

МОСКОВСКАЯ ВЫСШАЯ ШКОЛА СОЦИАЛЬНЫХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ НАУК  
Факультет права

**Борис Романович КАРАБЕЛЬНИКОВ**

# **МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ**

*Учебник*

Издание 2-ое, переработанное и дополненное

ПРЕДНАЗНАЧЕН ИСКЛЮЧИТЕЛЬНО ДЛЯ БЕСПЛАТНОГО РАСПРОСТРАНЕНИЯ

Москва 2013 год

## **Аннотация**

Учебник по международному коммерческому арбитражу представляет собой второе издание первого учебника по этой дисциплине, опубликованного на русском языке. Книга предназначена как для студентов высших юридических учебных заведений, изучающих международное частное право и международный гражданский процесс, так и для практикующих в России юристов, испытывающих необходимость в углублении своих знаний в сфере международного коммерческого арбитража.

В учебнике подробно рассматриваются все вопросы взаимодействия международных коммерческих арбитражей с государственными судами, описывается процедура разрешения спора международным арбитражем. Материал подготовлен с учетом российской и зарубежной судебной практики и законодательства по состоянию на 15 мая 2013 года. При подготовке второго издания учебник был подвергнут структурной переработке и дополнен ссылками на десятки новых судебных актов и академических публикаций.

В конце учебника публикуется глоссарий международного коммерческого арбитража, содержащий ссылки на параграфы учебника, в которых подробно раскрывается содержание соответствующих терминов. В отдельном файле прилагаются схемы, необходимые для изучения предмета курса.

**Об авторе:**

**Профессор факультета права Московской высшей школы социальных и экономических наук.**

Специалист в области гражданского и международного частного права, международного коммерческого арбитража, к.ю.н., доцент.

Окончил юридический факультет МГУ им Ломоносова в 1992 г.

Автор 7 монографий и более 50 статей, опубликованных в России, Австрии, Великобритании, Германии, Франции, Швеции и Нидерландах.

В 1992-1993 гг. работал в юридической фирме “Клишин и партнеры”.

В 1993-2000 гг. работал в международной юридической фирме "Salans Hertzfeld & Neilbronn", в ее офисах в Москве и Лондоне.

С середины 2000 года практикует как независимый эксперт и занимается научной и преподавательской работой.

С 2005 г. – арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ.

С 2007 г. – судья Административного Трибунала Европейского Банка Реконструкции и Развития.

С июня 2003 г. по июль 2007 г. – Главный редактор журнала «Международный коммерческий арбитраж».

С 2000 г. по 2012 г. преподавал в АНХ при Правительстве РФ, с 2011 г. – профессор юридического факультета им. Сперанского Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации.

С мая 2008 г. по май 2013 г. – Член Суда Лондонского международного третейского суда (LCIA).

Принимал участие в качестве арбитра и председателя состава арбитража при рассмотрении дел по регламентам МКАС при ТПП РФ, LCIA и Арбитражного института Торговой Палаты Стокгольма.

В качестве эксперта по российскому праву выступал перед судами Швеции, Англии, США, Германии и Бермудских островов. В качестве представителя стороны или эксперта участвовал в арбитражных разбирательствах, проводившихся по различным международным арбитражным регламентам в России, Англии, Швеции и Швейцарии.

## Оглавление

Об авторе:.....	3
Предисловие автора ко второму изданию .....	8
Список терминов и принятых сокращений .....	15
<b>Глава 1. Место международного коммерческого арбитража в системе внешнеэкономических отношений. Взаимодействие между международными арбитражами и государственными судами .....</b>	<b>18</b>
§ 1.1. Третейский суд и международный коммерческий арбитраж как правовые явления. Их происхождение .....	18
§ 1.2. Формирование законодательной основы для современного международного коммерческого арбитража. Источники права в этой сфере .....	22
Контрольные вопросы к § 1.1 и § 1.2.....	30
§ 1.3. Дефиниция международного коммерческого арбитража. Его место среди правовых дисциплин .....	31
Контрольные вопросы к § 1.3.....	33
§ 1.4. Третейские суды и государственное правосудие.....	33
Контрольные вопросы к § 1.4.....	40
§ 1.5. Отличия международного арбитража от государственного суда. Преимущества и недостатки .....	41
Контрольные вопросы к § 1.5.....	50
§ 1.6. Международные коммерческие арбитражи с участием государства ..51	
Контрольные вопросы к § 1.6. ....	54
§ 1.7. Взаимодействие международных коммерческих арбитражей и государственных судов: общий подход .....	54
§ 1.8. Обеспечительные меры .....	58
Контрольные вопросы к § 1.7 и § 1.8.....	66
§ 1.9. Направление сторон в арбитраж государственным судом, в который был подан иск по существу спора. Преюдициальная сила решений третейских судов .....	66
Контрольные вопросы к § 1.9.....	74
§ 1.10. Содействие государственного суда в сборе доказательств, связанных с проведением международного коммерческого арбитража .....	74
§ 1.11. Формы взаимодействия государственных судов и международных арбитражей, не предусмотренные Законом о МКА .....	75
Контрольные вопросы к Главе 1 в целом.....	82
<b>Глава 2. Арбитражное соглашение и арбитрабельность предмета спора .....</b>	<b>84</b>
§ 2.1. Понятие и роль арбитражного соглашения .....	84
Контрольные вопросы к § 2.1.....	87
§ 2.2. Форма арбитражного соглашения .....	87
Контрольные вопросы к § 2.2.....	97
§ 2.3. Автономность арбитражного соглашения и принцип «компетенции компетенции» .....	97
Контрольные вопросы к § 2.3.....	105
§ 2.4. Правовая природа арбитражного соглашения .....	105
§ 2.5. Полномочия по подписанию арбитражного соглашения.....	106
Контрольные вопросы к § 2.5.....	111
§ 2.6. Распространение действия арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали .....	111
Контрольные вопросы к § 2.6.....	116
§ 2.7. Право, которому подчинено действие арбитражного соглашения .....	116

Контрольные вопросы к § 2.7.....	124
§ 2.8. <i>Арбитражные соглашения, которые недействительны, неисполнимы или утратили силу</i> .....	124
Контрольные вопросы к § 2.8.....	136
§ 2.9. <i>Соотношение вопросов о действительности арбитражного соглашения и об арбитрабельности предмета спора</i> .....	136
Контрольные вопросы к § 2.9.....	141
§ 2.10. <i>Арбитрабельность предмета спора</i> .....	141
Контрольные вопросы к § 2.10.....	160
§ 2.11. <i>Виды арбитражных соглашений</i> .....	161
Контрольные вопросы к § 2.11.....	169
Контрольные вопросы к Главе 2 в целом.....	169
<b>Глава 3. Арбитражное разбирательство</b> .....	170
§ 3.1. <i>Общие подходы</i> .....	170
Контрольные вопросы к § 3.1.....	171
§ 3.2. <i>Оценка арбитражного соглашения</i> .....	171
Контрольные вопросы к § 3.2.....	177
§ 3.3. <i>Оценка затрат в связи с предстоящим арбитражным разбирательством</i> ...	177
Контрольные вопросы к § 3.3.....	181
§ 3.4. <i>Кто будет представлять сторону в ходе арбитражного разбирательства</i> .....	182
Контрольные вопросы к § 3.4. ....	190
§ 3.5. <i>Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – общий анализ</i> .....	190
Контрольные вопросы к § 3.5.....	200
§ 3.6. <i>Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – выбор и назначение арбитра, конфликт интересов, отводы</i> .....	201
Контрольные вопросы к § 3.6.....	219
§ 3.7. <i>Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – участие в выработке процессуальной модели разбирательства, заявление процессуальных возражений</i> .....	219
Контрольные вопросы к § 3.7.....	230
§ 3.8. <i>Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – представление позиции, сбор доказательств и представление экспертных заключений</i> .....	230
Контрольные вопросы к § 3.8.....	239
§ 3.9. <i>Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – участие в устном слушании</i> .....	239
Контрольные вопросы к § 3.9.....	244
§ 3.10. <i>Вынесение арбитражного решения, исправление решения</i> .....	244
Контрольные вопросы к § 3.10.....	254
Контрольные вопросы к Главе 3 в целом.....	255
<b>Глава 4. Процессуальные вопросы приведения в исполнение и оспаривания решений международных арбитражей</b> .....	256
§ 4.1. <i>Стратегия</i> .....	256
§ 4.2. <i>Вопрос об отмене арбитражного решения вправе рассматривать только государственный суд по месту его вынесения</i> .....	261
Контрольные вопросы к § 4.1 и § 4.2.....	271

§ 4.3. Оспаривание отдельных арбитражных решений по вопросу о компетенции состава арбитража .....	271
§ 4.4. Отказ от права на оспаривание арбитражного решения .....	274
Контрольные вопросы к § 4.3 и § 4.4. ....	276
§ 4.5. Процессуальные вопросы оспаривания решения международного арбитража .....	276
§ 4.6. Документы, необходимые для приведения в исполнение решения международного арбитража, сроки, размер госпошлины .....	281
Контрольные вопросы к § 4.5 и § 4.6. ....	292
§ 4.7. Подведомственность и подсудность дел о приведении в исполнение решений международных арбитражей в рамках российской судебной системы .....	293
§ 4.8. Признание арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение .....	296
Контрольные вопросы к § 4.7 и § 4.8. ....	303
§ 4.9. Участие прокурора в делах о приведении в исполнение и оспаривании решений третейских судов в рамках российской судебной системы .....	304
Контрольные вопросы к Главе 4 в целом. ....	309
<b>Глава 5. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража .....</b>	<b>311</b>
§ 5.1. Общие подходы к правовому регулированию отказа в признании и приведении в исполнение решений международных арбитражей и отмены решений международных арбитражей, вынесенных на территории России .....	311
Контрольные вопросы к § 5.1. ....	318
§ 5.2. Общая характеристика оснований для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, ссылаясь на которые по своей инициативе государственный суд не вправе .....	319
Контрольные вопросы к § 5.2. ....	322
§ 5.3. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, связанные с оспариванием его компетенции .....	322
Контрольные вопросы к § 5.3. ....	339
§ 5.4. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, связанные с процессуальными недостатками при проведении арбитражного разбирательства .....	340
Контрольные вопросы к § 5.4. ....	355
§ 5.5. Основания для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения, связанные с его оспариванием по месту его вынесения .....	355
Контрольные вопросы к § 5.5. ....	359
§ 5.6. Право суда, рассматривающего дело о приведении в исполнение или отмене решения международного коммерческого арбитража, изучать вопросы арбитрабельности и публичного порядка по собственной инициативе .....	359
Контрольные вопросы к § 5.6. ....	363
§ 5.7. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, связанные с проблемами арбитрабельности .....	363
Контрольные вопросы к § 5.7. ....	378
§ 5.8. Основания для отказа в исполнении решения международного арбитража, связанные со ссылкой на нарушение публичного порядка .....	378
§ 5.9. «Косвенные иски» и проблема публичного порядка .....	415
Контрольные вопросы к § 5.8 и § 5.9. ....	429

§ 5.10. Приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, отмененных по месту их вынесения .....	429
Контрольные вопросы к § 5.10. ....	432
§ 5.11. Преюдициальность судебных актов по делам, связанным с оспариванием решений международных коммерческих арбитражей.....	433
Контрольные вопросы к § 5.11. ....	436
Контрольные вопросы к Главе 5. ....	436
<b>Заключение</b> .....	437
<b>Рекомендуемая русскоязычная литература</b> .....	440
Нью-Йоркская конвенция .....	446
ПРИЛОЖЕНИЕ II [К ДОКЛАДУ ЮНСИТРАЛ О РАБОТЕ ЕЕ 39-Й СЕССИИ]	
Рекомендация относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции .....	451
Европейская конвенция .....	453
Закон о МКА .....	463
ПРИЛОЖЕНИЕ I [К ДОКЛАДУ ЮНСИТРАЛ О РАБОТЕ ЕЕ 39-Й СЕССИИ]	
Пересмотренные статьи Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже .....	478
<b>ГЛОССАРИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА</b> .....	484

## Предисловие автора ко второму изданию

Международный коммерческий арбитраж как специальная дисциплина, лежащая на стыке международного частного права и международного гражданского процесса, сейчас преподается во многих российских юридических учебных заведениях. Это обусловлено тем, что в настоящее время, в эпоху глобализации и небывалого в истории развития внешней торговли, существует серьезная необходимость в подготовке молодых правоведов, способных участвовать в рассмотрении внешнеэкономических споров в российских и зарубежных третейских судах.

Со времени подписания Нью-Йоркской конвенции 1958 г. «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (далее – Конвенция, Нью-Йоркская конвенция) прошло уже более полувека. В настоящее время в ней участвует большинство государств мира (по информации ЮНСИТРАЛ по состоянию на середину 2013 г. – 148 стран<sup>1</sup>), и количество дел, рассматриваемых международными коммерческими арбитражами, увеличивается год от года. С момента перехода России к рыночной экономике и отказа от монополии внешней торговли количество арбитражных споров с участием российских компаний существенно возросло, причем не только арбитры и коммерсанты, но и судьи в Российской Федерации все чаще сталкиваются с необходимостью применения Конвенции и проблемами, связанными с толкованием ее норм.

В развитие Конвенции приняты международные договоры (прежде всего, Европейская конвенция 1961 г. «О внешнеторговом арбитраже» (Европейская конвенция)) и рекомендован к интеграции в национальные правовые системы Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. «О международном торговом арбитраже» (Типовой закон ЮНСИТРАЛ). Этими актами еще больше расширена сфера применения института международного коммерческого арбитража при рассмотрении споров, осложненных иностранным элементом, регламентирован порядок приведения в исполнение международных арбитражных решений в государстве, на чьей территории они были вынесены, и еще больше ограничены пределы вмешательства государственных судов в споры, уже разрешенные или предполагающиеся к разрешению международным арбитражем.

---

<sup>1</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

В 1993 г. в Российской Федерации был принят Закон «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА), представляющий собой практически дословно русскоязычный текст Типового закона ЮНСИТРАЛ в редакции 1985 г. Таким образом, в самом начале своего независимого развития наша страна приняла законодательство о международном арбитраже, полностью соответствовавшее самым высоким стандартам того времени. Это во многом обусловило устойчивое развитие в течение последних 20 лет Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ), причем в этот период развитие в России международного арбитража по ряду причин опережало развитие внутренних третейских судов.

С момента принятия Конвенции мировая практика ее применения, отслеживаемая ЮНСИТРАЛ и многочисленными специальными изданиями, выработала устоявшиеся подходы к толкованию положений Конвенции, в развитых странах Запада сложились достаточно единообразные правила применения правовых механизмов, регламентированных Конвенцией, причем эта практика продолжает развиваться и совершенствоваться. К сожалению, в силу незнакомства российских юристов с этой практикой российские суды долгое время применяли Конвенцию и основанное на ней законодательство не так, как это делают их западные коллеги. К еще большему сожалению, это различие в понимании и толковании российскими и западными судами норм об *автономности арбитражного соглашения, окончательности и обязательности* арбитражного решения, нарушении *публичного порядка* как препятствия к признанию и приведению в исполнение иностранного арбитражного решения или к выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного арбитража, вынесенного в России, а также многих других норм Типового закона и Конвенции, не преодолено до сих пор.

Одной из причин такой ситуации стала недостаточная подготовка российских юристов в сфере международного арбитража. Несмотря на то, что соответствующий курс сегодня читается практически во всех ведущих юридических учебных заведениях России (отдельно или в составе курса международного частного права), до недавних пор на русском языке не было издано ни одного учебника по международному коммерческому арбитражу.

Автор столкнулся с этой проблемой на практике, когда оказалось, что его книга, посвященная Нью-Йоркской конвенции и рассчитанная на опытных юристов-практиков и

ученых, но никак не на студентов и аспирантов, впервые вышедшая в 2001 г. и с тех пор дважды переиздававшаяся, во многих учебных заведениях используется в качестве учебника по международному арбитражу. К сожалению, ни методологически, ни по объему включенной в нее информации, эта книга не может заменить собой полноценный учебник – хотя бы потому, что в ней идет речь только *о признании и приведении в исполнение* решений международных арбитражей, а также об их *оспаривании*, но ничего не говорится о том, *как* они выносятся, что предшествует вынесению арбитражного решения, какие процессуальные и финансовые решения приходится принимать сторонам, подписавшим арбитражное соглашение. Насколько это известно автору, по перечисленным вопросам до первого издания этого учебника в 2012 г. вообще отсутствовали сколько-нибудь серьезные публикации на русском языке.

