного арбитражного разбирательства.

В основе регулирования находится общее положение, устанавливающее полномочия арбитража выносить по просьбе любой стороны постановление об обеспечительных мерах. Отражая сложившуюся международную практику, Типовой закон ЮНСИТРАЛ указывает, какие цели может преследовать принятие обеспечительных мер. Так, арбитраж вправе обязать любую сторону, чтобы она: а) не нарушала или восстановила существующее положение (статус-кво) до окончательного разрешения спора; б) приняла меры по предотвращению возникновения ущерба или помех для осуществления арбитражного разбирательства или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить реальный или неминуемый ущерб или создать помехи осуществлению арбитражного разбирательства; в) обеспечила способ сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение; г) сохраняла доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора. Принятие мер, направленных на предотвращение ущерба и помех для самого процесса арбитража, означает признание полномочий арбитражного суда соответствующим постановлением предотвращать остановку или задержку арбитражного разбирательства, например, путем запрета стороне предъявлять требования в суд (**injunction**).

Арбитражный суд может принять решение об обеспечительных мерах, если сторона, ходатайствующая об их принятии, убедит его в том, что, если меры не будут приняты, ей может быть причинен ущерб, который не сможет быть возмещен, а также если размер этого ущерба будет существенно превышать ущерб, который может быть причинен стороне, против которой направлены эти меры. Кроме того, положительное решение арбитражного суда по ходатайству о принятии обеспечительных мер будет принято арбитражным судом только тогда, когда ходатайствующая об обеспечительных мерах сторона сможет убедить суд в том, что у нее имеются разумные основания рассчитывать на успех при рассмотрении по существу заявленного ею требования.

Сложным вопросом в процессе подготовки новых нормативных положений об обеспечительных мерах в международном коммерческом арбитраже оказалась проблема допустимости принятия арбитражным судом решения об обеспечительных мерах без вызова сторон (**ex parte**). В результате было установлено, что принимаемые арбитражным судом обеспечительные меры **ex parte**, называемые "предварительными постановлениями", имеют временный и чрезвычайный характер, а также присущие им особую сферу действия и цель.

Сторона, ходатайствующая о принятии арбитражным судом обеспечительных мер, может одновременно просить этот арбитражный суд вынести также предварительное постановление, которое должно будет содержать запрет другой стороне совершать какие-либо действия, которые сделают неэффективными запрашиваемые обеспечительные меры. Такое ходатайство сторона может направить арбитражному суду без уведомления об этом другой стороны.

Серьезным вкладом в совершенствование правового режима международного коммерческого арбитража стало включение в Типовой закон ЮНСИТРАЛ норм о признании и приведении в исполнение принятых арбитражным судом решений об обеспечительных мерах. Обеспечительные меры, принятые арбитражным судом, признаются имеющими обязательную силу и, если арбитражный суд не предписал иного, приводятся в исполнение посредством обращения в компетентный государственный суд независимо от страны, в которой арбитражный суд принял решение об обеспечительных мерах. Принудительное исполнение обеспечительных мер может иметь место с соблюдением лишь определенных условий, предусмотренных законом, а именно только в том случае, когда отсутствуют основания для отказа в приведении их в исполнение. Эти основания во многом повторяют основания, применяемые к процедуре исполнения арбитражных решений, принятых по существу спора. Иными словами, компетентный государственный суд может отказаться привести в исполнение обеспечительные меры, принятые арбитражным судом, если такой отказ оправдывается основаниями, носящими характер процессуальных нарушений, имевших место в процессе рассмотрения арбитражным судом ходатайства об обеспечительных мерах.

В процессе создания унифицированных правовых норм существует проблема обеспечения реального единообразия национального права о международном коммерческом арбитраже, которое может быть достигнуто лишь тогда, когда принятые в различных странах унифицированные тексты

законодательных актов будут также одинаково толковаться правоприменительными органами этих стран. Существенный вклад в обеспечение такого единообразия ЮНСИТРАЛ вносит путем создания электронной базы данных, в которой отражается судебная и арбитражная практика по применению норм законодательства об арбитраже в странах, где действует правовое регулирование, соответствующее Типовому закону ЮНСИТРАЛ (так называемая система Прецедентного права по текстам ЮНСИТРАЛ. Далее - ППТЮ <9>).

<9> http://www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law.html (дата посещения - 17.04.2018).

Руководствуясь этими же соображениями, Комиссия ЮНСИТРАЛ решила при модернизации Типового закона создать дополнительные нормативные предпосылки, обеспечивающие его адекватное толкование. Подобно другим подготовленным ЮНСИТРАЛ правовым текстам в Типовой закон была включена ст. 2А "Международное происхождение и общие принципы". Она предусматривает, что при толковании Закона следует учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности. Новая статья предусматривает также, что вопросы, относящиеся к предмету регулирования данного Закона, которые прямо в нем не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основан Закон. С этой точки зрения существенную помощь национальным судебным органам при применении унифицированного законодательства о международном арбитраже должна оказать вышеупомянутая система ППТЮ.

Важным аспектом, призванным обеспечить адекватное применение положений Типового закона ЮНСИТРАЛ с учетом его международного происхождения, является использование при практическом применении и толковании зафиксированных в национальном законодательстве норм Типового закона материалов, сопутствовавших выработке окончательного текста (*travaux préparatoires*) <10>. Они включают в себя в первую очередь доклады и другие документы Рабочей группы, а также пояснительные материалы, которые теперь полностью доступны в электронном виде на сайте ЮНСИТРАЛ. Обращение к этим материалам судебных органов в "странах Типового закона" при применении отдельных положений или Закона в целом значительно облегчает установление их точного содержания, смысла и целей, которые преследуются Типовым законом. Такой подход, безусловно, создает необходимые условия для аутентичного применения соответствующих нормативных положений, особенно в условиях, когда еще не накоплен опыт, необходимый для стабильной правоприменительной практики в области международного арбитража.