Потребность в русскоязычном учебнике, таким образом, очевидна. При этом автор отдавал себе отчет в том, что для российских студентов нельзя просто перевести один из наиболее известных западных учебников по этой дисциплине – слишком велика разница в методике подготовки молодых юристов в России и на Западе, слишком отличаются реалии российского судопроизводства от того, как функционируют западные суды. Преподавая международный арбитраж на протяжении нескольких лет на юридическом факультете им. Сперанского Академии народного хозяйства при Правительстве Российской Федерации (в настоящее время – Российская Академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации), а также в Московской высшей школе социальных и экономических наук, автор пришел к убеждению, что российские студенты и даже практикующие юристы оказываются зачастую не готовыми к работе непосредственно с иностранными источниками, даже если эти источники перевести на русский язык.

Тем не менее, прежде чем начинать изучение курса международного коммерческого арбитража по этому учебнику, читатель должен понимать, что настоящий учебник никоим образом не пытается ни подменить собой западные издания, ни конкурировать с ними. Речь идет, прежде всего, об учебниках Фушара, Гайара и Голдмана<sup>2</sup> и Редферна и Хантера, причем на последний из них, вернее, на его издание 2009 г., будет сделано особенно много ссылок<sup>3</sup>. И все-таки многие понятия, освещенные в этих западных учебниках, но далекие от российских правовых реалий, в этот курс не

---

<sup>2</sup> *Fouchard, Gaillard, Goldman*. On International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999.

<sup>3</sup> *Redfern A., Hunter M*. On International Commercial Arbitration, Oxford University Press, first published 2009.

вошли. Автор настоятельно рекомендует читателям ознакомиться с ними в первоисточнике.

Отметим, что все лучшие русскоязычные учебники по международному частному праву содержат главу, посвященную международному арбитражу, но ввиду недостаточного объема времени, отводимого на его изучение в рамках программы МЧП, все эти учебники ограничиваются лишь самыми общими сведениями о международном коммерческом арбитраже<sup>4</sup>. В наиболее популярном российском учебнике по арбитражному процессу<sup>5</sup> тематика международного коммерческого арбитража раскрыта в разделе, написанном одним из ведущих российских специалистов в этой сфере – к.ю.н., доцентом Е.А. Виноградовой, однако, опять-таки, этот учебник ориентирован на изучение другой учебной дисциплины, вследствие чего в нем отведено недостаточно места для изложения всей полноты специфики международного коммерческого арбитража. Кроме того, Е.А. Виноградова была вынуждена описывать в равной степени российские внутренние третейские суды и международные коммерческие арбитражи, что не позволило ей в рамках объема этого учебника добиться полного отражения специфики последних.

Международный коммерческий арбитраж как комплексная правовая дисциплина требует от учащихся знаний как в сфере международного частного права (вопросы *lex societatis*, *lex contractus*, коллизионных привязок, автономии воли сторон), так и в сфере гражданского процесса (представление и заверение документов и доверенностей, заявление процессуальных ходатайств, представление доказательств). Именно поэтому его изучение возможно лишь на последней стадии юридического образования, а еще лучше тематика международного коммерческого арбитража осваивается юристами, которые уже начали свою практическую деятельность и смогли осознать недостаточность подготовки, полученной ими в рамках освоения стандартных программ в российских университетах и институтах.

Настоящий учебник в первую очередь рассчитан на юристов, которые планируют работать в России. Поэтому после того, как читатель получает базовое представление о том или ином составном элементе дисциплины, как его понимают на Западе, упор делается на изучение именно российской судебной практики. Особое внимание уделено

---

<sup>4</sup> Исключением из этого правила является недавно изданный учебник по международному частному праву профессора Н. Ерпылевой (М.: Юрайт, 2012), где объем материала, посвященного международному коммерческому арбитражу, весьма велик, но материал подан скорее в форме научной дискуссии.

<sup>5</sup> См.: Арбитражный процесс: учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

изучению Информационных писем Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96, содержащего «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» (далее – Информационное письмо № 96) и от 26 февраля 2013 г. № 156, содержащего «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» (далее – Информационное письмо № 156), а также Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 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» (далее – Постановление № 10-П). Помимо этих важнейших актов высших российских судов, используются материалы десятков определений и постановлений, вынесенных российскими судами разных инстанций, а также опубликованная практика МКАС при ТПП РФ. Все эти материалы подготовлены с использованием СПС «КонсультантПлюс».

Следует обратить внимание читателей на то, что они держат в своих руках именно учебник, а не бесплатное пособие для решения реальных коммерческих споров. Целью написания этой книги, которую ставил перед собой автор, было ознакомление читателей с международным коммерческим арбитражем как комплексной правовой дисциплиной, а не консультирование широких групп заинтересованных лиц по неограниченному кругу абстрактных вопросов. Если у юриста или бизнесмена возникает конкретный вопрос, связанный с международным арбитражем, его следует адресовать специалистам. О том, как выбрать таких специалистов, речь пойдет в § 3.4.

Для упрощения терминологии в учебнике вводится понятие «*приведение в исполнение арбитражного решения*», которое в отношении иностранных арбитражных решений означает *признание и приведение в исполнение* таких решений, а в отношении международных арбитражных решений, вынесенных на территории Российской Федерации – процедуру *выдачи исполнительного листа* на их принудительное

исполнение. Другие дефиницированные термины перечисляются в Списке терминов и принятых сокращений, следующим непосредственно за этим Введением.

И последнее вводное замечание. В настоящем учебнике под одной обложкой соединены сведения, входящие в программу бакалавриата, а также сведения, которые должны изучаться соискателями степеней магистра частного права и LL.M. Разделить их на две книги пока не представляется возможным, так как большинство молодых российских юристов, обучающихся по программе магистратуры, соответствующими знаниями, которые должны были быть получены ими в рамках обучения по программе бакалавриата, не владеют. Абзацы и параграфы, содержащие материалы, которые не относятся к курсу бакалавриата, а также контрольные вопросы к таким материалам, выделены вот таким шрифтом.

В приложении к учебнику содержится сокращенный Глоссарий международного коммерческого арбитража<sup>6</sup>, в котором разъясняются иностранные термины, используемые в этой сфере юридического бизнеса. В случае, если связанное с термином правовое понятие нашло свое отражение в учебнике, Глоссарий содержит ссылку на его соответствующий параграф.

Хотя после выхода в свет первого издания этого учебника прошел всего год, сложилась настоятельная потребность во включении в него новых важных материалов российской и международной судебной и арбитражной практики, прежде всего – Информационного письма № 156. Добавлен новый § 4.9, ссылки на десятки новых судебных решений и публикаций, как российских, так и зарубежных, анализ нового законодательства<sup>7</sup>. В отдельный § 5.9 выделены материалы, связанные с так называемыми «косвенными исками». Все эти изменения должны быть учтены как практикующими юристами, так и преподавателями и учащимися.

Автор хочет обратить внимание потенциальных читателей на то, что в 2012 году после выхода в свет первого издания этого учебника был опубликован еще один учебник по международному арбитражу<sup>8</sup>, написанный большой группой российских авторов.

---

<sup>6</sup> Полный текст см.: *Карабельников Б.Р.* Глоссарий международного коммерческого арбитража. М.: Статут, 2007.

<sup>7</sup> В том числе Федерального закона Российской Федерации от 7 мая 2013 года № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>8</sup> *Международный коммерческий арбитраж: Учебник / под ред. В.А.Мусина, О.Ю. Скворцова* – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третеский суд»; М.: «Инфотропик Медиа», 2012.

Таким образом, у читателя появился выбор, какому учебнику доверить свое образование. Автор это горячо приветствует.

### Список терминов и принятых сокращений

АПК РФ 2002 г. или АПК – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (Российская газета. 2002. 27 июля).

Арбитражное решение – решение международного коммерческого арбитража, как окончательное (final award), так и любое другое – partial award, award on jurisdiction, additional award.

Вестник ВАС РФ – Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (Российская газета. 2002. 20 ноября).

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации, части первая, вторая, третья и четвертая.

Европейская конвенция – Европейская конвенция 1961 г. «О внешнеторговом арбитраже», подписана 21 апреля 1961 г. в Женеве, вступила в силу 1 января 1964 г. Ратифицирована СССР 14 мая 1962 г., вступила в силу для СССР 7 января 1964 г.

ЕГРЮЛ – Единый государственный реестр юридических лиц Российской Федерации

Закон о МКА – Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" (Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1240).

Закон о третейских судах – Федеральный закон "О третейских судах в Российской Федерации" от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ (Российская газета. 2002. 27 июля).

Киевское соглашение – Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, подписано в Киеве 20 марта 1992 г. (Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 1992. № 4).

Конвенция или Нью-Йоркская конвенция – Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подписана в Нью-Йорке 10 июня 1958 г., вступила в силу 7 июня 1959 г., подписана СССР 29 декабря 1958 г., ратифицирована СССР 24 августа 1960 г., вступила в силу для СССР 22 ноября 1960 г.

ЛМТС – Лондонский международный третейский суд, LCIA.

МКАС – Международный коммерческий арбитражный суд, наименование институциональных арбитражей, действующих при торгово-промышленных палатах республик бывшего СССР, например, МКАС при ТПП РФ.

МТП – Международная торговая палата.

Информационное письмо № 96 – Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96, содержащее «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 № 156 – Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 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».

Приведение в исполнение арбитражного решения – применительно к Российской Федерации либо процесс выдачи исполнительного листа на исполнение арбитражного решения, вынесенного на территории России, либо процесс признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения.

Постановление № 10-П – Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 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».

Типовой закон ЮНСИТРАЛ – Типовой закон ЮНСИТРАЛ "О международном торговом арбитраже", одобрен Комиссией ООН по праву международной торговли 21 июня 1985 г. и рекомендован Генеральной Ассамблеей ООН 11 декабря 1985 г. (Резолюция 40/72).

ТПС – Торговая Палата Стокгольма.

Указ 1988 г. – Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-ХІ «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» (Ведомости Верховного Совета СССР. 1988. № 26. Ст. 427). Действует в части, не противоречащей АПК РФ 2002 г. (ст. 3 Федерального закона «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» от 24 июля 2002 г. № 96-ФЗ (Российская газета. 2002. 27 июля)).

ЮНСИТРАЛ – Комиссия ООН по праву международной торговли (UNCITRAL).

ФАС ЦО – Федеральный арбитражный суд Центрального округа.

ФАС ДО – Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа.

ФАС МО – Федеральный арбитражный суд Московского округа.

ФАС ПО – Федеральный арбитражный суд Поволжского округа.

ФАС СЗО – Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа.

ФАС УО – Федеральный арбитражный суд Уральского округа.

ФАС ВСО – Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа.

ФАС ВВО – Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа.

ФАС ЗСО – Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа.

ФАС СКО – Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа.

## Глава 1. Место международного коммерческого арбитража в системе внешнеэкономических отношений. Взаимодействие между международными арбитражами и государственными судами

### § 1.1. Третейский суд и международный коммерческий арбитраж как правовые явления. Их происхождение

С самого зарождения государства как феномена общественно-политического устройства жизни людей *право на осуществление правосудия* рассматривалось носителями власти как особая привилегия и часть государственного суверенитета: помимо законов, изданных соответствующим правителем (сувереном), на его территории действовал суд, вершивший правосудие от имени данного правителя. Применение на территории «своего» государства законов, изданных за его пределами, и исполнение решений, принятых иностранными судами, не только не приветствовалось, но и было просто невозможным, рассматривалось как неуважение к собственным властным прерогативам. И в XXI веке, несмотря на процесс глобализации, эти проблемы до сих пор нельзя считать полностью разрешенными.

При этом отметим, что судебные функции государственной власти, как правило, связаны с ее законодательными функциями: суверен (государство) в лице назначенного им судьи вершит правосудие, применяя законы, изданные этим же сувереном (государством). Правда, судить друг друга люди начали задолго до того, как были сформулированы и положены на бумагу (папирус, пергамент) или высечены на камне первые законы, и зачастую и сам суд, и правовые аргументы победителя основывались не столько на нормах закона или абстрактной справедливости, сколько на *праве сильного*, т.е. на простом физическом принуждении. Надо с сожалением констатировать, что и сегодня, в XXI в., эти же недостатки государственного правосудия (т.е., во-первых, зависимость судебной и законодательной власти от одного и того же носителя государственных регалий и, во-вторых, решение дел в пользу сильных, а не правых) столь же актуальны для некоторых стран, обладающих атомными бомбами, как были актуальны во времена ветхозаветных пророков, несмотря на то что в наше время конституции всех цивилизованных государств формально закрепили отделение друг от друга законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти и провозгласили принцип верховенства закона.

Такая ситуация не могла устраивать людей в древности, равно как она не устраивает их и сегодня. Поэтому в качестве альтернативы судам государственным с древнейших времен известны суды третейские, отличающиеся от государственных тем, что функции *третейского судьи (арбитра)* в них осуществляет лицо, не зависящее от государства, в большинстве случаев – избранное самими спорящими сторонами или назначенное с применением согласованной спорящими сторонами процедуры.

История третейского суда не входит в тематику настоящего курса. Отметим лишь, что материала для исследований в этой области более чем достаточно: например, лишь перечень источников, опубликованный г-ном Д. Рэбуком, насчитывает более 40 страниц<sup>9</sup>. Но такие исследования более относятся к истории права, нежели к практике его применения.

Тем не менее для того, чтобы у читателя сложилось правильное представление о происхождении современных третейских судов в целом и международных коммерческих арбитражей в частности, необходимо уделить еще некоторое внимание их истории.

Третейские суды до новейшего времени не опирались на возможность принудительного исполнения их решений, так как их решения не приравнивались к решениям государственных судов, чье принудительное исполнение гарантируется всей силой того государства, на чьей территории они вынесены. Эта проблема третейского правосудия до сих пор является одной из наиболее серьезных, хотя, разумеется, в XX в. были найдены правовые механизмы, в рамках которых решения третейских судов стали приводиться в исполнение государственными судами.

Однако и в глубокой древности существовали чисто правовые механизмы, с помощью которых можно было понудить сторону, проигравшую спор, исполнить решение третейского суда.

Так, например, римскому праву был известен механизм *compromissum sub poena*, в соответствии с которым стороны правоотношения заключали между собой два соглашения: во-первых, соглашение о том, что все споры, вытекающие из их правоотношения, будут рассмотрены третейским судом, и, во-вторых, если решение третейского суда не будет добровольно исполнено проигравшей спор стороной, то эта сторона уплатит победителю в разбирательстве крупный штраф. Такие штрафы без проблем взыскивались государственными судами Древнего Рима, которые таким образом

---

<sup>9</sup> Roebuck D., Sources for the History of Arbitration, (1998) 14 Arb Intl.

обеспечивали обязательность исполнения решений третейских судов, не вникая в их содержание и не пересматривая их по существу<sup>10</sup>.

Позже, в Средние века, гражданский оборот сильно сократился по сравнению с временами Древнего Рима, и вместо хозяйственных споров предметом третейского разбирательства стали споры политические. Очень часто вместо того, чтобы разрешать конфликты силой оружия, феодалы прибегали к третейскому суду, где в роли арбитра выступал другой авторитетный феодал<sup>11</sup> или духовное лицо, например епископ. В случае, если решение третейского судьи не исполнялось добровольно, он мог принять соответствующие меры. Например, если он был королем или герцогом, он мог объявить войну стороне, которая не исполнила его решение. У духовных лиц было «духовное оружие» – анафема (проклятие и отлучение от церкви) и интердикт (запрет на совершение религиозных обрядов). В Средние века такое оружие было эффективнее мечей и стрел<sup>12</sup>.

Далее, по мере развития хозяйственных связей, потребности в третейском правосудии стали только расти. Средневековое производство было организовано по *цеховому* принципу, в рамках которого на территории некоего города или государства определенным ремеслом мог заниматься только член соответствующего сообщества ремесленников. Цех выступал в роли, как сказали бы теперь, саморегулируемой организации, вступить в него можно было, лишь пройдя обучение у одного из его членов и сдав строгий профессиональный экзамен. Но нас в наибольшей степени должно интересовать то, что члены цеха приносили клятву верности, которая, в частности, включала в себя обязательство безоговорочного подчинения вердикту третейского суда, вынесенному в ходе рассмотрения внутрицеховых споров<sup>13</sup>. Нарушивший решение такого суда ремесленник навсегда изгонялся из корпорации, и у него уже не было шансов продолжить работу по специальности.

По мере развития межгосударственных экономических связей цеха и профессиональные корпорации перешагнули государственные границы. Еще задолго до заключения межгосударственных соглашений о правовой помощи член купеческой корпорации или банкир, оказавшийся за границей, мог получить товар или кредит, просто доказав свою принадлежность к определенному торговому сословию: гарантией его добросовестности являлось поручительство коллег и, не в последнюю очередь,

<sup>10</sup> David R., Arbitration in International Trade, Economica, 1984, P. 84 and 85.

<sup>11</sup> Garro A. Людовик Святой и его королевство. СПб., 2002. С. 189.

<sup>12</sup> Левандовский А. Карл Великий. М.: Молодая гвардия, 1999. С. 47.

<sup>13</sup> Пиренн А. Средневековые города Бельгии. СПб., 2001. С. 156, 391; Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада. Сретенск: МЦФИ, 2000. С. 271.

обязательство исполнить решение третейского суда в случае возникновения спора. Таким образом, вердикты третейских судов по гражданским спорам вышли за рамки государственных границ. Метод обеспечения принудительности решения был тот же: страх быть изгнанным из профессионального сообщества.

Именно цеховые сообщества первыми оценили *преимущества третейского разбирательства перед государственным судом*. Во-первых, третейскими судьями были наиболее уважаемые члены цеха, профессионалы с безупречной репутацией, которые гораздо лучше любого государственного судьи понимали специфику того или иного ремесла. Во-вторых, минимизировались риски, связанные с коррупцией, так как третейскими судьями становились лишь самые достойные среди коллег. В-третьих, обязательность и окончательность решения третейского суда обеспечивалась угрозой изгнания из профессионального сообщества гораздо эффективнее, чем если бы это решение взялся исполнять государственный судебный пристав. При этом в ряде случаев решения, выносимые цеховыми третейскими судами, принимались во внимание и зарубежными коллегами, т.е. перешагивали через государственные границы – отметим, что в рамках современного права эта проблема теоретически была решена только в 1958 г. с принятием Нью-Йоркской конвенции, а на практике до сих пор остается не решенной в ряде государств. С момента, когда решения третейских судов, вынесенные за рубежом, стали исполняться в других государствах, возникла новая разновидность третейского суда – международный коммерческий арбитраж.

Отметим, что средневековые методы обеспечения обязательности исполнения решения цехового третейского суда оказались очень эффективными и живучими. Например, Устав Международного олимпийского комитета предусматривает исключение из соревнований тех его членов, которые откажутся добровольно исполнить решение международного Спортивного арбитражного суда в Лозанне (CAS), аналогичные положения мы встретим в уставах спортивных федераций, проводящих соревнования по олимпийским видам спорта.

Другим примером может послужить санкция, предусмотренная Уставом Федерации ассоциаций масел, семян и жиров (FOSFA), одной из крупнейших организаций, объединяющей торговцев сельскохозяйственной продукцией. Если кто-то из ее членов не исполнит решение третейского суда FOSFA, об этом будет сообщено всем участникам, и вряд ли у нарушителя останутся хоть какие-нибудь шансы продолжить свой бизнес.

*§ 1.2. Формирование законодательной основы для современного международного коммерческого арбитража. Источники права в этой сфере*

К началу XX в. цеховые принципы организации промышленности и торговли уступили свое место тому явлению, которое теперь названо словом «глобализация», и уже не могли обеспечить потребности хозяйствующих субъектов из разных стран в том, чтобы решения третейских судов против нарушившего договорные обязательства контрагента исполнялись бы вне зависимости от его местонахождения и принадлежности к определенному сословию или профессиональному кругу. Возникла необходимость в том, чтобы решения третейских судов могли быть исполнены в рамках системы государственного правосудия, причем капиталистические государства обнаружили в этом не меньшую заинтересованность, нежели сами частные предприниматели.

Еще в 1923 г. был подписан Женевский протокол об арбитражных оговорках. У этого Протокола были две цели: во-первых, выделить арбитраж с участием сторон, относящихся к разным странам, из числа обычных споров, рассматриваемых национальными судами, и, во-вторых, обеспечить исполнение соответствующих арбитражных решений на территории государств, где эти решения выносились. Участниками данного Протокола были 13 европейских стран, а также Бразилия, Индия, Япония, Таиланд и Новая Зеландия.

Однако в связи с расширением международной торговли вскоре после принятия этого Протокола возникла необходимость в дальнейшем развитии механизмов международного коммерческого арбитража. Уже в 1927 г. под эгидой Лиги Наций была согласована и подписана Женевская конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений. Основными ее целями были расширение применения Женевского протокола 1923 г. и обеспечение приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных по спорам, подпадающим под действие этого Протокола, за пределами государств, на чьей территории выносились соответствующие решения. Женевская конвенция содержала указание о том, что сторонами спора, разрешаемого международным коммерческим арбитражем, должны были быть только лица, домицилированные в разных странах. Таким образом, предприятия с иностранными инвестициями не могли передавать свои споры с другими лицами, домицилированными в том же государстве, на рассмотрение международного коммерческого арбитража. Кроме того, Женевская конвенция 1927 г.

основывалась на таком важном принципе, как принцип «двойной экзекватуры»<sup>14</sup>, в соответствии с которым для приведения в исполнение международного арбитражного решения было необходимо сначала получить экзекватуру в государственном суде по месту вынесения решения и лишь потом – в государственном суде по месту его исполнения (т.е. в государственном суде по месту нахождения ответчика или его имущества). Участниками Женевской конвенции 1927 г. стало большинство государств, присоединившихся к Протоколу 1923 г.

Однако положения женевских протокола и конвенции в недостаточной степени отвечали требованиям международного коммерческого оборота, стремительно развивавшегося после Второй мировой войны. В 1953 г. Международная торговая палата – МТП (International Chamber of Commerce – ICC) подготовила проект конвенции о признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений и направила его на рассмотрение в Экономический и Социальный Совет ООН (ЭКОСОС/ECOSOC). Но этот проект показался слишком радикальным, и ЭКОСОС в 1955 г. преобразовал его в проект конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и вынес этот проект на рассмотрение Конференции, которая состоялась в 1958 г. в штаб-квартире ООН в Нью-Йорке.

Участники этой исторической Конференции проделали поистине титаническую работу. Из множества предложений и пожеланий они смогли отобрать и согласовать именно те, которые позволили сделать радикальный шаг вперед – принять Конвенцию, значительно отличающуюся от Женевских протокола 1923 г. и конвенции 1927 г.

- ▶ Во-первых, Конференция отказалась от архаичного принципа «двойной экзекватуры», значительно удлинявшего и усложнявшего приведение в исполнение арбитражного решения.
- ▶ Во-вторых, ей удалось сформулировать исчерпывающий перечень оснований, по которым в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано судом государства, на чьей территории испрашиваются такие признание и приведение в исполнение.
- ▶ В-третьих, она сформулировала принцип, в соответствии с которым государственный суд, в который поступил иск по спору, охваченному арбитражным

---

<sup>14</sup> Экзекватура – термин международного гражданского процесса, используемый в случае, если возникает необходимость в приведении в исполнение неким государственным судом решения иностранного государственного или третейского суда. В российском законодательстве не используется, вследствие чего иногда некорректно употребляется некоторыми российскими авторами академических сочинений.

соглашением, должен направить стороны в арбитраж и прекратить рассмотрение этого иска, если об этом будет заявлено своевременное ходатайство.

► Наконец, Конференция сумела соединить в едином документе правила и о форме арбитражного соглашения, и об исполнении решений иностранных арбитражей, которые первоначально планировалось закрепить в двух параллельных документах по образцу Женевских протокола 1923 г. и конвенции 1927 г.<sup>15</sup> Так родилась *Нью-Йоркская конвенция 1958 г. «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»* (далее – Конвенция, Нью-Йоркская конвенция). Советский Союз, правопродшественник Российской Федерации, ратифицировал ее одним из первых. В настоящее время в этой Конвенции участвуют все государства бывшего Союза ССР, кроме Туркменистана.

Помимо перечисленных выше принципиальных отличий Нью-Йоркской конвенции от Женевского протокола, в ней были закреплены еще две важные новеллы:

► перераспределение бремени доказывания: вместо возложения на победителя арбитража обязанности доказать наличие оснований, установленных для признания и исполнения иностранного арбитражного решения, Конвенция возложила обязанность по доказыванию наличия оснований для отказа в признании и исполнении арбитражного решения на ту сторону, в отношении которой испрашиваются признание/исполнение, т.е. на сторону, проигравшую арбитраж (ст. V (1));

► закрепление «правила более выгодной нормы», в соответствии с которым положения Нью-Йоркской конвенции не затрагивают действия других многосторонних или двусторонних договоров о признании и приведении в исполнение арбитражных решений и не лишают никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются более выгодным для нее законом или международным договором страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения (ст. VII (1)).

С тех пор прошло уже более полувека, а Нью-Йоркская конвенция по-прежнему остается наиболее важным источником права в сфере международного коммерческого арбитража. По информации ЮНСИТРАЛ по состоянию на середину 2013 г. в ней участвует большинство государств мира – 148<sup>16</sup>), и количество дел, рассматриваемых международными третейскими судами, увеличивается год от года. Можно с уверенностью

<sup>15</sup> Sanders P. The making of the Convention. Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention. Experience and Prospects. N.Y.: United Nations, 1999. P. 3.

<sup>16</sup> www.uncitral.org

утверждать, что Нью-Йоркская конвенция является наиболее успешным инструментом международного частного права современности. Для сравнения, в Конвенции ООН 1980 г. «О договорах международной купли-продажи товаров», служащей основой для всей системы внешнеторговых сделок в современном мире, участвуют всего 76 государств.

С момента принятия Нью-Йоркской конвенции мировая практика ее применения, отслеживаемая ЮНСИТРАЛ и многочисленными специальными изданиями (прежде всего, изданиями International Council for Commercial Arbitration – ICCA), выработала устоявшиеся подходы к толкованию всех положений Конвенции, в развитых странах Запада сложились достаточно единообразные правила применения правовых механизмов, регламентированных Конвенцией, причем эта практика продолжает развиваться и совершенствоваться. В развитие Конвенции приняты международные договоры (прежде всего, *Европейская конвенция 1961 г. «О внешнеторговом арбитраже»* (Европейская конвенция)) и рекомендован к интеграции в национальные правовые системы *Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. «О международном торговом арбитраже»* (Типовой закон ЮНСИТРАЛ)<sup>17</sup>. Этими актами еще больше расширена сфера применения института международного коммерческого арбитража при рассмотрении споров, осложненных иностранным элементом, регламентирован порядок приведения в исполнение международных арбитражных решений в государстве, на чьей территории они были вынесены, и еще больше ограничены пределы вмешательства государственных судов в споры, уже разрешенные или предполагающиеся к разрешению международным арбитражем.

После принятия Нью-Йоркской конвенции в практику заключения внешнеэкономических сделок повсеместно вошло включение в них так называемых *арбитражных оговорок*, представляющих собой обязательство сторон сделки рассматривать все возникающие между ними споры не в государственных судах, а в международном коммерческом арбитраже. В настоящее время абсолютное большинство решений международных арбитражей, выносимых в мире, основано именно на таких арбитражных оговорках, присутствующих практически во всех без исключения

---

<sup>17</sup> По сведениям, доступным на сайте [uncitral.org](http://uncitral.org), к 2013 г. национальные законы, основанные на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, приняты более в 66 государствах мира, ряде штатов США, Шотландии, Бермудах и ряде бывших колоний стран Запада. При этом надо отметить, что на самом деле распространение Типового закона еще шире. Сайт ЮНСИТРАЛ отражает только законы, непосредственно основанные на структуре и тексте Типового закона, в то время как в ряде стран идеи этого Типового закона были просто инкорпорированы в национальное законодательство. В качестве примера государств, учитывавших Типовой закон при разработке собственных актов, можно назвать Англию, Швецию, Францию.

контрактах, заключаемых между собой компаниями и предпринимателями, домицилированными в различных странах. Эта практика отражает признание современными юристами-международниками тех существенных преимуществ, которыми обладают в современном мире международные коммерческие арбитражи перед государственными судами (см. подробнее далее в § 1.5).

С момента перехода России к рыночной экономике и отказа от существовавшей в СССР государственной монополии внешней торговли количество арбитражных споров с участием российских компаний существенно возросло, причем не только арбитры и коммерсанты, но и судьи в Российской Федерации все чаще сталкиваются с необходимостью применения Конвенции и проблемами, связанными с толкованием ее норм.

Хотя СССР был одним из первых государств, ратифицировавших Нью-Йоркскую конвенцию, реально практика ее применения в нашей стране отсутствовала. В условиях государственной монополии внешней торговли советские внешнеторговые организации стремились к скрупулезному исполнению своих договорных обязательств, а если и возникали арбитражные споры, то решения, вынесенные по ним, добровольно исполнялись советскими организациями, которые очень заботились о своей репутации. Практической потребности в имплементации Конвенции в советском законодательстве поэтому не возникало. Впервые процессуальные нормы, направленные на создание в советском праве механизмов, необходимых для применения Конвенции советскими судами, были закреплены только в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-ХІ «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» (далее – Указ), когда в СССР уже было разрешено создание совместных предприятий с участием иностранных партнеров.

В 1993 г. в России был принят *Закон «О международном коммерческом арбитраже»* (Закон о МКА), основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ в редакции 1985 г. Однако этот Закон, следуя в направлении, указанном Конвенцией, лишь повторил ее ключевые нормы, но не разъяснил их, а равно не содержал процессуальных норм, направленных на имплементацию Конвенции в рамках российской национальной судебной системы (отметим, что этот Закон и не мог содержать таких норм, так как был основан на модели ЮНСИТРАЛ, составители которой не ставили перед собой задачу сформулировать национальные нормы процессуального права, четко разъясняющие, в какой суд, в каком порядке и в какие сроки следует обращаться с целью признания и

приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, какую платить госпошлину, как обжаловать вынесенный по этой категории дел судебный акт и т.п.). Поэтому применение Конвенции и Закона о МКА в конце прошлого века в России было сопряжено со значительными сложностями.

В России при принятии в 1993 г. Закона о МКА к компетенции международных арбитражей были отнесены не только споры с участием лиц, домицилированных в различных государствах, споры, касающиеся обязательств, которые должны быть исполнены в разных государствах или которые, по мнению их участников, носят международный характер (как это предусмотрено п. 3 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ), но и «споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации» (см. п. 2 ст. 1 Закона о МКА). В этом заключается основное отличие нашего Закона от Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Причиной включения в рекомендованную ЮНСИТРАЛ модель процитированной выше нормы п. 2 ст. 1 Закона о МКА было то, что в 1993 г. статус внутренних третейских судов был урегулирован в российском законодательстве неудовлетворительным образом, что позволяло в это время российским государственным арбитражным судам пересматривать существо третейского решения и отменять его по своему усмотрению. Для того чтобы дать работающим в России предприятиям с иностранными инвестициями возможность обратиться к привычной для западных бизнесменов практике разрешения экономических споров в рамках цивилизованного третейского разбирательства, чье решение было бы окончательным и обязательным, сфера применения российского Закона о МКА была сознательно расширена.

Такое законодательное решение себя полностью оправдало, и на протяжении 9 лет, прошедших с момента введения в силу российского Закона о МКА до принятия Закона о третейских судах, компании с иностранными инвестициями могли пользоваться в нашей стране правом на рассмотрение их споров с другими российскими субъектами предпринимательской деятельности в третейском суде, чье решение приводится в исполнение на началах Нью-Йоркской конвенции, чего были лишены российские предприниматели и компании, заключавшие между собой сделки, лишенные признаков

иностранного элемента<sup>18</sup>. Кроме того, принимая во внимание то, что в начале 90-х гг. российские внутренние третейские суды находились лишь в стадии своего становления, предприятия с иностранными инвестициями в силу указанной нормы п. 2 ст. 1 Закона о МКА могли пользоваться инфраструктурой МКАС при ТПП РФ, ведущего российского арбитражного центра, имевшего на тот момент гораздо больше возможностей для вынесения мотивированных и беспристрастных решений, чем любой из вновь созданных в России внутренних третейских судов.

Перечислим также *важнейшие нормы Закона о МКА*, которые будут подробнее рассмотрены ниже в настоящем учебнике:

- ▶ 1) принцип утраты права на возражение – ст. 4 Закона (см. § 3.7 далее);
- ▶ 2) запрет на вмешательство государственного суда в спор, в отношении которого существует арбитражное соглашение, если только соответствующая форма вмешательства не санкционирована Законом – ст. 5 Закона о МКА (см. § 1.7 далее);
- ▶ 3) регламентация формы и содержания арбитражного соглашения, принципов автономности арбитражного соглашения и «компетенции компетенции» – ст. 7 и 16 Закона о МКА (см. § 2.3 далее);
- ▶ 4) законодательное закрепление основных начал арбитражного разбирательства (равенства сторон, независимости и беспристрастности арбитров) (см. § 3.5 и 3.6 далее).
- ▶ 5) закрепление трехмесячного пресекательного срока на оспаривание арбитражного решения – п. 3 ст. 34 Закона о МКА (см. § 4.5 далее).
- ▶ 6) закрепление оснований для оспаривания арбитражного решения, совпадающих с основаниями для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, предусмотренными в статье V Нью-Йоркской конвенции, закрепление компетенции национального суда по месту вынесения арбитражного решения для рассмотрения заявления для отмены такого решения – ст. 34 Закона о МКА (см. § 4.5 и Главу 5 далее).