<10> См., например: Holtzmann H.M., Neuhaus J.E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Legislative History and Commentary. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

В последнее время заметно возросла активность неправительственных международных организаций, объединяющих деловые и юридические круги, в разработке и внедрении рекомендательных документов, отражающих лучшую практику международного арбитража в различных ее аспектах. В первую очередь среди таких документов следует назвать документы, разработанные под эгидой IBA, в частности касающиеся заключения арбитражных соглашений, установления конфликта интересов, этических правил для представителей сторон в международном арбитраже, правил предоставления доказательств <11>.

<11> http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (дата посещения - 17.04.2018).

Хотя указанные документы носят факультативный характер, они часто используются при разрешении международных споров, когда спорящие стороны договариваются об их применении. Эти документы также достаточно широко применяются в международных арбитражных разбирательствах по

инициативе арбитров как источники информации о наиболее распространенных в международной арбитражной практике подходах к решению часто возникающих при арбитражном разбирательстве проблем, которые, как правило, прямо не урегулированы в подлежащих применению формальных источниках права.

В настоящее время международный арбитраж превратился в необходимый элемент современной системы международных экономических отношений, без использования которого невозможно успешно развивать мировую торговлю и международные инвестиции в условиях экономической глобализации. Вместе с тем динамичный характер развития международных экономических отношений постоянно ставит перед международным арбитражем задачи, связанные с приведением его в соответствие изменяющимся реалиям современного мира. Решающим фактором, определяющим использование арбитража для разрешения международных экономических споров, как коммерческих, так и инвестиционных, все больше становится его эффективность с точки зрения затрат времени и материальных ресурсов для достижения желаемого результата.

С этой точки зрения в последние десятилетия заметно обострилась конкуренция между отдельными национальными юрисдикциями и арбитражными центрами в борьбе за привлечение потенциальных пользователей международного арбитража. В ряде стран, которые на протяжении многих лет играли роль традиционных центров международного арбитража, в законодательство, регулирующее вопросы арбитража, были внесены изменения для того, чтобы сделать арбитражную процедуру еще более отвечающей интересам ее пользователей. К числу таких стран относятся как страны, которые уже завоевали признание в качестве популярных мест проведения международных разбирательств, так и те, которые стремятся к тому, чтобы создать благоприятные условия для международного арбитража на своей территории и тем самым привлечь к себе потенциальных участников международных арбитражей. В последние годы свое арбитражное законодательство модернизировали Австрия, Бельгия, Бразилия, Гонконг, Италия, Нидерланды, Португалия, Сингапур, Франция, Япония. В настоящее время готовится изменение арбитражного законодательства в Австралии, Индии, Швеции, Швейцарии, ФРГ и других странах. Швейцария, кстати, уже совершенствовала свое законодательство в сфере арбитража в 2012 г.

С учетом возросшего в последнее время числа многосторонних споров в ряде стран в законодательство включаются положения, регулирующие вопросы, возникающие при многосторонних арбитражных процессах, в частности положения о возможности объединения процессов, присоединения к процессу третьих лиц. Арбитраж с участием нескольких сторон (несколько истцов или ответчиков), как свидетельствует современная международная арбитражная практика, нуждается в особом режиме, который должен учитывать особенности необычной ситуации, выходящей за рамки традиционного арбитражного разбирательства, в котором участвуют только две стороны.

С точки зрения современных представлений о том, каким требованиям должна отвечать национальная юрисдикция, чтобы быть привлекательной для потенциальных участников международных арбитражных процессов в качестве места проведения арбитража, несомненный интерес представляет документ "Принципы на следующие сто лет", подготовленный в связи со столетним юбилеем Королевского института арбитров (CIArb), отмечавшимся в июле 2015 г. <12>. Это учреждение занимает особое место среди организаций, связанных с международным арбитражем не только в Англии, но и далеко за рубежом. Институт обладает непререкаемым авторитетом в международном арбитражном сообществе, поэтому инициированный им анализ и сформулированные в результате проведенной работы группой признанных специалистов из разных стран выводы, безусловно, заслуживают внимания, когда речь идет о выявлении тех предпосылок, наличие которых необходимо для признания проарбитражным режимом, действующего в конкретной национальной юрисдикции.

<12> The CIArb London Centenary Principles // Arbitration. 2015. Vol. 81. Iss. 4. P. 404.

Среди основополагающих параметров, отвечающих такой характеристике, в первую очередь называется стимулирующее использование арбитража законодательство, а также судебная практика, направленная на поддержку арбитража как альтернативного средства разрешения споров. Особо отмечена необходимость наличия специальных профессиональных знаний и опыта в среде юристов, практикующих в области разрешения международных споров, круг которых должен быть достаточно широким. Это должно стать следствием существующей возможности обучения и иных форм

профессиональной подготовки специалистов для деятельности в сфере арбитража. Важным аспектом в сфере арбитражного разбирательства видится также свобода выбора сторонами своих юридических представителей в международном арбитражном процессе, т.е. отсутствие неоправданных ограничений для процессуальных представителей. В этой связи большое значение приобретает и то, что в профессиональном сообществе, связанном с практикой арбитража, должны существовать устоявшиеся морально-этические правила, касающиеся участия в арбитражных разбирательствах. Среди предпосылок эффективного проведения международного арбитража важное место занимает также обеспеченность в материально-техническом, логистическом и иных аспектах организации арбитражного разбирательства в том месте, где проводится арбитраж. И конечно, отмечается наличие эффективной возможности для принудительного исполнения решений, выносимых арбитражным судом, и осуществление иных юридических действий, выполнение которых возложено на соответствующие государственные органы в плане оказания содействия арбитражу. Отдельно отмечается необходимость предоставления иммунитета арбитрам в связи с надлежащим выполнением ими своих функций.