Все эти нормы очень важны и до сих пор малоизвестны российским адвокатам и судьям. Но время не стоит на месте, с момента разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ минуло уже более четверти века. На 39-й сессии ЮНСИТРАЛ, прошедшей в Нью-Йорке с 19 июня по 7 июля 2006 г., были приняты изменения и дополнения к Типовому закону ЮНСИТРАЛ, а

---

<sup>18</sup> Забегая вперед, отметим, что и с принятием в 2002 г. Закона о третейских судах п. 2 ст. 1 Закона о МКА пересмотрен не был. Вопрос об изъятии этого положения из Закона о МКА был поставлен в 2012 г. и пока дебатруется.

также Рекомендация относительно толкования п. 2 ст. II и п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции. Тексты этих документов пока не имплементированы в российском законодательстве, но уже стали объектом комментариев, опубликованных на русском языке<sup>19</sup>. Эти тексты публикуются в приложении к учебнику.

Принятие нового АПК РФ, вступившего в силу с 1 сентября 2002 года, позволило устранить в нашем законодательстве большую часть процессуальных пробелов, связанных с применением Конвенции и Закона о МКА. Соответствующие нормы АПК будут тщательно проанализированы ниже, в Главах 2, 4 и 5 настоящего учебника.

Помимо национального законодательства, существенную роль в развитии международного коммерческого арбитража играют многосторонние и двусторонние договоры о защите и поощрении капиталовложений. По подсчетам д.ю.н. И.О. Хлестовой, таких договоров у России в настоящее время заключено более 60<sup>20</sup>. К числу многосторонних международных договоров Российской Федерации, где международный коммерческий арбитраж назван как наиболее эффективный способ разрешения противоречий между частным инвестором и иностранным государством, в котором были осуществлены его инвестиции, относятся подписанная, но пока не ратифицированная Россией Вашингтонская конвенция об урегулировании инвестиционных споров 1965 г., а также Сеульская конвенция от 11 октября 1985 г. об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций, ратифицированная Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. № 4186-1. Уже известно несколько дел, основанных на рассмотрении исков, поданных к Российской Федерации как к ответчику, подавались такие иски и против других государств, входивших в состав СССР, в частности, Украины, Казахстана, Грузии, Литвы (см. подробнее в § 1.6 далее).

Генеральная Ассамблея ООН регулярно в своих резолюциях подчеркивает значение третейского разбирательства для мировой торговли и рекомендует тексты, разработанные ЮНСИТРАЛ, для имплементации в национальном законодательстве. Так, в резолюции A/RES/65/22, принятой на ее 57-м пленарном заседании 6 декабря 2010 г., Генеральная

---

<sup>19</sup> Подробнее о предложениях ЮНСИТРАЛ см.: *Комаров А.С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 7; Мосс Дж. Существует ли риск коллизии между Нью-Йоркской конвенцией и принятым после нее национальным законодательством о поддержке арбитража? // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 113; она же, Форма арбитражных соглашений: современные достижения в рамках ЮНСИТРАЛ и требование письменной формы Нью-Йоркской конвенции // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 2. С. 19.*

<sup>20</sup> См.: *Хлестова И.О. Иммунитет иностранного государства и международный коммерческий арбитраж // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 14.*

Ассамблея ООН снова признала «важное значение арбитража как метода разрешения споров, которые могут возникать в контексте международных коммерческих отношений».

Комиссия Европейских Сообществ 21 апреля 2009 г. в своем документе COM(2009)175 подчеркнула:

«Арбитраж является делом огромной важности для международной торговли.

Арбитражным соглашениям следует придавать возможно наиболее полную силу и признание и приведение в исполнение арбитражных решений следует поощрять».

Этими ссылками на акты ООН и Комиссии Европейских Сообществ можно еще раз подчеркнуть особую роль, которую играют международные коммерческие арбитражи в современном мире. Впрочем, эта роль специалистами и не оспаривается. Практически все внешнеэкономические контракты закрепляют рассмотрение споров в международном коммерческом арбитраже, а не в государственном суде, несмотря на то что у арбитражей есть немало недостатков. (Об этих недостатках и способах повышения качества ведения дел в международном коммерческом арбитраже будет рассказано ниже в § 1.5 и в главах 2 и 3 этого учебника.)

Помимо указанных выше международных и национальных источников права, которые необходимо знать юристам, работающим в сфере международного коммерческого арбитража, следует обратить также внимание и на другие источники, в первую очередь на различные арбитражные регламенты (о наиболее популярных регламентах речь пойдет далее в Главе 2), и на отдельные арбитражные решения. Хотя, как правило, решения международных арбитражей исполняются добровольно и не публикуются, существует немало специализированных изданий, печатающих такие решения в особом «обезличенном» формате, что позволяет соблюсти конфиденциальность решения, но в то же время дает возможность ознакомиться с выводами по правовым вопросам, которые были сделаны арбитрами. Изучения таких опубликованных решений весьма полезно для практикующих юристов.

Контрольные вопросы к § 1.1 и § 1.2.

1. Каково происхождение международного коммерческого арбитража?
2. Каковы основные международно-правовые источники законодательства о международном коммерческом арбитраже?

3. Перечислите основные правовые идеи, положенные в основу Конвенции и Закона о МКА.

4. В чем состоит отличие Закона о МКА от Типового закона ЮНСИТРАЛ?

*§ 1.3. Дефиниция международного коммерческого арбитража. Его место среди правовых дисциплин*

На основании Нью-Йоркской конвенции и принятого в ее развитие Типового закона ЮНСИТРАЛ *из включения в договор арбитражной оговорки вытекают три важнейших следствия:*

▶ 1. арбитражное соглашение (арбитражная оговорка), включенное во внешнеэкономическую сделку, *автономно*, т.е. его действительность в большинстве случаев не зависит от действительности основного договора и оно, как правило, регулируется иными нормами права, нежели основной договор (об этом см. § 2.3 далее).

▶ 2. арбитражное решение, вынесенное составом арбитража на основании арбитражного соглашения, *окончательно и обязательно* для сторон такого арбитражного соглашения. Его оспаривание возможно лишь по исчерпывающему перечню оснований, предусмотренному законодательством об арбитраже страны, на чьей территории вынесено арбитражное решение, но не страны, чье право применялось для регулирования материально-правовых обязательств сторон. Что же касается оспаривания арбитражных решений по месту их вынесения, то законодательство развитых государств, включая и Россию, допускает возможность их отмены лишь в случае совершения арбитрами грубых процессуальных ошибок: существо же решения не подлежит ревизии со стороны государственного суда (об этом см. Главу 5).

▶ 3. включение в договор арбитражного соглашения *препятствует рассмотрению внешнеэкономического спора, вытекающего из такого договора, в государственном суде*, если хотя бы одна из участвующих в деле сторон до изложения своей позиции по существу спора попросит направить спор в международный арбитраж (об этом см. § 1.9 ниже).

Все эти тезисы будут подробно рассмотрены в дальнейшем на страницах этого учебника.

На основе приведенного выше краткого описания специфики и происхождения международного коммерческого арбитража как правового явления мы можем сформулировать нижеследующую дефиницию<sup>21</sup>:

**Международный коммерческий арбитраж** *представляет собой способ разрешения споров, осложненных иностранным элементом, который является альтернативой разбирательству в государственных судах. Существенные черты этого способа состоят в следующем:*

- ▶ 1. наличие арбитражного соглашения, подписанного сторонами, или иного документа правового характера (например, международного договора), на котором основывается право арбитров (третейских судей) на рассмотрение спора;
- ▶ 2. назначение арбитров (третейских судей) из числа лиц, не зависящих от участвующих в деле сторон;
- ▶ 3. окончательность и обязательность вынесенного арбитрами решения для сторон спора;
- ▶ 4. взаимодействие международных коммерческих арбитражей (третейских судов) с государственными судами, причем при этом международные коммерческие арбитражи никоим образом не могут рассматриваться в качестве инстанции, подчиненной государственным судам.

Академическая специфика международного коммерческого арбитража состоит в том, что эта дисциплина находится на стыке международного гражданского процесса и международного частного права, причем ни одна из этих отраслей права не может полностью охватить всю полноту тематики, подлежащей изучению в рамках настоящего курса.

Международный коммерческий арбитраж представляет собой *разновидность третейского суда*, специфическим признаком которой является то, что рассматриваемый им спор *осложнен иностранным элементом*. В принципе, несмотря на некоторые отличия, международный арбитраж и внутренний третейский суд в развитых государствах представляют собой родственные правовые явления и иногда их деятельность даже регулируется в рамках единого закона (в качестве примеров можно привести законы Англии и Швеции об арбитраже). Тем не менее, так как эта книга посвящена именно

---

<sup>21</sup> Автор обращает внимание читателей, что приводимая в настоящем параграфе дефиниция носит дидактический характер и не ставит перед собой задачи отобразить все существенные черты международного коммерческого арбитража как правового явления, являющегося объектом академического исследования.

международному арбитражу, автор не ставит перед собой цели ознакомить читателя с российским законодательством о внутренних третейских судах, хотя иногда обращаться к такому законодательству придется, особенно в случаях, когда будет анализироваться судебная практика, основанная на применении аналогичных норм Закона о МКА и Закона о третейских судах.

Контрольные вопросы к § 1.3.

1. Перечислите последствия включения в договор арбитражной оговорки.
2. Дайте дефиницию понятию «международный коммерческий арбитраж».

#### *§ 1.4. Третейские суды и государственное правосудие*

Для многих людей, в том числе юристов, не получивших достаточной профессиональной подготовки в сфере международного частного права и не имеющих достаточно четкого представления о том, какую роль играют международные коммерческие арбитражи и третейские суды в современном мире, кажется странной сама постановка вопроса о том, что правосудие может на законных основаниях осуществляться частными лицами, арбитрами, а не государственным судом. Свое обоснование государственной «монополии» на разрешение споров они находят в важных источниках права. Например, «Конвенция о защите прав человека и основных свобод» (заключена в г. Риме 4 ноября 1950) указывает:

«Статья 6

1. Каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Близкую к этой норму мы находим и в Конституции Российской Федерации:

«Статья 118

1. Правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом.
2. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства.

3. Судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом. Создание чрезвычайных судов не допускается».

Для неспециалиста эти нормы кажутся несовместимыми со статусом третейских судов и международных коммерческих арбитражей, служащих *альтернативой* государственному правосудию, и при этом решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей в рамках законодательства, основанного на Нью-Йоркской конвенции, являются окончательными, обязательными и должны приводиться в исполнение государственными судами.

Противники третейского разбирательства (а почти всегда это лица, проигравшие дело в третейском суде и поэтому пытающиеся оспорить саму легитимность третейского разбирательства) не раз обращались с жалобами в Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), следящий за применением Конвенции о защите прав человека и основных свобод<sup>22</sup>, и в Конституционный Суд Российской Федерации. Однако эти высшие судебные инстанции неизменно подтверждали *легитимность третейского правосудия, представляющего собой основанную на соглашении участников процесса альтернативу правосудию, отправляемому государственными судами.*

ЕСПЧ четко разъяснил, что Конвенция о защите прав человека и основных свобод отнюдь не создает для государственных судов какой-либо «монополии» на отправление правосудия, препятствующей функционированию третейских судов:

«Слово «суд» в статье 6, пункт 1 (ст. 6-1) не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны».

Эта формулировка использовалась ЕСПЧ дважды, в Постановлении от 28 июня 1984 г. по делу *Campbell & Fell против Великобритании* (заявления 7819/77 и 7878/77) и в Постановлении от 8 июля 1986 г. по делу *Lithgow и другие против Великобритании* (заявления № 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 и 9405/81).

В своих более поздних решениях ЕСПЧ указывал следующее:

«Суд вначале отмечает, что статья 6 не препятствует учреждению третейских судов для того, чтобы разрешать определенные споры. В самом деле, слово «суд» в пункте 1 статьи 6 не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное

---

<sup>22</sup> Практика ЕСПЧ должна приниматься во внимание российскими судами в свете Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней».

учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны» (Постановление от 16 декабря 2003 г. по делу *компании «Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A.» против Португалии* (заявление № 35943/02));

«Поскольку Правительство заявляет возражение против применимости пункта 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 пункте 1 статьи 6 не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны... Он далее полагает, что арбитражный суд [а речь шла о МКАС при ТПП Украины. – *Б.К.*] являлся «судом, созданным на основании закона», действующим в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1994 г. и внутренним регламентом» (п. 54 Постановления от 3 апреля 2008 г. по делу *Regent Cotrapu против Украины* (заявление № 773/03), в котором заявитель жаловался на неисполнение решения третейского суда государственными судами Украины).

Конституционный Суд Российской Федерации провел четкое разграничение между судами третейскими и судами государственными, при этом никоим образом не поставив под сомнение законность существования третейских судов:

«Ни Конституция Российской Федерации, ни Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 года «О судебной системе Российской Федерации» не относят третейские суды... к судебной системе» (Определение Конституционного Суда РФ от 13 апреля 2000 г. № 45-О);

«...поскольку третейское разбирательство является одной из альтернативных форм защиты гражданских прав, третейский суд не относится к органам осуществления правосудия» (статья 118 Конституции Российской Федерации)» (Определение Конституционного Суда РФ от 4 июня 2007 г. № 377-О-О).

Далее, Конституционный Суд Российской Федерации разъяснил, что не противоречат конституционному праву на судебную защиту ни запрет, установленный на судебный пересмотр существа решения, вынесенного международным арбитражем (Определение от 9 декабря 1999 г. № 191-О и Определение от 26 октября 2000 г. № 214-О), ни передача спора на рассмотрение третейского, а не государственного суда

(Определение от 21 июня 2000 г. № 123-О). КС РФ также отказался подвергнуть ревизии практику государственных судов по применению п. 1 ст. 35 Закона о МКА, согласно которой арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение (Определение от 15 мая 2001 г. № 204-О), и норму п. 3 ст. 16 Закона о МКА, регламентирующую подачу заявления об отмене постановления международного арбитража о наличии у него компетенции по рассмотрению спора (Определение от 28 мая 2009 г. № 623-О-О). Не вызвало у КС РФ сомнения и то, что ст. 19 и 22 Закона о МКА соответствуют Конституции Российской Федерации (Определение от 19 октября 2010 г. № 1310-О-О).

Приведем несколько более обширных цитат. В Определении от 21 июня 2000 г. № 123-О КС РФ отметил:

«Действующим законодательством, в частности пунктом 1 статьи 11 ГК Российской Федерации, предусмотрено, что защита гражданских прав может осуществляться третейским судом, избранным сторонами на основе добровольного соглашения; если же одна из сторон впоследствии откажется подчиняться его решению, оно может быть реализовано принудительно в порядке исполнительного производства, которому предшествует проверка решения третейского суда в суде общей юрисдикции или в арбитражном суде при выдаче исполнительного листа.

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».

В Определении Конституционного Суда РФ от 1 июня 2010 г. № 754-О-О указано:

«... в гражданских правоотношениях, основанных на равенстве участников, свободе договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, свободном установлении своих прав и обязанностей на основе договора, действуют диспозитивные начала. ... Применительно к производству в арбитражном суде диспозитивность означает, что арбитражные процессуальные отношения возникают, изменяются и прекращаются главным образом по инициативе непосредственных участников спорных материальных правоотношений, которые имеют возможность с помощью суда распоряжаться

процессуальными правами и спорным материальным правом. Данное правило распространяется и на процессуальные отношения, возникающие в связи с оспариванием решений третейских судов. В деле с участием заявителя в основе этих процессуальных отношений лежит гражданско-правовой договор... 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... [имеются ввиду нормы Конституции Российской Федерации о праве на судебную защиту. – Б.К.]»<sup>23</sup>.

Когда обращения отдельных частных лиц – противников третейского суда – в Конституционный Суд не принесли желаемого результата, был сделан решительный шаг. В 2010 г. в Конституционный Суд Российской Федерации обратился Президиум Высшего Арбитражного Суда с запросом о конституционности п. 1 ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 1 ст. 33 во взаимосвязи со ст. 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», ст. 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Фактически, высшая судебная инстанция России, несмотря на все перечисленные выше акты ЕСПЧ и Конституционного Суда Российской Федерации, ранее подтвердившие конституционность и легитимность системы законодательных актов о деятельности третейских судов и международных коммерческих арбитражей, по своей инициативе снова попыталась поставить под сомнение самое право третейских судов на существование в качестве независимого и неподконтрольного государственным судам органа правосудия, при этом в качестве повода для обращения был использован сугубо академический аргумент о «соотношении публичных и частных интересов» и дело, связанное с неким решением российского внутреннего третейского суда, которое никоим образом не давало оснований для оспаривания норм Закона о МКА. Исход этого дела

---

<sup>23</sup> Отметим, правда, что одно из утверждений, содержащихся в этом Определении Конституционного Суда, несомненно находится в противоречии с ранее сформулированной КС правовой позицией: «Как и в производстве об оспаривании решений третейских судов, арбитражный суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа *обязан проверить правомерность решения третейского суда*» [выделено мною. – Б.К.]. В Определении от 9 декабря 1999 г. № 191-О и Определении от 26 октября 2000 г. № 214-О Конституционный Суд четко указал, что решения международного коммерческого арбитража не могут пересматриваться государственным арбитражным судом по существу. По всей видимости, под «проверкой правомерности» в этом Определении № 754-О-О следует понимать изучение судом наличия оснований для отказа в приведении в исполнение решения международного арбитража.

однозначен: в своем Постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П<sup>24</sup> Конституционный Суд Российской Федерации еще раз убедительно подтвердил легитимность третейского разбирательства, и, будем надеяться, поставил точку в попытках противников третейских судов поставить под сомнение законность их деятельности. Приведем цитату из этого Постановления:

«Гарантируя государственную, в том числе судебную, защиту прав и свобод человека и гражданина, Конституция Российской Федерации одновременно закрепляет право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (статья 45, часть 2). 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 гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений, 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*)).

В Российской Федерации право сторон гражданско-правового спора на его передачу в третейский суд основано на статье 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации во взаимосвязи с ее статьей 8 (часть 1), согласно которой в Российской Федерации гарантируются свобода экономической деятельности и поддержка конкуренции, и статьей 34 (часть 1), закрепляющей право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

По смыслу статей 10, 11 (часть 1), 118 (часть 1) и 124–128 Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 года № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», третейские суды не осуществляют государственную (судебную) власть и не входят в судебную

---

<sup>24</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 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 № 10-П).

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.

Предоставление заинтересованным лицам права по своему усмотрению обратиться за разрешением спора в государственный суд (суд общей юрисдикции, арбитражный суд) в соответствии с его компетенцией, установленной законом, или избрать альтернативную форму защиты своих прав и обратиться в третейский суд – в контексте гарантий, закрепленных статьями 45 (часть 2) и 46 Конституции Российской Федерации, само по себе не может рассматриваться как их нарушение, а, напротив, расширяет возможности разрешения споров в сфере гражданского оборота.

Стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда. В таких случаях право на судебную защиту, которая – по смыслу статьи 46 Конституции Российской Федерации – 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 решения третейского суда.

<...>

Тем самым 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, а публичные интересы обеспечиваются законодательными предписаниями, устанавливающими процедуры третейского разбирательства, что предполагает наличие гарантий справедливости и беспристрастности, присущих любому судебному разбирательству в силу требований статьи 46 Конституции Российской Федерации

Федерации во взаимосвязи со статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод».

Конституционный Суд Российской Федерации не только подтвердил законность функционирования внутренних и международных третейских судов, но и по своей инициативе указал, что они действуют *«в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями»*, причем *соблюдение публичных интересов обеспечивается не «монополизацией» правосудия в государственном суде или установлением государственными судами контроля за содержанием решений третейских судов, а лишь справедливостью и беспристрастностью процедуры разрешения спора*. Если третейский суд действует справедливо и беспристрастно, то его деятельность полностью соответствует Конституции Российской Федерации.

Несомненно, что позиция Конституционного Суда Российской Федерации полностью соответствует подходам ЕСПЧ и других европейских судов к вопросу о месте и роли третейских судов в современной правовой системе.

Возвращаясь к российской тематике, следует обратить внимание на то, что АПК и ГПК Российской Федерации *не содержат собственно правил рассмотрения споров в третейских судах и международных коммерческих арбитражах*, но при этом содержат правила оспаривания и приведения в исполнение решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей, причем правила эти не оригинальны, а основаны на нормах Нью-Йоркской конвенции и Типового закона. Подробнее об этих правилах речь пойдет ниже, в главах 4 и 5.

Контрольные вопросы к § 1.4.

1. Расскажите о прецедентах ЕСПЧ и Конституционного Суда Российской Федерации по делам, связанным с оспариванием правовых начал, на которых осуществляют свою деятельность международные арбитражи.

2. Как соотносится право на суд, закрепленное в статье 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод и статье 118 Конституции Российской Федерации, с правом на рассмотрение спора третейским судом?

§ 1.5. *Отличия международного арбитража от государственного суда.  
Преимущества и недостатки*

Неуклонный рост популярности международного коммерческого арбитража связан со значительными выгодами и преимуществами, которые предоставляет сторонам внешнеэкономических сделок такой способ рассмотрения и урегулирования споров по сравнению с обращением в государственные суды. Назовем выгоды и преимущества:

► 1) *Возможность приведения в исполнение международного арбитражного решения во всех странах – участницах Конвенции.* В силу широкого распространения Конвенция представляет собой уникальный механизм придания арбитражному решению действительно международного характера.

Отметим, что АПК и ГПК Российской Федерации допускают возможность признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, только если это предусмотрено международным договором Российской Федерации или федеральным законом (ст. 241 АПК РФ и ст. 409 ГПК РФ). В России так и не принято до сих пор федерального закона, предусматривающего признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений, ссылка на который имеется в АПК, а со странами Запада у Российской Федерации заключено очень немного договоров о международной правовой помощи, и лишь договоры с Испанией, Грецией и Кипром предполагают возможность исполнения судебных решений, связанных с разрешением коммерческих споров.

Киевское соглашение стран СНГ от 20 марта 1992 г. «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» предусматривает возможность признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения только в случае представления исполнительного листа, выданного судом, удовлетворившим иск. Таким образом, для того, чтобы на основании решения государственного суда взыскать деньги с контрагента, имеющего местонахождение в СНГ, требуется дважды пройти все инстанции государственного правосудия – сначала в стране, чей суд вынес решение, потом в стране, чей суд осуществляет взыскание. Вряд ли такой метод рассмотрения споров можно считать эффективным<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Подробнее об этом 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. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. С. 208. В качестве иллюстрации этого вывода см.: Постановление ФАС Московского округа от 28 января 2009 г. № КГ-А40/13119-08 по делу № А40-48618/08-

В последнее время ряд специалистов настаивает на том, что признание и принудительное исполнение иностранного судебного решения в России возможно и в отсутствие соответствующего международного договора, на основе принципов взаимности (*mutuality*) и международной вежливости (*international comity*). Однако это не так, эти принципы представляют собой конструкции международной правовой помощи, не распространяющиеся на исполнение решений иностранных судов, и касаются только оказания содействия иностранному правосудию, такого, как фиксация доказательств, проведение допросов свидетелей, выемки документов и т.п.<sup>26</sup>

В недавней практике российских судов можно найти лишь один серьезный прецедент, когда решение иностранного (английского) государственного суда было признано и приведено в исполнение в России в отсутствие соответствующего международного договора, предусматривающего взаимность при выдаче экзекватур – именно это решение было положено в основу процедуры банкротства «Юкоса»<sup>27</sup>. Указанный судебный акт был подвергнут убедительной критике в специальной литературе<sup>28</sup> и долгое время оставался своего рода анти-прецедентом, не нашедшим продолжения в отечественной судебной практике<sup>29</sup>. Почти все последующие попытки признать и исполнить в России иностранные судебные решения по коммерческим спорам

---

69-504.

<sup>26</sup> *Марышева Н.И.* Международная правовая помощь и ее виды // Проблемы международного частного права. Сборник статей. М., 2000. С. 203.

<sup>27</sup> Постановление ФАС МО от 2 марта 2006 г. № КГ-А40/698-06-П по делу об исполнении в России решения Высокого Суда правосудия Англии и Уэльса от 17 июня 2005 г. по иску ряда банков к ОАО «Нефтяная компания «Юкос» о взыскании денежных сумм.

<sup>28</sup> См.: *Марышева Н.И.* Вопросы признания и исполнения в России решений иностранных судов // Журнал российского права. 2006. № 8 (цит. по: СПС «КонсультантПлюс»); *Литвинский Д.И.* Принципы «взаимности» и «права на суд» в области экзекватуры на исполнение в России иностранных судебных решений: Постановление ФАС МО от 2 марта 2006 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 4. С. 37.

<sup>29</sup> В 2009 г. было признано и приведено в исполнение решение голландского суда о возврате оборудования, см. Определение Арбитражного суда Московской области от 08 июня 2009 г. по делу № А41-9613/09 и Постановление ФАС МО от 29 июля 2009 г. по тому же делу по заявлению компании *Rentpool B.V.* В 2012 году подход, основанный на прецедентах по делам *Юкоса* и *Rentpool B.V.*, получил свое продолжение в деле *BOEGLI - GRAVURES S.A.* (Постановление ФАС Московского округа от 19 апреля 2012 г. по делу № А40-119397/11-63-950 и Определение ВАС РФ от 26 июля 2012 г. № ВАС-6580/12), причем подход этот очевидно противоречит норме ч. 1 ст. 241 АПК РФ, так как все международные договоры, на которые имеются ссылки в этих судебных актах, на самом деле признания и привенция в исполнение иностранных судебных решений не предусматривают. См. по этому вопросу комментарий Д.И. Литвинского от 11 сентября 2012 года <http://blog.pravo.ru/blog/6144.html>. Поддерживая академическое мнение Д.И. Литвинского, мы при этом отмечаем, что никакого ущерба интересам России и ее граждан признанием и приведением в исполнение иностранных судебных решений в отсутствие соответствующего международного договора, по нашему мнению, нанесено не будет. Не нанесет это ущерба и развитию международного арбитража – ввиду наличия у него и других специфических черт, раскрываемых ниже в настоящем параграфе.

в отсутствие международного договора, предусматривающего такой вид международной правовой помощи, оказывались до 2012 года безрезультатными<sup>30</sup>.

► 2) *Ограничение возможности вмешательства государственных судов* в процедуры арбитражного рассмотрения споров и оспаривания вынесенных арбитражных решений. Согласно ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ (и ст. 5 Закона о МКА) государственные суды вправе вмешиваться в деятельность международных арбитражей только в случаях, прямо предусмотренных указанным Законом, а таких случаев немного и ни один из них не наделяет государственный суд полномочиями по осуществлению контроля за содержанием арбитражного решения. Подробнее о возможных вариантах взаимодействия между международными арбитражами и государственными судами см. § 1.7 далее.

► 3) *Ограничение возможности отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений*. Исчерпывающий перечень таких оснований для отказа в выдаче экзекватуры содержится в ст. V Нью-Йоркской конвенции, этот же перечень воспроизведен в ст. 34 Закона о МКА в качестве перечня оснований для отмены решений международных арбитражей, вынесенных на территории России. Ни одно из оснований, включенных в данный перечень, не допускает (при надлежащем толковании соответствующим норм Конвенции и Закона о МКА) пересмотра существа решения, принятого международным арбитражем, в процессе его оспаривания или приведения в исполнение.

► 4) *Окончательный характер арбитражного решения* и достаточно быстрые сроки на его вынесение (по сравнению с национальными судебными системами, где дело, особенно, если в нем участвует иностранное лицо, может рассматриваться годами и направляться из инстанции в инстанцию по многу раз). Практически все популярные

---

<sup>30</sup> Постановление ФАС МО от 17 февраля 2009 г. № КГ-А40/12786-08-П по иску компании Pan Am:

«В соответствии с ч. 1 ст. 241 АПК РФ решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные суды), 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.

Наличие соответствующего международного договора является обязательным условием для признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения на территории РФ. Между тем такой договор между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки отсутствует.

Кроме того, заявителем не представлено доказательств следования судами США международному принципу взаимности в вопросе исполнения российских судебных решений».

См. также Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 июля 2009 г. № ВАС-7426/09.

арбитражные регламенты предполагают, что дело будет рассмотрено арбитрами единственной инстанции и вынесенное арбитражное решение уже не будет подлежать оспариванию по существу выводов, к которым пришел состав арбитража. Тот факт, что выводы арбитров по существу спора не могут пересматриваться государственными судами в процессе их оспаривания и/или приведения в исполнение, представляет собой существенное преимущество по сравнению с рассмотрением спора в государственных судах, где выводы суда первой инстанции по существу спора проходят многократную проверку в вышестоящих инстанциях.

► 5) Возможность сторон *влиять на состав коллегии арбитров* и обеспечивать действительно независимое и компетентное рассмотрение спора. Как это отмечалось в 2010 International Arbitration Survey<sup>31</sup>, 66% опрошенных специалистов ведущих мировых компаний считают основным преимуществом международного арбитража именно его *нейтральность и интернационализм* – качества, не свойственные большинству государственных судов. О том, как воспользоваться этими качествами в полной мере, см. подробнее в Главе 3 ниже.

► 6) *Простой и неформальный характер арбитражного разбирательства*, исключающий необходимость изучения и исполнения сложных процессуальных норм и правил, сопровождающих движение дел в государственных судах, возможность ведения дела на своем языке или на широко распространенном языке (английском, немецком, французском), а не на государственном языке страны, где происходит рассмотрение спора. (Эти преимущества международного арбитража также раскрываются в главах 2 и 3 далее.)

► 7) *Упрощенный* (по сравнению с процедурами, предусмотренными в государственных судах) *порядок сбора доказательств и представления документов*. При этом отметим, что в рамках международного арбитражного разбирательства стороны имеют полную возможность ссылаться на прецеденты по аналогичным делам, даже если на территории страны, где проводится арбитражное разбирательство, в государственных судах прецедентная система права формально не закреплена.

► 8) *Возможность привлечения к участию в деле экспертов*, являющихся ведущими специалистами в областях, примыкающих к тематике арбитражного спора. Гибкость

---

<sup>31</sup> 2010 International Arbitration Survey, conducted by the School of International Arbitration, Queen Mary, University of London, and supported by White & Case LLP: *Choices in International Arbitration*, P. 22. ([http://www.whitecase.com/files/upload/fileRepository/2010International\\_Arbitration\\_Survey\\_Choices\\_in\\_International\\_Arbitration.pdf](http://www.whitecase.com/files/upload/fileRepository/2010International_Arbitration_Survey_Choices_in_International_Arbitration.pdf)), в русском переводе опубликован в журнале «Третейский суд», 2011, № 5. С. 89.

арбитражной процедуры (по сравнению с разбирательством в государственных судах) позволяет добиться лучшего результата от взаимодействия с экспертами: в качестве самого простого доказательства этого тезиса следует обратить внимание на то, что большинство международных арбитражных разбирательств ведется на английском языке, которым владеют эксперты, в то время как судоговорение в национальных судах ведется на национальных языках.

► 9) *Широкие возможности, предоставляемые сторонам дела в выборе процедуры и даже сроков проведения арбитражного разбирательства (что невозможно в государственных судах), не говоря уже о свободе сторон в выборе применимого права (в том числе процессуального, так как стороны в своем арбитражном соглашении могут свободно согласовать регламент и место проведения арбитража, тем самым предопределяя нормы процессуального законодательства, которые будут использоваться при слушании спора, а также по своему соглашению отступать от определенных норм избранного ими регламента).* Об этом см. подробнее в § 3.7 далее.

► 10) *Достаточно конфиденциальный, камерный характер проведения арбитражного слушания.* Разумеется, обстоятельства дела не могут быть сохранены в тайне в полном объеме на этапе обращения в государственный суд в целях приведения в исполнение вынесенного арбитражного решения или его оспаривания<sup>32</sup>, но в целом арбитражный способ рассмотрения спора позволяет сторонам больше рассчитывать на сохранение обстоятельств дела в тайне, нежели обращение в любой государственный суд.

► 11) *Большее внимание арбитров к делу по сравнению с перегруженными судьями государственных судов.* Например, по статистике Высшего Арбитражного Суда, приведенной в отчетах высшей российской судебной инстанции на ее сайте [www.arbitr.ru](http://www.arbitr.ru), ежемесячная нагрузка на одного судью в России превышает 50 дел, а в некоторых инстанциях судье приходится в месяц разбирать и по 70 дел. В сфере же международного арбитража, несмотря на большой рост количества дел после финансового кризиса 2009 г., ведущие арбитры редко принимают участие более чем в десяти делах в год.