Серьезный вклад в формирование современного облика международного арбитража вносит деятельность постоянно действующих арбитражных институтов, наиболее авторитетные из которых находятся на территории государств, в которых действует законодательство, способствующее расширению практики арбитража. Как было указано, настоящий период развития международного бизнеса ставит перед этими центрами задачи следить за современными требованиями и обеспечивать высокий уровень эффективности и надежности международного арбитража, что играет решающую роль при их выборе контрагентами в качестве решающего арбитражного органа.

Ведущие арбитражные суды в последние несколько лет внесли в свои регламенты ряд изменений и дополнений, которые должны ответить на вызовы времени. В их число входят, в частности, Бельгийская арбитражная ассоциация (CEPANI), ICC, LCIA, SCC, Венский международный арбитражный центр Федеральной экономической палаты Австрии (VIAC), CIETAC, Арбитражная институция Торговых палат Швейцарии, арбитражные центры в Гонконге, Куала-Лумпуре, Сингапуре, Ассоциация коммерческого арбитража Японии и мн. др.

Среди наиболее значимых нововведений, включенных в последнее время в регламенты ведущих международных арбитражных центров, можно назвать некоторые характерные для большинства арбитражных центров положения, относящиеся к процедуре арбитражного разбирательства. Следует особо отметить, что, осуществляя работу по усовершенствованию данных положений, арбитражные институты стремятся к тому, чтобы в первую очередь учесть новые тенденции и позитивную практику международного разбирательства как в своей собственной деятельности, так и в других центрах международного арбитража, иными словами, учесть то, что принято называть "лучшей практикой" (**best practice**). Главная цель такой работы состоит в том, чтобы сделать регламент арбитражного разбирательства в конкретном арбитражном институте максимально отвечающим требованиям эффективного и экономичного процесса. При этом все процессуальные правила должны обеспечивать достижение такого результата, который ожидают от арбитражного процесса спорящие стороны, а именно выдерживание необходимого соотношения эффективного проведения арбитражного разбирательства с соблюдением процессуальных прав его участников.

Поскольку пока еще лишь немногие национальные юрисдикции содержат нормы, относящиеся к проведению арбитражных разбирательств, в которых участвуют не две стороны, а более, в новые регламенты арбитражных институтов стали включать специальные правила, относящиеся к такой ситуации, в частности правила, регулирующие вопросы формирования арбитражного трибунала в условиях множественности сторон арбитражного процесса. В связи с тем что в последнее время стал достаточно актуальным вопрос объединения нескольких арбитражных процессов (консолидации) или присоединения третьей стороны к уже начатому разбирательству, в ряде новых регламентов появились правила, которые определенным образом решают такие проблемы.

Современная практика международного арбитража дает немало примеров, когда инициирующая разбирательство сторона с самого начала, будучи обеспокоенной поведением своего оппонента, в отношении которого начато арбитражное разбирательство, нуждается в том, чтобы были приняты обеспечительные меры. Однако до формирования арбитражного трибунала истец лишен такой возможности, если не считать возможности обращения в суд, что не всегда отвечает интересам заявителя, поскольку, как правило, это сопряжено с затратами времени и не дает нужного эффекта. Отвечая на такую ситуацию, регламенты некоторых арбитражных институтов, например SCC, включили

положение, позволяющее истцу просить арбитражный институт назначить специального арбитра, который должен в течение предельно короткого срока рассмотреть заявление истца о принятии обеспечительных мер (**emergency arbitrator**).

Другим аспектом, который все чаще находит свое место в современных арбитражных регламентах, можно назвать использование упрощенной процедуры разбирательства при незначительных спорных суммах. Такой подход дает возможность сторонам при небольших спорах экономить финансовые средства и добиваться решения спора в более короткий срок. В качестве примера такой процедуры может быть взята процессуальная схема, разработанная ICC, ставшая составной частью Регламента ICC 2017 г. То обстоятельство, что международное арбитражное разбирательство становится все более дорогим, с большой степенью вероятности может привести к тому, что стороны, независимо от размера спорной суммы, все чаще будут отдавать предпочтение упрощенной и ускоренной процедуре в целях экономии средств и времени, отказываясь от стандартного подхода.

23.2. Тенденции развития международного коммерческого арбитража

Международный арбитраж не является статичным и постоянно развивается. Это развитие связано как с существующими в данный период времени политическими, экономическими и социальными процессами, так и с потребностями субъектов торгового оборота.

Опишем некоторые направления развития международного арбитража.

Конфиденциальность международного арбитража. Конфиденциальность традиционно выделяется в числе одного из главных достоинств международного арбитража по сравнению с рассмотрением споров в государственных судах. Однако в последнее время все чаще обсуждается вопрос о необходимости отказа от конфиденциальности арбитража в той или иной мере.

Среди основных причин возможного ограничения конфиденциальности выделяется необходимость соблюдения публичных интересов либо интересов иных лиц. Так, по английскому праву детали арбитражного разбирательства могут быть раскрыты при вынесении судом приказа о раскрытии в интересах правосудия либо в целях защиты интересов стороны арбитражного разбирательства <13>. Исследователи также поднимают вопрос о соотношении принципа конфиденциальности арбитража и обязанности раскрывать информацию о судебных разбирательствах, которые могут повлиять на деятельность корпорации <14>.