► 12) *У международных арбитражей отсутствует обязанность придавать преюдициальное значение судебным актам, содержащим выводы о юридических фактах, имеющих значение по делу.* В то же время государственные суды, как правило,

---

<sup>32</sup> Romander C., Pettersson L. Confidentiality in Swedish Arbitration Proceeding. 2001-02-07 at [www.chamber.se](http://www.chamber.se). См. также судебные акты английских судов по делу *City of Moscow v. Bankers Trust Company* [2004] EWCA Civ 314, перевод на русский язык опубликован в журнале «Международный коммерческий арбитраж», 2005. № 1. С. 140; [2008] 74 ARBITRATION at P. 458-466 “Confidentiality in English Arbitration: The Final Word? *Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd*”.

рассматривают решения международных коммерческих арбитражей как акты, имеющие преюдициальную силу. Подробнее об этом см. в § 1.9 далее.

Указанные преимущества международного коммерческого арбитража следует считать его *специфическими чертами, свойственными ему как методу разрешения споров*. С перечисленными выше чертами связаны особые процессуальные и материально-правовые механизмы, выработанные в ходе применения норм Нью-Йоркской конвенции и основанного на ней национального законодательства, в первую очередь принцип автономности арбитражного соглашения и принцип «компетенции компетенции», речь о которых пойдет далее в Главе 2.

Все перечисленные преимущества снискали международному коммерческому арбитражу как методу рассмотрения споров с участием сторон, домицилированных в разных государствах, широкую популярность, которая продолжает расти. Особенно важно, что в большинстве стран мира очень велика доля успешно исполняемых иностранных арбитражных решений: 10 лет назад их количество достигало 95%<sup>33</sup>, и хотя с тех пор проф. А.-Я. ван ден Берг отметил некоторую тенденцию к росту числа «отказных» дел<sup>34</sup>, это скорее всего связано с тем, что за последние годы к Конвенции присоединилось много новых государств, чьи суды испытывают сложности в изучении международного опыта применения ее норм, хорошо знакомые российским юристам. Подчеркнем, что речь идет лишь о делах, в которых арбитражное решение пришлось приводить в принудительное исполнение, а таких дел существенно меньше, нежели тех, в которых арбитражное решение исполняется добровольно. При этом не существует и, принимая во внимание конфиденциальный характер проведения международных арбитражей, не может существовать статистики, претендующей на охват всех международных арбитражных решений, выносимых как институциональными арбитражами, так и арбитражами *ad hoc*.

В России, к сожалению, доля успешно приводимых в исполнение иностранных арбитражных решений значительно ниже; по сообщениям, прозвучавшим на конференции по арбитражу между западными и восточными партнерами, состоявшейся в апреле 2000 г. в Москве, только 80% ходатайств о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений успешно исполнялись в России, но это было до передачи данной категории дел в ведение государственных арбитражных судов в 2002 г. Сейчас, после нескольких лет,

<sup>33</sup> Van den Berg A.-J. ASA Bulletin. 1996. P. 25.

<sup>34</sup> В 2004 г. он оценивал количество отказов в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения приблизительно в 10% от числа публикуемых дел этой категории, см.: Ван ден Берг А.-Я. Почему некоторые арбитражные решения не могут быть принудительно исполнены? // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 38.

практически фатальных для исполнения в России иностранных арбитражных решений, можно говорить о некоторых положительных тенденциях в применении Конвенции российскими государственными судами, но и с учетом этих позитивных изменений доля исполненных в России после 1 сентября 2002 г. (когда вступил в силу новый АПК) иностранных арбитражных решений по подсчетам автора едва превышает 50%. Наверное, не в последнюю очередь по этой причине позиция России в глобальном рейтинге конкурентоспособности Всемирного экономического форума столь низка: в 2011 г. она опустилась с 63-го на 66 место из 142-х возможных<sup>35</sup>, а в 2012 году – на 67. Нашими соседями в этом рейтинге являются Иран, Перу и Колумбия, в то время как суды стран, возглавляющих рейтинг (Швейцария, Сингапур и Швеция), известны своей всемерной поддержкой международного арбитража. Конечно, это лишь один из факторов конкурентоспособности государства в борьбе за привлечение инвестиций, но фактор весьма важный.

Хотя статистика дел по оспариванию и приведению в исполнение арбитражных решений МКАС при ТПП РФ выглядит лучше, чем цифры, характеризующие применение Конвенции российскими судами, все равно очевидно, что до международных стандартов поддержки международного арбитража со стороны государственных судов нашей судебной системе еще очень далеко. Но это проблема не столько международного арбитража как такового, сколько качества российского правосудия и квалификации российских судей.

Необходимо отметить, что, как и всякий действующий правовой институт, международный коммерческий арбитраж не лишен определенных *недостатков*. К их числу относятся:

► 1) относительная *дороговизна* международного арбитража. Подробнее о ставках арбитражных сборов будет сказано ниже, в Главе 3, но в целом отметим, что такие ставки значительно превышают размер госпошлины, взимаемый за рассмотрение дел в российских государственных арбитражных судах. Впрочем, отметим, что по мере проникновения на постсоветское пространство системы почасовой оплаты услуг юридических фирм, все чаще именно эти услуги становятся основной статьей расходов участников судебных разбирательств, и такие расходы часто превышают ставки и арбитражных сборов, и госпошлины, причем по этим же ставкам клиенты оплачивают

---

<sup>35</sup> <http://www.weforum.org/news/us-competitiveness-ranking-continues-fall-emerging-markets-are-closing-gap>. В рейтинге Всемирного Банка в 2011 г. Россия заняла 120 место из 183 возможных, наши соседи – Кабо-Верде (там вести бизнес проще, чем в России) и Коста-Рика (там еще хуже) // Ведомости. 20 октября 2011.

услуги своих представителей, оказываемые и в государственных судах. Кроме того, как это также будет раскрыто в Главе 3 ниже, неэффективная тактика арбитражного разбирательства, избранная сторонами или составом арбитража, также может привести к существенному удорожанию рассмотрения дела;

► 2) *процессуальная сложность* международного арбитража. Этот недостаток является «оборотной стороной» преимущества арбитража, связанного с гибкостью арбитражной процедуры, большей инвариантностью ведения процесса по сравнению со спорами, рассматриваемыми в государственных судах. Однако для того, чтобы в полной мере воспользоваться возможностями, которые международный арбитраж предоставляет сторонам, необходимы специальные знания, которыми большинство юристов Восточной Европы не обладают.

С момента упразднения в нашей стране государственной монополии внешней торговли в 1991 г., когда доступ на внешний рынок получили все российские предприятия и бизнесмены, сразу сказалась нехватка в России квалифицированных юридических (да и предпринимательских) кадров – ведь большинство российских юристов, окончивших вузы до распада СССР, либо вообще не слушали курса международного частного права, либо изучали эту дисциплину в весьма ограниченном объеме. Заключенные в начале 90-х гг. XX в. контракты характеризовались крайне низкой степенью профессионализма со стороны российских бизнесменов: они, как правило, либо представляли собой попытку переноса в международный оборот ущербной практики оформления многомиллионных сделок всего на нескольких страницах, в результате чего в регулировании таких отношений было больше пробелов, нежели решенных вопросов, либо являли собой примеры слепого следования западным формам договоров, когда российская сторона просто не осознавала значения многих подписываемых ею обязательств. Результатом обеих указанных тенденций стал лавинообразный рост числа внешнеэкономических споров с участием российских компаний. Так, в середине 90-х гг. на различных стадиях разбирательства во МКАС при ТПП РФ одновременно находилось до двух тысяч дел<sup>36</sup>, т.е. в 10 раз больше, чем сейчас. Не только отечественные предприниматели, но зачастую и их юристы не понимали разницы между ведением процесса в международном арбитраже и в государственном суде, не отдавали себе отчета в том, насколько

---

<sup>36</sup> См.: *Комаров А.С.* Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: к 70-летию образования // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража. М.: Спарк, 2002. С. 17.

внешнеэкономическая сделка отличается от договора, заключенного в рамках внутреннего оборота.

К сожалению, в аналогичной ситуации оказались после вступления в силу АПК РФ 2002 г. многие судьи государственных арбитражных судов. К этим обстоятельствам следует добавить и то, что многие российские компании, к руководству которыми пришли люди, далекие от знания рыночных реалий, совершенно не заботились о своей репутации и спокойно шли на нарушение своих контрактных обязательств перед иностранными партнерами.

С тех пор ситуация несколько улучшилась. Вал споров схлынул, на рынке внешнеэкономических связей осталось меньше участников, улучшилась их правовая подготовка. Постепенно стали овладевать спецификой дел, связанных с международным арбитражем, судьи российских государственных арбитражных судов и юристы российских компаний. Однако проблема недостаточной правовой квалификации (особенно представителей компаний из бывшего СССР) по-прежнему стоит весьма остро;

► 3) *международный арбитраж, как и любой третейский суд, может рассматривать споры только в том случае, если между сторонами соответствующего правоотношения достигнута об этом договоренность, отраженная в арбитражном соглашении.* Абсолютное большинство споров, разрешаемых международными арбитражами, основаны на обычных арбитражных оговорках, включенных в договоры, подписанные сторонами, хотя существует немало дел, когда обязанности, вытекающие из арбитражного соглашения, подписанного одними лицами, распространяются на других лиц (об этом см. § 2.6 далее). Это затрудняет участие в процессе третьих лиц, которые также могут иметь определенные интересы, связанные с рассматриваемым спором, – вступление таких лиц в арбитражное разбирательство зависит от доброй воли сторон арбитражного соглашения, а иногда – еще и от применимого регламента. Отметим, что исключением из указанного правила являются дела, основанные на договорах о защите и поощрении капиталовложений, в которых ответчиком является государство, об этой категории дел речь пойдет далее в § 1.6;

► 4) в отличие от судей государственных судов, *арбитры (третейские судьи) не принимают постановления и не выписывают исполнительные листы, которые могут непосредственно предъявляться к принудительному исполнению*<sup>37</sup>, для этого требуется обращение в государственный суд. Как отмечалось выше, на 39-й сессии ЮНСИТРАЛ,

<sup>37</sup> Исключениям являются арбитражные решения, вынесенные в рамках ИКСИД, см. § 1.6.

прошедшей в Нью-Йорке с 19 июня по 7 июля 2006 года, были приняты изменения и дополнения к Типовому закону ЮНСИТРАЛ, которые призваны решить часть проблем (см. § 1.8 и 3.10 ниже), но все равно в обозримом будущем те арбитражные решения, которые не исполнены добровольно, придется приводить в исполнение с использованием механизмов, основанных на нормах Нью-Йоркской конвенции.

Повторим, что эти недостатки, часть из которых является прямым следствием преимуществ международного коммерческого арбитража перед процессом в государственном суде, все-таки не препятствуют неуклонному развитию и повышению популярности этого метода разрешения споров. В настоящее время практически все крупные контракты между сторонами, domiciliрованными в различных государствах, а также многие договоры, заключаемые между предпринимательскими структурами, действующими в одном и том же государстве, снабжаются арбитражными оговорками.

Важность и полезность разрешения внешнеэкономических споров в международных арбитражах неоднократно подчеркивалась в выступлениях высоких должностных лиц Российской Федерации. Например, в мае 2011 г. об этом говорил министр юстиции Российской Федерации г-н А.В. Коновалов<sup>38</sup>, о необходимости развития и поддержки третейских судов неоднократно заявлял бывший Президент Российской Федерации Д.А. Медведев<sup>39</sup>. 12 декабря 2012 года в Послании Федеральному собранию Президент РФ В.В. Путин заявил, что «необходимо подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России, причем на качественно новом уровне».

#### Контрольные вопросы к § 1.5.

1. Сравните возможность признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации решения иностранного суда по коммерческому спору и иностранного арбитражного решения по такому спору.

2. Перечислите основные преимущества рассмотрения споров, осложненных иностранным элементом, в международных коммерческих арбитражах по сравнению с рассмотрением таких споров в национальных судах.

---

<sup>38</sup> В российское право предложено добавить англосаксонского. Правительственные юристы снова недовольны собой // Коммерсант, № 87 (4628), 18.05.2011.

<sup>39</sup> Выступление Д.А. Медведева по случаю 85-летия Верховного Суда Российской Федерации // Российская газета, 21.03.2008, № 61 (4618). С. 2; Выступление Д.А. Медведева на Петербургском международном экономическом форуме 17 июня 2011 // Ведомости. 17.06.2011.

§ 1.6. *Международные коммерческие арбитражи с участием государства*

Международный коммерческий арбитраж в своем классическом и наиболее распространенном варианте представляет собой способ разрешения спора между частными лицами. Однако его преимущества перед государственными судами – особенно в части независимости арбитров от государственного правосудия и их беспристрастности – давно побуждали частных инвесторов к тому, чтобы попытаться передавать их споры с государствами именно в международный арбитраж. Пока для этого не существовало правовой базы на уровне источников международного права, возможность направления спора с участием инвестора и государства пытались закреплять в договорах, заключаемых инвесторами непосредственно с государством, в котором планировалось осуществление инвестиций. Примером могут послужить концессионные договоры, подписанные иностранными компаниями с Советским Союзом: все они предполагали, что возникающие между сторонами споры подлежат рассмотрению в специально создаваемых для урегулирования этих споров третейских судах<sup>40</sup>. В настоящее время договоры, заключаемые между отдельным инвестором и государством, встречаются не так часто, и в них практически всегда закрепляется арбитражный метод разрешения споров.

В новейшее время проблема, связанная с получением согласия государства на обращение инвестора в международный коммерческий арбитраж с иском против государства, была успешно разрешена в международных договорах. Все договоры о защите и поощрении капиталовложений предусматривают право инвестора обратиться в международный коммерческий арбитраж в случае, если он полагает, что государство, на чьей территории он осуществил свои инвестиции, нарушило его права. Как правило, такие договоры содержат обязательства государств не дискриминировать инвесторов по национальному признаку,

---

<sup>40</sup> Подробнее о судьбе этих концессий и их арбитражных оговорках см. в публикациях Королевского адвоката В. Видера, которые были переведены и опубликованы в России: *Видер В.В. Советско-американский арбитражный процесс Гарримана: Ллойд Джордж, Ленин и каннибалы // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 2. С. 92 и 2005. № 3. С. 66; Он же. 1922: Провал англо-советской концессии Уркварта и зарождение международного арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 4. С. 162; Он же. Рейхсканцлер Вирт и концессия «Мологалес» 1923–1927: Немецкоязычное происхождение Конвенции МЦУИС 1965 года // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 10.*

предоставлять их инвестициям режим наибольшего благоприятствования и не осуществлять их экспроприации без выплаты справедливой и полной компенсации. Поэтому ответчиками в инвестиционных арбитражах всегда являются государства, а истцами – иностранные частные лица. Наличие соответствующего договора между государством, в котором домицилирован инвестор, и государством, в которое он собирается осуществлять инвестиции, избавляет инвестора от необходимости отдельно получать согласие последнего государства на арбитражное рассмотрение споров.

Наибольшее число договоров о защите и поощрении капиталовложений относятся к категории двухсторонних<sup>41</sup>, но есть и многосторонние. Помимо уже упоминавшихся выше Сеульской и Вашингтонской конвенций, к числу последних относится Договор к Энергетической Хартии, который был подписан Российской Федерацией, но так и остался не ратифицированным российским парламентом<sup>42</sup>.

Большинство известных исков, поданных в рамках инвестиционных арбитражей, рассмотрены в ИКСИД/МЦУИС (ICSID), Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, созданном на основании Вашингтонской конвенции, но немало таких дел рассматривается по арбитражным регламентам МТП, ТПС и ЮНСИТРАЛ<sup>43</sup>. По статистике UNCTAD (Комиссии ООН по торговле и сотрудничеству), по состоянию на конец 2010 г., было известно о 390 арбитражных спорах с участием государств, связанных с инвестиционными отношениями. Больше всего исков подано против Аргентины (51) и Мексики (19), из европейских стран «лидирует» Чехия (18). Такие иски подавались против 83 государств, включая Россию и большинство стран СНГ.

---

<sup>41</sup> По подсчетам UNCTAD (Комиссии ООН по торговле и развитию), количество двусторонних договоров о защите и поощрении капиталовложений, заключенных между различными государствами, превышает 2 тысячи.