<13> **Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir** [1997] APP. L. R. 12/19: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/Ali%20v%20Trogir%201997.pdf> (дата посещения - 17.04.2018).

<14> См.: Лашков Н.С. Конфиденциальность арбитражного разбирательства. Понятие и пределы // Закон. 2015. N 10. С. 48 - 58; 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration/Queen Mary University of London: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf (дата посещения - 17.04.2018); Ajibo K.I. Confidentiality in International Commercial Arbitration: Assumptions of Implied Duty and a Proposed Solutions // Latin American Journal of International Trade Law. 2015. Vol. 3. Iss. 2. P. 337 - 359; Smellie R. Is arbitration confidential: <https://www.fenwickelliott.com/research-insight/annual-review/2013/arbitration-confidential> (дата посещения - 17.04.2018).

Следует отметить, что некоторые национальные законодательства в принципе не рассматривают конфиденциальность в качестве неотъемлемого элемента арбитража. Ряд исследователей отмечают, что подобный подход свойствен, в частности, Австралии, Норвегии, Канаде, Индии и США <15>.

<15> См.: Smeureanu I.M. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer Law International,

2011. P. 31; Pengelley N. Confidentially Speaking: Commercial Arbitration in Canada's Open Courts // Journal of International Arbitration. 2011. Vol. 28. Iss. 4. P. 355 - 370.

Анализ регламентов арбитражных центров также показывает отсутствие единого подхода к применению принципа конфиденциальности. Так, если Регламенты LCIA и SIAC содержат детальные положения о необходимости строгого соблюдения принципа конфиденциальности (ст. 30 Регламента LCIA, ст. 35 Регламента SIAC), то Регламенты ICC, SCC и ЮНСИТРАЛ лишь косвенно затрагивают этот вопрос, прямо предусматривая ограничения действия рассматриваемого принципа (ст. 3 Регламента SCC, ст. 22.3 Регламента ICC, ст. 34 (5) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

В частности, в соответствии со ст. 34 (5) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ "арбитражное решение может быть опубликовано с согласия всех сторон или в тех случаях и в той мере, в каких раскрытие информации об арбитражном решении требуется от стороны в результате лежащего на ней юридического обязательства, в целях защиты или сохранения юридического права или в связи с проводимым юридическим разбирательством в суде или другом компетентном органе".

Иная формулировка ограничения принципа конфиденциальности предусмотрена Регламентом ICC: "Суд определяет условия, при которых посторонние лица могут принимать участие в сессиях Суда и его комитетов, а также получить доступ к материалам, переданным в Суд и его Секретариат" (ст. 6 Прил. I к Регламенту ICC).

В контексте инвестиционного арбитража в юридических кругах вообще обсуждается глобальный отказ от принципа конфиденциальности в пользу принципа прозрачности. Так, в 2014 г. вступили в силу Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров <16> (далее - Правила о прозрачности). При этом отмечалось, что решение о принятии Правил о прозрачности "отвечало растущим требованиям обеспечить большую прозрачность в инвестиционных арбитражах, которые затрагивают публично значимые вопросы, такие как инфраструктура, защита окружающей среды и здравоохранение, а также средства налогоплательщиков в случае выплат по арбитражным решениям" <17>.

<16> Правила о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html (дата посещения - 17.04.2018).

<17> Мерфи Дж.К. Стремление к прозрачности: возвращаясь к тому, с чего начали // Закон. 2014. N 4. С. 69 - 73.

Переход от принципа конфиденциальности к принципу прозрачности прослеживается прежде всего в ст. ст. 2 - 6 Правил о прозрачности, которые устанавливают публичный характер слушаний и обязанность опубликования всех судебных актов и представлений сторон по делу. Таким образом, реализация Правил прозрачности, по сути, сделала бы процесс в инвестиционном арбитраже публичным.

В настоящее время своего рода отход от абсолютной конфиденциальности арбитража происходит при публикации арбитражными институциями обезличенных частей некоторых решений. В Европе возможность опубликования предусмотрена Регламентами ICC (ст. 1 (4) Прил. II), Лондонской ассоциации морских арбитров (ст. 26), Арбитражной палаты Милана (ст. 8), МЦУИС (ст. 48 (4)), а также VIAC (ст. 41).

В практике МКАС при ТПП РФ часть решений регулярно публикуется в обезличенном виде. Следует отметить, что начало публикации решений МКАС было положено еще в 1995 г. благодаря усилиям Михаила Григорьевича Розенберга <18>.

<18> Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сб. ст. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М., 2016.

Большой резонанс в арбитражных кругах имела лекция судьи Верховного Суда Англии и Уэльса лорда Томаса в 2016 г., который высказал мнение, что конфиденциальность арбитража препятствует развитию права, пониманию права обществом и общественному обсуждению проблем правоприменения. Так, лорд Томас отметил, что "такое отсутствие открытости лишает граждан, а также юристов (кроме тех, которые представляют клиентов в арбитражах), доступа к праву, понимания, как оно толкуется и применяется. Это уменьшает степень определенности в праве, которая появляется посредством авторитетных судебных решений. По существу это уменьшает способность граждан полностью понимать свои права и обязанности и планировать соответствующим образом свою деятельность".

В своем выступлении лорд Томас подверг сомнению необходимость рассмотрения дел в арбитраже за закрытыми дверями и ограничение права на обжалование арбитражных решений. Он отметил, что для решения обозначенной проблемы необходимо расширить возможность обжалования решений арбитража в государственных судах и изменить систему взаимоотношений арбитражных институций и государственных судов <19>.

<19> The Lord Thomas Cwmgiedd, Lord Chief Justice of England and Wales. Developing commercial law through the courts: rebalancing the relationship between the courts and arbitration: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf> (дата посещения - 18.04.2018).