<sup>42</sup> Своим Распоряжением от 30 июля 2009 года № 1055-Р Правительство Российской Федерации утвердило Ноту об уведомлении о намерении Российской Федерации не становиться участником Договора к Энергетической хартии, а также Протокола к Энергетической хартии по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам, подписанным от имени Российской Федерации в г. Лиссабоне 17 декабря 1994.

<sup>43</sup> Подробнее о специфике инвестиционных арбитражей на русском языке см.: *Крупко С.И.* Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором. М.: БЕК, 2002; Западная литература на эту тему представлена множеством публикаций, особо выделим: *Rubins, Kinsella*, International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, Oceana Publications, Inc.; *Schreuer*, The ICSID Convention: A Commentary, 2<sup>nd</sup> edn., CUP; *Bjorklund, Laird and Ripinsky* (eds), Investment Treaty Law: Current Issues, I, II and III, British Institute of International and Comparative Law; *Igbokwe* Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations, 2007, Int Arb 4, 297; *Newcombe and Paradell* Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment, Kluwer, 2009.

Всего известно<sup>44</sup> о восьми арбитражных делах, связанных с исками против Российской Федерации, рассмотренными в рамках соглашений о защите и поощрении капиталовложений. По делу *Berschader v. Russia*, SCC Case No. 080/2004 в 2006 г. состав арбитража посчитал, что у него нет полномочий по рассмотрению спора. По делу *Cesare Galdabini SpA v. Russian Federation* в 2011 г. было вынесено решение об отказе в удовлетворении иска. По делу *Sedelmayer v. Russian Federation* в 1998 г. было вынесено решение в пользу истца, приведенное в исполнение судами Германии и Швеции<sup>45</sup>. Остальные дела связаны с исками бывших акционеров Юкоса, это дела *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, *Renta 4 S.V.S.A et al. v. Russian Federation*, *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* и *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. По всем этим делам составы арбитража вынесли отдельные решения, признающие за ними право на рассмотрение предъявленных исков. По делу *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* в 2010 году было вынесено решение, взыскивающее с России сумму, меньшую, нежели расходы истцов на оплату услуг юристов, принимавших участие в деле, что можно считать победой России. Аналогичное решение вынесено в июле 2012 года по делу *Renta 4 S.V.S.A et al. v. Russian Federation*. По остальным делам исход спора на момент завершения работы над этим изданием учебника оставался неясным<sup>46</sup>. Отметим также, что ряд инвестиционных споров с Российской Федерацией был урегулирован мировыми соглашениями и до арбитража не дошел.

Отметим, что не только Россия как государство оказывалась ответчиком в инвестиционных арбитражах – российские компании и их иностранные дочерние структуры также подали ряд исков против иностранных государств, в частности, Казахстана, Грузии, Монголии, Литвы и Туркменистана.

---

<sup>44</sup> По данным сайта [italaw.com/cases-by-respondent?field\\_case\\_respondent\\_tid=143&=Apply](http://italaw.com/cases-by-respondent?field_case_respondent_tid=143&=Apply)

<sup>45</sup> О том, что Россия отказывается от исполнения данного решения, несмотря на то что оно получило поддержку государственных судов Германии и Швеции, см. статью «Россия не отдает проигранное» // Ведомости. 08.07.2011.

<sup>46</sup> Скандально известное дело по иску фирмы «Нога» против Правительства РФ не относится к числу инвестиционных споров, так как основано на частно-правовом договоре, заключенном между сторонами, причем при его заключении Правительство РФ отказалось от привилегий, связанных с суверенным иммунитетом. Хотя официальная информация по этому поводу не публиковалась, на основании косвенных сведений можно сделать вывод о том, что Россия расплатилась с фирмой в полном объеме с учетом процентов, начисленных за те годы, в течение которых «Нога» пыталась арестовать российские активы за рубежом.

Подача инвестиционного иска далеко не всегда ведет к победе истца: например, по данным UNCTAD, из 20 арбитражных решений по инвестиционным спорам, вынесенным в 2010 г., 14 были вынесены в пользу государств-ответчиков, т.е. иски инвесторов были признаны необоснованными. Истцам пришлось возместить все арбитражные издержки ответчиков.

Иски против государств, подаваемые в международные арбитражи, представляют собой весьма специфический вид международных арбитражей. Их изучение не входит в предмет настоящего курса<sup>47</sup>.

Контрольные вопросы к § 1.6.

1. Перечислите источники права, на которых основывается юрисдикция международных арбитражей, рассматривающих иски против суверенных государств.

2. Какие международные арбитражные институты чаще всего рассматривают иски против суверенных государств.

*§ 1.7. Взаимодействие международных коммерческих арбитражей и государственных судов: общий подход*

Согласно ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ (и ст. 5 Закона о МКА) государственные суды вправе вмешиваться в деятельность международных коммерческих арбитражей только в случаях, *прямо предусмотренных* этим Законом:

«Статья 5. Пределы вмешательства суда

По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе».

---

<sup>47</sup> Из немногих русскоязычных публикаций по этой тематике обратим внимание читателей на следующие: Дуглас З., Климов Я.Ю. Инвестиционный арбитраж с участием государств // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 78; Хобер К. Ответственность государства и инвестиционный арбитраж // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 3. С. 7; Хертицфельд Дж. О некоторых основополагающих вопросах, рассматриваемых в ходе арбитражей по двусторонним инвестиционным договорам // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 4. С. 29; Гармоза А.П. Распространение режима наибольшего благоприятствования на положения международных инвестиционных соглашений об арбитражном разрешении споров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2. С. 12.

Таких случаев дозволенного Законом о МКА вмешательства государственного суда в деятельность международных арбитражей немного, *всего пять*, и ни один из них не наделяет государственный суд полномочиями по осуществлению контроля за содержанием арбитражного решения. Перечислим их:

- ▶ 1. принятие государственным судом обеспечительных мер в связи с рассмотрением спора в международном арбитраже (ст. 9 Закона о МКА, см. § 1.8 ниже);
- ▶ 2. обжалование постановления международного арбитража о наличии у него компетенции, вынесенного как по вопросу предварительного характера (п. 3 ст. 16 Закона о МКА, о таких постановлениях подробнее см. в § 4.3 далее). Этот специфический правовой механизм применяется в тех случаях, когда состав арбитража выносит отдельное решение по вопросу о наличии у него компетенции по рассмотрению спора, как правило, это делается в том случае, если ответчик выдвигает серьезные возражения против действительности арбитражного соглашения (см. § 3.7 далее);
- ▶ 3. направление сторон в арбитраж государственным судом, в который был подан иск по существу спора (п. 1 ст. 8 Закона о МКА, см. § 1.9 далее). Эта норма Закона о МКА корреспондирует одному из основных механизмов Нью-Йоркской конвенции, призванному устранить так называемую «конкуренцию исков» – ситуацию, когда один и тот же спор одновременно рассматривается несколькими различными судами или арбитражами;
- ▶ 4. оспаривание решения международного арбитража, вынесенного на территории Российской Федерации, по основаниям, перечисленным в Законе (п. 1 ст. 34 Закона о МКА, см. § 4.1 и 4.5 далее). При этом отметим, что такие основания не позволяют государственному суду пересматривать суть арбитражного решения;
- ▶ 5. приведение в исполнение решения международного арбитража (п. 1 ст. 35 Закона о МКА) – если пользоваться терминологией АПК, то речь должна идти *о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения* (Глава 31 АПК) или *о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного третейского суда*, вынесенное на территории Российской Федерации (§ 2 Главы 30 АПК). Подробнее эта тематика рассматривается в Главе 5 ниже. Пока же отметим, что к этому правовому механизму стороне, выигравшей

арбитраж, придется прибегать только в том случае, если проигравшая сторона откажется добровольно исполнить вынесенное против нее решение.

Дополнительно к этим пяти вариантам взаимодействия международных коммерческих арбитражей с российскими государственными арбитражными судами следует обратить внимание на предусмотренное ст. 27 Закона о МКА содействие со стороны государственных судов в «получении доказательств» (более верным термином был бы «сбор доказательств»). Но это *содействие*, которое следует разграничить с перечисленными выше вариантами *вмешательства* государственного суда в процесс, связанный с рассмотрением спора в международном коммерческом арбитраже, – сбор доказательств, хотя может и сыграть важную роль в исходе процесса в международном арбитраже, все-таки не является вмешательством в самый процесс. Подробнее об этом см. в § 1.10 далее.

Любое другое вмешательство российского государственного суда в спор, в отношении которого существует международное арбитражное соглашение, *незаконно*. Хотя в АПК, к сожалению, нет нормы, непосредственно запрещающей государственным арбитражным судам вмешиваться в рассмотрение споров, в отношении которых существуют арбитражные соглашения, помимо перечисленных выше случаев, тем не менее в АПК достаточно четко закреплена логика, основанная на том, что *судебное вмешательство признается допустимым только в перечисленных выше случаях*.

В первую очередь такой подход вытекает из нормы ч. 4 ст. 16 АПК, закрепляющей признание и обязательность исполнения на территории РФ иностранных арбитражных решений в соответствии с международным договором Российской Федерации (т.е. Конвенцией). Далее, этот подход реализуется через нормы п. 5 и 6 части 1 ст. 148 АПК об оставлении государственным арбитражным судом искового заявления без рассмотрения в случае наличия арбитражного соглашения, на наличие которого своевременно (т.е. до своего первого заявления по существу спора) сослался ответчик. Наконец, в отношении оснований, по которым могут отменяться международные арбитражные решения, вынесенные на территории России, и выноситься отказы в приведении в исполнение решений международных арбитражей, ч. 4 ст. 233, ч. 4 ст. 239 и ч. 2 ст. 244 АПК содержат отсылки «к *международному договору Российской Федерации и федеральному закону о международном коммерческом арбитраже*». Такими международными договорами, которыми регламентированы основания для отказа в признании и приведении в

исполнение *иностранных* арбитражных решений, являются Нью-Йоркская конвенция и Европейская конвенция, а «федеральным законом о международном коммерческом арбитраже», которым регулируется *отмена* международных арбитражных решений, вынесенных на территории России, и *их приведение в исполнение* – Закон о МКА. Сразу поясним, что международного договора, которым бы регламентировалась отмена *российским* судом *иностранных* арбитражных решений, у Российской Федерации нет, и такие международные договоры вообще как таковые не существуют – об этом см. подробнее в § 4.2 далее.

Следует отметить, что норма ст. 5 Закона о МКА носит защитный характер: она призвана оградить международные арбитражные разбирательства от вмешательства государственных судов, которые идут на поводу у сторон, настроенных сорвать арбитраж или затруднить приведение в исполнение его решения. Однако такого рода защитные меры не требуются в отношении судов государств, в которых международный арбитраж пользуется поддержкой государственных судей. Поэтому в таких странах, чье законодательство стоит на более высокой ступени поддержки арбитража по сравнению с Типовым законом ЮНСИТРАЛ (в качестве примера можно привести Англию, Швецию, Швейцарию, Францию), существует еще ряд дополнительных механизмов, которыми пользуются государственные суды с целью оказания поддержки международному арбитражу. Подробнее о таких механизмах речь пойдет в § 1.11 далее.

Особо отметим, что ч. 5 ст. 230 АПК теоретически допускает возможность оспаривания в российском государственном арбитражном суде иностранного арбитражного решения «в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации». Что же это за случаи, какие международные договоры имели в виду авторы этой статьи? По всей видимости, они имели в виду подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции, в котором говорится о возможности отмены иностранного арбитражного решения судом страны, «закон которой применяется», поскольку никаких других международных договоров по этому вопросу у Российской Федерации не существует, как не существует их и в международно-правовой практике заключения договоров по вопросам коммерческого арбитража. О том, что на самом деле эта норма Конвенции на практике «не работает», подробно говорится в § 4.2 далее.

Российский государственный арбитражный суд не вправе, сославшись на ч. 5 ст. 230 АПК, рассматривать вопрос об отмене *иностранного* арбитражного

решения, вынесенного по *российскому* материальному праву. Конвенция не может рассматриваться как международный договор Российской Федерации, которым допускается такая возможность. Более того, попытка подобного вмешательства российского государственного арбитражного суда будет противоречить и ст. 5 Закона о МКА, допускающего оспаривание решения международного арбитража только в государственном суде по месту его вынесения (п. 2 ст. 6 и п. 2 ст. 34 Закона о МКА). Этот вопрос достаточно четко урегулирован Конвенцией и Типовым законом ЮНСИТРАЛ, которыми не допускается оспаривание международного арбитражного решения за пределами страны, где оно было вынесено, если только стороны не предусмотрели в качестве применимого *процессуального* права право иного государства. Российские государственные арбитражные суды должны применять ч. 5 ст. 230 АПК в соответствии с международными обязательствами Российской Федерации (Конвенция как акт международного права имеет преимущественную силу перед российским внутренним законодательством на основании ч. 4 ст. 15 Конституции РФ) и в соответствии с международными стандартами в этой области, предусмотренными Типовым законом ЮНСИТРАЛ и реализованными в Законе о МКА.

#### *§ 1.8. Обеспечительные меры*

Согласно ст. 9 Закона о МКА обращение к государственному суду за предоставлением обеспечительных мер не является отказом подающей такое обращение стороны от арбитражного соглашения. Под этой несколько странной с точки зрения русскоязычной правовой техники формулировкой, представляющей собой перевод английского текста, использованного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, кроется указание на то, что сторону, которая подала в государственный суд заявление с целью, например, ареста активов оппонента в процессе, основанном на арбитражной оговорке, нельзя обвинить в том, что она самим фактом своего обращения в государственный суд отказалась от своего права на разрешение спора в международном коммерческом арбитраже, так как обеспечительные меры являются мерами временными и не предрешают решения состава арбитража по существу спора. Эта норма Закона о МКА недостаточно конкретна, чтобы регламентировать собственно процедуру принятия

обеспечительных мер, поэтому для того, чтобы понять, как работает эта процедура, требуется обратиться к ст. 90, 92 и 99 АПК.

На основании ст. 90 АПК принятие обеспечительных мер государственным арбитражным судом возможно на любых стадиях «арбитражного процесса». Возникает вопрос: означает ли ссылка ч. 2 ст. 90 АПК на «стадию арбитражного процесса» то, что для принятия судом обеспечительных мер заявитель должен сначала начать арбитражный процесс в государственном арбитражном суде, т.е. обратиться туда с иском по существу спора, или под понятие «арбитражного процесса» подпадает также процесс в третейском суде, в том числе и международном? Полагаем, что первый вариант ответа на поставленный вопрос следует считать ошибочным, иначе включение в ст. 90 АПК ч. 3, посвященной мерам обеспечения в связи с осуществлением разбирательства в третейском суде, утратило бы всякий смысл, так как одна и та же сторона не вправе одновременно подавать один и тот же иск и в государственный суд, и в международный арбитраж.

Поскольку в соответствии с ч. 3 ст. 90 АПК обеспечительные меры могут приниматься и «по заявлению стороны третейского разбирательства», ввиду приведенных доводов ссылка, содержащаяся в ч. 3 ст. 90 на ч. 2 этой же статьи, согласно которой обеспечительные меры могут быть приняты на любой стадии арбитражного процесса, может означать только одно: сторона третейского разбирательства может обратиться в государственный арбитражный суд за установлением обеспечительных мер в любой момент после начала третейского разбирательства, а возможно, и до подачи искового заявления в третейский суд. Этот вывод может быть подтвержден аргументом о применимости норм ст. 99 АПК о принятии обеспечительных мер *до предъявления иска* и к случаям принятия обеспечительных мер в связи с проведением международного арбитража – о том, что это возможно, пишет проф. Т.Н. Нешатаева в своем комментарии к ст. 99 АПК<sup>48</sup>.

Обращение в государственный суд с целью принятия обеспечительных мер еще до подачи иска в международный арбитраж допускается процессуальным законодательством некоторых государств, например Германии, Англии. В этих странах такие меры могут быть приняты судом достаточно либерально и без увязки с обязательством о подаче иска в арбитраж в течение сжатого срока. Российское законодательство по этому вопросу отражает более жесткий подход.

---

<sup>48</sup> См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М., 2003. С. 316.

Предъявляя требование о принятии обеспечительных мер, заинтересованному лицу следует обратить особое внимание на то, что ч. 5 ст. 99 АПК установлен 15-дневный срок подачи искового заявления в случае вынесения государственным арбитражным судом определения об обеспечительных мерах до подачи такого заявления. В п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 9 декабря 2002 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» разъясняется, какие доказательства могут быть предъявлены в отношении подачи искового заявления в третейский суд<sup>49</sup>; разумеется, заявитель должен своевременно позаботиться о предоставлении соответствующих доказательств в государственный арбитражный суд, вынесший определение об обеспечительных мерах, иначе пропуск 15-дневного срока может привести к отмене обеспечительных мер.