Состав арбитров. В последнее время в международном арбитражном сообществе активно обсуждается необходимость достижения равного гендерного и расового представительства в арбитраже, а также назначения большего количества молодых арбитров.

Прежде всего следует отметить уже сформировавшуюся практику по ежегодной публикации ведущими арбитражными центрами статистики по составу назначенных арбитров. Так, по данным ICC за 2015 г., представительницы женского пола составили 10% от числа арбитров, при этом отмечается, что в подавляющем большинстве случаев они не являлись председателями состава арбитров <20>.

<20> ICC Arbitration posts strong growth in 2015: <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-arbitration-posts-strong-growth-in-2015/> (дата посещения - 18.04.2018).

Что же касается национальности назначенных арбитров, по статистике ICC, первые три места занимают соответственно представители Великобритании, США и Швейцарии <21>.

<21> ICC Arbitration posts strong growth in 2015...

Аналогичную статистику представляет LCIA: в 2015 г. женщины назначались арбитрами в 16% дел, а большинство назначенных арбитров были представителями Великобритании <22>. Наиболее высокий процент женщин-арбитров показывает SCC, по статистике которого в 2015 г. женщины были избраны арбитрами в 26% дел <23>.

<22> LCIA Registrar's report 2015: <http://www.lcia.org/XLCIA/reports.aspx> (дата посещения - 18.04.2018).

<23> New SCC statistics on appointments of female arbitrators: <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2016/new-scc-statistics-on-appointments-of-female-arbitrators/> (дата посещения - 18.04.2018).

Согласно данным одного из общественных опросов, представители арбитражного сообщества считают, что в настоящее время в арбитражных центрах представлено слишком много арбитров мужского пола, европейской расы, представителей Западной Европы и Северной Америки. Кроме того, опрошенные

обращают внимание на то, что кандидатуры более молодых кандидатов часто отклоняются лишь на основании возрастного критерия <24>.

<24> **Živković P.** Diversity in International Arbitration: Where Do We Stand? // <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/09/diversity-in-international-arbitration-where-do-we-stand-an-overview-of-a-berwin-leighton-paisner-survey/> (дата посещения - 18.04.2018).

В последнее время в международном арбитражном сообществе появился ряд организаций, которые проводят мониторинг общественного мнения по указанным вопросам, выдвигают инициативы и готовят программные документы, которые уже в скором будущем могут оказать влияние на формирование практики.

Среди таких организаций можно выделить Международное сообщество женщин в области разрешения споров Arbitral Women <25>, а также ассоциации молодых арбитров под эгидой LCIA и ICC. Так, в 2016 г. Arbitral Women подготовили Петицию о равном представительстве, которую на сегодняшний день подписало уже более 70 организаций, включая ведущие международные юридические компании, а также арбитражные центры <26>.

<25> <http://www.arbitralwomen.org/> (дата посещения - 18.04.2018).

<26> <http://www.arbitrationpledge.com/> (дата посещения - 18.04.2018).

Кроме того, вопросы равного представительства часто обсуждаются на международных арбитражных конференциях <27>. Например, было сделано наблюдение, что при выборе арбитров стороны арбитража, как правило, ориентируются на опытных и авторитетных специалистов, в то время как арбитражные центры чаще готовы назначать молодых арбитров. В связи с этим поднимался даже вопрос о том, чтобы ограничить назначение арбитров сторонами и увеличить число случаев, когда состав арбитров формируется арбитражным центром <28>.

<27> **Mellersh N.** Development opportunities for arbitrators: <https://www.cdr-news.com/categories/arbitration-and-adr/6192-development-opportunities-for-arbitrators> (дата посещения - 18.04.2019).

<28> **Ross A.** London: Party-appointed arbitrators - love them or loathe them? // <https://globalarbitrationreview.com/article/1029887/london-party-appointed-arbitrators-love-them-or-loathe-them> (доступно после регистрации; дата посещения - 18.04.2018).

Сокращение сроков арбитража и чрезвычайный арбитраж. Согласно ряду исследований, одной из основных причин, по которым арбитраж подвергается критике, является слишком долгое рассмотрение дел <29>. Несмотря на то что скорость арбитражного разбирательства и вынесения решений должна быть выше показателей государственных судов и традиционно считается преимуществом арбитража, на практике участники торгового оборота зачастую сталкиваются с обратным.

<29> См., например: **Reed L.** More on Corporate Criticism of International Arbitration: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/07/16/more-on-corporate-criticism-of-international-arbitration/> (дата посещения - 18.04.2018); 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration/Queen Mary University of London: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf (дата посещения - 18.04.2018).

В качестве ответа на приведенную критику был разработан институт чрезвычайного арбитража,

который в последнее время получил детальную регламентацию в национальном законодательстве и регламентах ведущих арбитражных центров и является одним из способов ускорения рассмотрения дела.

Впервые положения о чрезвычайном арбитраже появились в регламенте ICDR AAA в 2006 г.

В настоящее время положения о чрезвычайном арбитраже получили свое закрепление в регламентах ведущих международных арбитражных центров. В частности, в период с 2010 по 2015 г. подобные положения появились в Регламентах SCC, LCIA, SIAC, Центра арбитража и посредничества Торговых палат Швейцарии и др. <30>.

<30> См.: ст. 6 Регламента ICDR AAA; Прил. 2 Регламента SCC; ст. 9 b) Регламента LCIA; Прил. 1 Регламента SIAC; ст. 43 Швейцарского регламента международного арбитража.

Наиболее комплексно к вопросу закрепления положений о чрезвычайном арбитраже подошла ICC, которая приняла отдельный Регламент о чрезвычайном арбитраже в качестве приложения к своему Арбитражному регламенту.

Более того, арбитражные центры не только закрепили положения о чрезвычайном арбитраже в своих регламентах, но и выпускают руководства по их использованию. Так, подобные руководства были опубликованы LCIA и SCC. Последний также ежегодно выпускает обзор решений чрезвычайных арбитров <31>.

<31> См.: LCIA Notes on Emergency Procedures: <http://www.lcia.org//adr-services/lcia-notes-on-emergency-procedures.aspx> (дата посещения - 17.04.2018); For a quick decision on interim measures: <http://www.sccinstitute.com/dispute-resolution/emergency-arbitrator/> (дата посещения - 18.04.2018); SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2014: <http://www.sccinstitute.com/about-the-scc/news/2015/scc-practice-emergency-arbitrator-decisions-rendered-2014/> (дата посещения - 17.04.2018).

Однако следует отметить, что институт чрезвычайного арбитража пока не получил большого практического распространения <32>. Кроме того, иногда привлечение чрезвычайного арбитра не может обеспечить таких же коротких сроков получения решения, как и процедуры в государственных судах, и сторона может решить обратиться за содействием в государственные суды. Исследователи отмечают, например, дело **GigSky ApS v. Vodafone Roaming Services S. a. r. L.**, в котором английский суд рассматривал ходатайство стороны арбитража по Регламенту ICC об обеспечительных мерах. Суд пришел к выводу, что поскольку приказ чрезвычайного арбитра будет выдан не ранее чем через 11 дней, то выдача приказа государственным судом является уместной <33>.

<32> См.: 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration...

<33> Arthurs C. Sudden Impact: Interim Injunctions, Arbitration Clauses and the Court's Jurisdiction to Intervene in Disputes: <https://www.penningtons.co.uk/news-publications/latest-news/sudden-impact-interim-injunctions,-arbitration-clauses-and-the-courts-jurisdiction-to-intervene-in-disputes/> (дата посещения - 17.04.2018).

Также обращается внимание на то, что лица, участвующие в арбитраже, не уверены в принудительной исполнимости решений чрезвычайного арбитра <34>. В рамках повышения исполнимости решений чрезвычайного арбитра предлагаются две следующие концепции: включение положений о принудительном исполнении таких решений в национальные законодательства и принятие единого международного унифицированного акта.

<34> 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration...

Первая концепция в настоящее время реализована в законодательствах Голландии, Сингапура и Гонконга. Так, согласно ст. 1034b (2) Процессуального кодекса Голландии решения чрезвычайного арбитра рассматриваются в качестве "арбитражных решений, к которым подлежат применению положения разделов 3 - 5, включая настоящую главу [положения о приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных в Голландии]".

Законодательство Сингапура в 2012 г. восприняло данную концепцию в несколько ином виде. Статья 2 (1) Акта Сингапура о международном арбитраже фактически приравнивает решения чрезвычайного арбитра к приказам государственного суда.

Наиболее благоприятный подход к приведению в исполнение решений чрезвычайного арбитра был установлен в 2013 г. в законодательстве Гонконга. Согласно ст. 22В закона Гонконга "Об арбитраже" решения чрезвычайного арбитра приводятся в исполнение вне зависимости от формы и места их вынесения.

Вторая концепция в 2016 г. была предложена итальянским исследователем Фабио Сантакросе <35>. По его мнению, включение в национальные законодательства положений о приведении в исполнение решений чрезвычайного арбитра не способствует гармонизации арбитража, так как законодатели разных стран по-разному подходят к данному вопросу. В результате таких различий сторона, желающая привести в исполнение решение чрезвычайного арбитра вне места арбитражного разбирательства, сталкивается с неразрешимыми проблемами.

<35> Santacroce F.G. The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision? // Arbitration International. 2015. Vol. 31. Iss. 2. P. 283 - 312.

Итальянский исследователь считает, что только международно-правовой инструмент по признанию промежуточных арбитражных решений, включая решения чрезвычайного арбитра, сможет решить вопрос приведения в исполнение таких решений вне зависимости от места их вынесения. При этом Ф. Сантакросе не исключает возможности принятия такого международно-правового инструмента в форме протокола к Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Расходы на ведение международного арбитража. Международный арбитраж часто критикуют за дороговизну процесса, непредсказуемость возможных расходов и отсутствие гибких механизмов для их определения. Отвечая на критику со стороны участников международного торгового оборота, ведущие арбитражные центры за последние несколько лет провели реформу своих положений об арбитражных расходах.

Так, LCIA разработал альтернативу системе расчета стоимости рассмотрения спора на основе его цены. Арбитражный центр предлагает сторонам систему почасовой оплаты услуг арбитров, а также сотрудников по администрированию арбитража, с указанием размера их максимальных ставок. Таким образом, стороны могут заранее рассчитать примерную стоимость рассмотрения дела.

Более того, LCIA предлагает альтернативный подход и для оплаты арбитражных расходов - теперь стороны могут не выплачивать сразу всю сумму, а отдельно оплачивать каждую стадию процесса <36>.

<36> LCIA Releases Costs and Duration Data:
<http://www.lcia.org/News/lcia-releases-costs-and-duration-data.aspx> (дата посещения - 18.04.2018).

Кардинально новый подход предлагают активно развивающиеся в последнее время офшорные арбитражные центры. Так, Арбитражный центр Республики Маврикий (MIAC-PCA), действующий в качестве представительства ППТС, не устанавливает даже минимальных ставок ни на услуги арбитров, ни на услуги по администрированию арбитража. Вопрос стоимости рассмотрения спора решается в каждом конкретном случае индивидуально.

Одним из недавних предложений по урегулированию вопроса об арбитражных расходах и предоставлении сторонам арбитражного разбирательства возможности для их определения стало предложение известного арбитра Доуга Джонса, согласно которому стороны должны получить возможность осуществить планирование арбитражных расходов еще до начала арбитражного разбирательства <37>.

<37> Jones D. Using Costs Orders to Control the Expense of International Commercial Arbitration: <http://www.ciarb.org/docs/default-source/news/djones-roebuck-lecture-final.pdf?sfvrsn=0> (дата посещения - 18.04.2018).

Концепция Д. Джонса заключается в том, что стороны могут договориться о проведении предварительного слушания по делу для определения арбитражных издержек: каждая из сторон, их представители и трибунал выскажут свои разумные ожидания в отношении будущих издержек, после чего трибунал вынесет соответствующий процессуальный приказ. При этом интересно, что нарушение этого процессуального приказа может привести к перераспределению арбитражных издержек и их наложению на недобросовестную сторону (например, намеренно затягивавшую процесс).

Преимуществом такого приказа, с точки зрения Д. Джонса, является предсказуемость процесса, который будет ориентирован на соблюдение определенных параметров. Таким образом, и трибунал, и стороны, и их представители изначально понимали бы ход процесса.

По мнению Д. Джонса, ключевыми факторами, влияющими на формирование арбитражных издержек в таком случае должны стать наличие возможности у состава арбитров установить фиксированную сумму расходов сторон по делу, национальность сторон спора с точки зрения их правовой культуры, стоимость услуг представителей сторон, добросовестность сторон.

Окончателность арбитражного решения. Одним из значительных преимуществ международного арбитража по сравнению с государственными судами считается окончательность арбитражного решения и невозможность его пересмотра по существу. Большинство национальных законодательств предусматривает крайне узкий круг оснований, по которым арбитражные решения могут быть оспорены. Как правило, это основания, связанные с процессуальными нарушениями при рассмотрении спора, арбитрабельностью спора либо вопросами публичного порядка.

Однако в последнее время все чаще обсуждается вопрос о необходимости расширения оснований для оспаривания арбитражного решения.

Так, в 2013 г. AAA ввела Факультативный апелляционный регламент <38>. В частности, стороны арбитражного разбирательства вправе подавать заявление об обжаловании решения на основании того, что оно основано на ошибке в праве, которая является существенной и носит преюдициальный характер, либо на очевидном неправильном определении фактов по делу. При этом, как следует из названия данного Регламента, стороны вправе сами решить вопрос о его применении.

<38> Optional Appellate Arbitration Rules: <https://www.adr.org/sites/default/files/AAA%20ICDR%20Optional%20Appellate%20Arbitration%20Rules.pdf> (дата посещения - 18.04.2018).

Хотя AAA пока и является единственной организацией, принявшей такие правила, идея о необходимости допустить обжалование арбитражных решений по существу дела обсуждается повсеместно.

Ключевой частью уже упоминавшегося выступления судьи Верховного Суда Англии и Уэльса лорда Томаса стало обоснование необходимости расширения оснований для обжалования арбитражных решений. В частности, было предложено провести либерализацию правил обжалования с целью развития общего права, особенно в таких отраслях, как морское, торговое и финансовое право: "... В отношении ряда отраслей права, которые традиционно получали развитие в Лондоне, в частности, относящихся к

областям строительства, инженерии, судоходства, страхования и таможни, существуют опасения с точки зрения отсутствия судебной практики для стандартных форм договоров и изменений, произошедших в коммерческой практике.

...У меня нет сомнений в необходимости рассмотрения вопроса о пересмотре секции 69 [Акта 1996 г.]. Ограничение в отношении обжалования в случаях, где поднимается вопрос общественной значимости, на мой взгляд, является серьезным препятствием в развитии общего права" <39>.

<39> The Lord Thomas Cwmgiedd, Lord Chief Justice of England and Wales. Developing commercial law through the courts...

Привлечение третьих лиц к участию в международном арбитраже. В последнее время активно обсуждаются и разрабатываются механизмы по привлечению третьих лиц к участию в международном коммерческом арбитраже.

В первую очередь следует отметить развитие национальных законодательств. Все больше государств на законодательном уровне прямо закрепляют возможность инкорпорирования арбитражной оговорки в корпоративные документы. Так, в России одним из результатов прошедшей арбитражной реформы 2015 г. стала возможность заключения арбитражного соглашения посредством его инкорпорирования в устав компании (ст. 7 Закона об арбитраже).

Еще более активно вопрос закрепления положений о привлечении третьих лиц в своих регламентах в последние годы решают ведущие арбитражные институции. В частности, в 2012 г. новая статья была введена в Арбитражный регламент ICC (ст. 7), были изменены уже существовавшие положения Швейцарского регламента международного арбитража (ст. 4.2), в 2013 г. аналогичные изменения были внесены в Регламент НКІАС (ст. 27), а в 2014 г. был пересмотрен Регламент LCIA (ст. 22.1 (viii)).

Вопрос о перспективах международного инвестиционного арбитража. По данным Конференции ООН по торговле и развитию (United Nations Conference on Trade and Development - UNCTAD), на 2013 г. 93% международных инвестиционных договоров содержат оговорку о рассмотрении споров в инвестиционном арбитраже <40>. Однако развитие инвестиционного арбитража привело и к появлению его противников, которые говорят о необходимости отказа от арбитражного механизма разрешения инвестиционных споров.

<40> См.: Recent developments in investor-state dispute settlement (ISDS) // UNCTAD. 2014. N 1: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf (дата посещения - 18.04.2018); Investor-state dispute settlement: review of developments in 2015 // UNCTAD. 2016. N 2: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d4_en.pdf (дата посещения - 18.04.2018).

В ходе своего выступления на Петербургском международном экономическом форуме 2016 г. министр юстиции РФ Александр Коновалов отметил, что "сегодня институт инвестиционного арбитража подвергается критике как справа, так и слева" <41>. Ключевое внимание министр уделил проблеме признания и приведения в исполнение решений инвестиционных арбитражей, их дороговизне, подозрений в непрозрачности и политизированности.

<41> Коновалов: инвестиционные арбитражи подвергаются критике как справа, так и слева: <http://tass.ru/pmef-2016/article/3370837> (дата посещения - 18.04.2018).

Среди основных причин критики инвестиционного арбитража можно выделить следующие: асимметричность инвестиционного арбитража <42>, небеспристрастность трибуналов по отношению к транснациональным корпорациям, противоречие друг другу арбитражных решений в отсутствие единого апелляционного органа, слишком сложная и долгая процедура рассмотрения дел, дороговизна процесса, транспарентность арбитража <43>, неосновательное обогащение инвесторов за счет взыскиваемых сумм

<44>.

<42> Правом на предъявление иска обладают только инвесторы, в связи с чем нельзя говорить о равенстве правового положения.

<43> **Böckstiegel K.-H.** Practical Issues and Perspectives of Investment Arbitration Involving Russian and CIS Parties: http://www.arbitration-icca.org/media/4/07715340438396/media314011073487630bockstiegel_invarb_involving_russian_and_cis_companies.pdf (дата посещения - 18.04.2018).

<44> См.: Schwebel S.M. In defense of bilateral investment treaties // Arbitration International. Vol. 31. Iss. 2. P. 186 - 187.

Еще одной причиной критики инвестиционного арбитража называют конфликт интересов, возникающий в процессе вследствие того, что арбитры по делу зачастую являются партнерами международных юридических компаний и выступают в качестве представителей сторон по другим делам (интересно, что многие, напротив, видят в таком совмещении преимущество инвестиционного арбитража: арбитры, которые выступают адвокатами по инвестиционным спорам, обладают разносторонним опытом и могут более комплексно рассмотреть спор) <45>.

<45> Ibid. P. 186.

В настоящее время действительно наблюдаются случаи отказа государств от разрешения инвестиционных споров посредством арбитража. Так, за последние годы из Вашингтонской конвенции 1965 г. и ряда двусторонних соглашений о защите иностранных инвестиций вышли Боливия, Эквадор и Венесуэла. В 2014 г. Германия заявила о неприемлемости положений соглашения об экономическом сотрудничестве между Канадой и ЕС, согласно которым споры с инвесторами должны были передаваться на рассмотрение инвестиционного арбитража <46>.

<46> Knigge M. Will Berlin nix the Canada-EU trade deal? // <http://www.dw.com/en/will-berlin-nix-the-canada-eu-trade-deal/a-17893804> (дата посещения - 18.04.2018); Scholz K.-A. Germany puts CETA free trade deal with Canada on hold: <http://www.dw.com/en/germany-puts-ceta-free-trade-deal-with-canada-on-hold/a-17940554> (дата посещения - 18.06.2018).

Высказывается даже позиция о том, что у инвестиционного арбитража нет будущего: арбитраж по своей природе направлен на разрешение коммерческих споров из договоров, в то время как в инвестиционной сфере разрешаются совсем другие вопросы, которые не могут быть отнесены на рассмотрение частного арбитража <47>.

<47> Defending investment arbitration "a lost battle" says Pinsolle: <https://globalarbitrationreview.com/article/1069106/defending-investment-arbitration-%E2%80%9Ca-lost-battle%E2%80%9D-says-pinsolle> (доступно после регистрации; дата посещения - 18.04.2018).

Многие исследователи сходятся во мнении, что альтернативы инвестиционному арбитражу пока что нет, поэтому представляется возможным говорить не об отказе от этого института в целом, а о его частичном реформировании. В частности, одним из средств такого реформирования называют введение апелляционной инстанции.

Одним из наиболее радикальных предложений в поиске решения назревших вопросов стало предложение о создании нового механизма разрешения инвестиционных споров. В 2015 г. Европейская

комиссия выступила с инициативой создания Инвестиционной судебной системы для замены существующих способов разрешения инвестиционных споров.

По замыслу разработчиков, Инвестиционная судебная система должна состоять из трибунала первой инстанции и апелляционного трибунала. При этом работа последнего будет строиться по принципу работы Апелляционного органа ВТО.

Основной идеей создания новой судебной системы является ограничение права инвесторов обращаться с иском к государствам. Среди случаев нарушения прав инвесторов, которые могут быть обжалованы, выделяются дискриминация по половому, расовому, национальному и религиозному признакам, экспроприация активов без выплаты компенсации, а также ограничение права на суд <48>.

<48> Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm (дата посещения - 18.04.2018).

Развитие законодательных и институциональных положений о чрезвычайном арбитраже, привлечении третьих лиц в арбитражный процесс, разработка гибкой системы по распределению арбитражных расходов позволяют говорить об устойчивой тенденции к развитию арбитражного инструментария и поиску ответов на возрастающие потребности участников международного торгового оборота.

Необходимо также отметить большое значение исследований, проводимых арбитражным сообществом, которые выявляют мнение практикующих юристов и хозяйствующих субъектов по текущему положению дел в международном арбитраже. Это привлекает внимание арбитражных центров и национальных законодателей и позволяет сформировать повестку дня для международных конференций и семинаров, в ходе которых вырабатываются концепции для развития международного арбитража.