Сторона третейского разбирательства, заинтересованная в установлении обеспечительных мер, при обращении в государственный арбитражный суд с заявлением о принятии обеспечительных мер на основании ч. 4 ст. 90 АПК обязана уплатить государственную пошлину в размере, предусмотренном федеральным законом для оплаты заявлений о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, что составляет 2000 рублей.

Впрочем, основными проблемами являются не чрезмерно жесткие процессуальные нормы АПК – сами по себе требования АПК достаточно разумны, если принять во внимание то, насколько часто российские компании обращаются в суды и арбитражи с недобросовестными исками. Действительно, сторона третейского разбирательства, заинтересованная в установлении обеспечительных мер, может параллельно с ведением ею третейского разбирательства (и даже до его возбуждения) обратиться в российский государственный арбитражный суд с заявлением о принятии обеспечительных мер на основании ст. 90 АПК. Но для этого данной стороне нужно будет доказать суду, что «непринятие этих мер может затруднить или сделать невозможным исполнение судебного акта, в том числе если исполнение судебного акта предполагается за пределами Российской Федерации», причем под судебным актом здесь должно пониматься решение государственного суда (российского или зарубежного) о приведении в принудительное исполнение соответствующего решения международного коммерческого арбитража.

---

<sup>49</sup> «Доказательством подачи искового заявления могут быть копия судебного акта соответствующего суда о принятии искового заявления к производству или отметка этого суда на копии искового заявления, поданного в суд» – разумеется, эти разъяснения следует применять с поправкой на специфику рассмотрения дела третейским судом.

Другим критерием, обосновывающим применение обеспечительных мер, ч. 2 ст. 90 АПК называет «предотвращение причинения значительного ущерба заявителю».

К сожалению, применение этих критериев, особенно критерия «невозможности или затруднительности» исполнения арбитражного решения, сталкивается в российской судебной практике с существенными трудностями. Судьи российских государственных арбитражных судов весьма консервативны в оценке последствий, к которым может привести отказ в удовлетворении заявления о принятии обеспечительных мер, если речь идет о деле, в котором спор будет рассмотрен в международном коммерческом арбитраже<sup>50</sup>.

Таких затруднений можно было бы избежать, если, устанавливая меры обеспечения, российские государственные арбитражные суды пользовались бы механизмом встречного обеспечения, предусмотренным ст. 94 АПК, однако, к сожалению, таких случаев в современной российской судебной практике неизвестно, и вместо них судьи государственных арбитражных судов всегда обращаются к применению весьма зыбкого критерия «невозможности или затруднительности» исполнения арбитражного решения.

Первые сведения о том, что российские государственные арбитражные суды начали принимать обеспечительные меры по делам, рассматриваемым в иностранных арбитражах, относятся еще к 2003 г.<sup>51</sup> С тех пор ситуация несколько изменилась, но по-прежнему такие случаи встречаются редко и практика государственных арбитражных судов по ч. 3 ст. 90 носит отчасти непоследовательный характер. В литературе описано несколько дел, когда российские суды удовлетворили заявления о принятии обеспечительных мер<sup>52</sup>, но гораздо больше примеров «отказных», когда в принятии обеспечительных мер в связи с проведением международного арбитража, отказывается.

Можно выделить несколько причин, по которым ситуация складывается таким образом. Во-первых, в п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 9 декабря 2002 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного

---

<sup>50</sup> Подробнее анализ практики российских государственных судов по вопросам, связанным с принятием обеспечительных мер по делам, предусматривающим проведение международного арбитражного разбирательства, см.: *Панарьина Ю.А.* Применение российскими судами обеспечительных мер в связи с проведением международного арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 85.

<sup>51</sup> Экономика и жизнь-Юрист. 2003. № 10. С. 5.

<sup>52</sup> См.: *Курочкин Д.В.* Обеспечительные меры в российском суде в поддержку иностранного арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 71; *Кульков М.А.* Возможно ли принятие в России обеспечительных мер в ходе ведения дела в зарубежном арбитраже? // Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина, сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО «Редакция журнала "Третейский суд"», 2007. С. 402.

процессуального кодекса Российской Федерации» содержатся весьма смутные указания о том, какие именно доказательства следует предъявлять лицу, заинтересованному в принятии обеспечительных мер, касательно необходимости их принятия. При этом тот же п. 13 этого Постановления Пленума поясняет:

«...предварительные обеспечительные меры применяются по заявлению организации или гражданина лишь в случае представления доказательств наличия у них имущественных требований. Такими доказательствами могут быть, в частности, сведения о регистрации права собственности, коммерческий контракт, выписки из лицевого счета о перечислении денежных средств и т.д.».

Впоследствии п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» сформулировал еще более жесткие критерии, которые следует соблюдать российским судьям при принятии решения о предоставлении обеспечительных мер:

«Рассматривая заявления о применении обеспечительных мер, суд оценивает, насколько истребуемая заявителем конкретная обеспечительная мера связана с предметом заявленного требования, соразмерна ему и каким образом она обеспечит фактическую реализацию целей обеспечительных мер, обусловленных основаниями, предусмотренными ч. 2 ст. 90 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

Фактически, суду предлагается оценить серьезность требований истца, причем в ситуации, когда иск еще не подан, или подан за рубежом и на иностранном языке. Естественно, что судьи государственных арбитражных судов пытаются избежать осуществления таких далеко идущих оценок и в принятии обеспечительных мер при наличии малейшего сомнения в обоснованности иска отказывают.

Повторим, что при наличии в АПК механизма встречного обеспечения (ст. 94) эту проблему можно было бы решить, не подвергая судей соблазну давать оценку рискам, о которых у них в рамках процедуры рассмотрения ходатайства по ст. 90 АПК складывается весьма смутное представление, но, к сожалению, по этому пути наша судебная практика пока не идет.

Во-вторых, излишне детальная и неудачная по своей сути формулировка ч. 5 ст. 92 АПК о том, что «К заявлению стороны третейского разбирательства об обеспечении иска прилагаются заверенная председателем постоянно действующего третейского суда копия искового заявления, принятого к рассмотрению третейским судом, или нотариально

удостоверенная копия такого заявления и заверенная надлежащим образом копия соглашения о третейском разбирательстве», создает ненужные сложности. Как быть, если дело рассматривается арбитражем *ad hoc*? Как доказать, что исковое заявление «принято к рассмотрению», ведь далеко не всегда международные арбитражи вступают со сторонами в переписку, которую можно признать доказательством такого рассмотрения<sup>53</sup>.

Наконец, возникает определенная коллизия нормы ч. 5 статьи 92 с нормой ч. 5 ст. 99 АПК РФ 2002 г., допускающей обращение за принятием обеспечительных мер до направления искового заявления в международный арбитраж.

Но самое главное состоит в том, что подготовленное Высшим Арбитражным Судом обобщение судебной практики по обеспечительным мерам не приветствует поддержку международных арбитражей. В Обзоре практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер (Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 78 от 7 июля 2004 г.) содержится пять примеров рассмотрения судами вопроса о принятии таких мер в связи с проведением международного арбитража, и все они «отказные».

Только недавно высшая судебная инстанция России впервые вынесла акт, допускающий возможность принятия обеспечительных мер в связи с проведением международного коммерческого арбитража за границей, да и то, обстоятельства этого дела были весьма необычными, так как аресту подвергалась квартира, принадлежавшая разведенной жене ответчика – физического лица<sup>54</sup>. Впоследствии спор был урегулирован мировым соглашением, и собственно ареста квартиры так и не состоялось.

Тем временем государственные арбитражные суды, опираясь на сформулированные выше положения п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55, продолжают отказывать в удовлетворении ходатайств о принятии обеспечительных мер в связи с проведением международных арбитражей. Примером может служить Постановление ФАС Московского округа от 27 апреля 2011 г. № КГ-А40/3373-11 по делу № А40-139443/10-69-1112, в котором отказано в принятии обеспечительных мер против компании, чье сложное финансовое положение не вызывает ни у кого сомнения – все равно судьи считают, что заявитель не сумел соблюсти требования, сформулированные Высшим Арбитражным Судом в Постановлении Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55, выходящие далеко за рамки норм ст. 90 АПК.

<sup>53</sup> О примере успешного преодоления указанных сложностей см. *Курочкин Д.В.* Указ соч. С. 75.

<sup>54</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 17095/09.

Завершая рассмотрение вопроса о принятии российскими государственными судами обеспечительных мер в поддержку международного арбитража, следует обратить внимание еще и на следующий аспект проблемы. Предусмотрев в ч. 3 ст. 90 правило о принятии обеспечительных мер в связи с проведением третейского разбирательства, АПК никак не решил вопрос об их отмене в случае отказа в удовлетворении иска. Норма ст. 97 АПК не может применяться в данном случае, так как спор рассматривается не государственным судом, а третейским. Конечно, по логике Кодекса в случае отказа третейского суда в удовлетворении иска, в обеспечение которого были приняты соответствующие меры, должна применяться норма ч. 5 ст. 96 АПК, но ее текст предполагает, что подлежащие отмене обеспечительные меры были приняты либо тем же государственным арбитражным судом, который рассматривает спор (поскольку их судьба решается в самом решении по существу спора), либо другим государственным арбитражным судом. Получается, что об отмене обеспечительных мер, принятых в связи с проведением третейского разбирательства, в результате которого в удовлетворении иска было отказано, в АПК нет ни слова. Насколько это известно автору, пока данный вопрос на практике не вставал.

Следует отметить, что не только государственные суды, но и международные арбитражи вправе выносить постановления о принятии обеспечительных мер. Правда, арбитры достаточно редко идут на такие шаги, чтобы не выделять ни одну из сторон по делу, а также памятуя о том, что постановление о принятии обеспечительных мер не является арбитражным решением по существу спора, которое подлежит приведению в исполнение в соответствии с текстом Нью-Йоркской конвенции.

Обратим внимание на одно чрезвычайно любопытное решение, вынесенное американским судом по делу *Publicis Communication, et al. v. True North Communication Inc.*<sup>55</sup> В этом деле арбитраж, действовавший на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ и проводившийся в Лондоне, издал приказ о представлении истцом истребованных ответчиком документов налоговой отчетности. Истец отказался исполнить этот приказ добровольно. Данный приказ формально не являлся окончательным арбитражным решением, он был озаглавлен *order*, а не *award*, но тем не менее американский суд признал его и обратил к принудительному исполнению на основании Конвенции, сославшись на то, что эти документы имеют решающее значение для разрешения спора по существу. Таким образом, был создан прецедент, когда в качестве

---

<sup>55</sup> См.: *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXV (2000). P. 1152.

арбитражного решения в контексте Конвенции был принудительно исполнен арбитражный приказ, не разрешавший спор по существу, а всего лишь обеспечивавший представление документов, имевших решающее для разрешения спора значение.

О необходимости реформирования Типового закона ЮНСИТРАЛ с целью позволить арбитрам самостоятельно выносить постановления о принятии обеспечительных мер, которые были бы исполнены государственными судами, велась длительная дискуссия. Ее результатом стали изменения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ, одобренные на ее 39-й сессии в 2006 г. и связанные с включением в него главы IVA<sup>56</sup>. Эти изменения радикально расширяют возможности международных арбитражей по принятию обеспечительных мер. В 2011 г. был подготовлен законопроект о внесении изменений в Закон о МКА, призванный дополнить российское законодательство новеллами, предложенными ЮНСИТРАЛ в 2006 г., однако после вмешательства аппарата ВАС РФ его текст существенно расходится с формулировками, разработанными ЮНСИТРАЛ. Более того, самый ход работы над законопроектом внушает пессимизм<sup>57</sup> – вместо изменений, соответствующих подходу ЮНСИТРАЛ, предлагаются новеллы, которые существенно затруднят функционирование третейских судов в России, причем не только международных, но и внутренних.

Реализация предложений ЮНСИТРАЛ о совершенствовании Типового закона в национальном законодательстве позволит, не меняя текста Конвенции, распространить на определения международных арбитражей о принятии обеспечительных мер режим, по своей сути копирующий режим признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Эти предложения 2006 уже имплементированы в ряде государств (по состоянию на середину 2013 г. – в 16 странах и штате Флорида).

Наконец, следует обратить внимание на то, что полномочия арбитров в отношении принятия обеспечительных мер в значительной степени зависят от регламента, применимого к данному спору: в разных регламентах по-разному решается вопрос об обеспечительных мерах<sup>58</sup>, и от того, в какой форме выносятся определение, в значительной степени зависит возможность его приведения в исполнение.

---

<sup>56</sup> Комаров А.С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // *Международный коммерческий арбитраж*. 2007. № 2. С. 7.

<sup>57</sup> См.: Кабатова Е.В. Изменения Типового закона ЮНСИТРАЛ и их имплементация/в сборнике *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 80-летию МКАС при ТПП РФ под ред. А.А. Костина, М.: Статут, 2012, С. 165*

<sup>58</sup> Если применяемый арбитражный регламент позволяет арбитрам оформить решение об обеспечительных мерах не как окончательное решение, а как процессуальный приказ или иным образом, то шансы на приведение в исполнение такого процессуального приказа национальным судом будут зависеть от того, как

Контрольные вопросы к § 1.7 и § 1.8.

1. Перечислите случаи, когда российские государственные суды вправе вмешиваться в деятельность международных коммерческих арбитражей.
2. На какой стадии арбитражного разбирательства возможно обращение в государственный суд с целью принятия обеспечительных мер?
3. Проанализируйте практику российских государственных арбитражных судов по делам, связанным с принятием обеспечительных мер в отношении стороны, против которой заявлен иск в международный коммерческий арбитраж.

*§ 1.9. Направление сторон в арбитраж государственным судом, в который был подан иск по существу спора. Преюдициальная сила решений третейских судов*

Включение в договор арбитражного соглашения (или закрепление арбитражного соглашения в иной форме – об этом см. § 2.2 и 2.11 далее, где рассматриваются различные формы фиксации арбитражных соглашений) *препятствует рассмотрению внешнеэкономического спора, вытекающего из такого договора, в государственном суде, если хотя бы одна из участвующих в деле сторон до изложения своей позиции по существу спора в государственном суде первой инстанции попросит направить спор в международный арбитраж.* Такая обязанность государственного суда вытекает из ст. II Нью-Йоркской конвенции. В российском законодательстве такое правило закреплено в п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК и в п. 1 ст. 8 Закона о МКА, это правило международного договора было дополнительно разъяснено Высшим Арбитражным Судом РФ еще 10 лет назад и хорошо известно судьям<sup>59</sup>.

Статьей II закреплен один из важнейших механизмов Конвенции – механизм, согласно которому суд государства – участника Конвенции, в который поступил иск по

---

этот вопрос трактуется в национальном законодательстве суда. Если же принятие обеспечительных мер будет оформлено как окончательное решение арбитража, подпадающее под действие Конвенции, то такое решение должно приводиться в исполнение судами всех стран – участниц Конвенции. На практике указанные решения об обеспечительных мерах обычно выносятся в форме поручения сторонам сохранять *status quo*, которые вряд ли возможно исполнить в принудительном порядке с помощью государственных судов в рамках Конвенции. Об этом см.: *Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 456.*

<sup>59</sup> См.: п. 19 Обзора практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18 января 2001 г. № 58) // ВВАС РФ. 2001. № 3.

вопросу, в отношении которого существует арбитражное соглашение, обязан (при условии соблюдения определенных предварительных условий, закрепленных в Конвенции), направить стороны в арбитраж – именно таким образом следует толковать п. 1 данной статьи с учетом положений ее п. 3. Следовательно, государства – участники Конвенции сознательно пошли на ограничение юрисдикции своих судов по спорам, в отношении которых существует арбитражное соглашение. А распространив через норму п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК этот механизм на арбитражные оговорки, предусматривающие рассмотрение споров в международных арбитражах, проводимых на территории России, и третейские оговорки, предполагающие разрешение споров во внутренних третейских судах в нашей стране, российский законодатель тем самым существенно расширил применение третейских механизмов рассмотрения споров в Российской Федерации.

Предварительные условия, соблюдение которых необходимо для того, чтобы государственный суд направил стороны в арбитраж, в Конвенции непосредственно не сгруппированы, но в своем большинстве включены в п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК. Перечислим эти условия:

► 1. одна из сторон спора должна ходатайствовать перед государственным судом о передаче дела в арбитраж; суд не может принять такое решение по собственной инициативе. Эта норма закреплена в п. 3 ст. II Конвенции и в п. 1 ст. VI Европейской конвенции. В настоящее время данная норма зафиксирована в п. 1 ст. 8 Закона о МКА и в п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК. При этом п. 3 ст. II Конвенции не содержит ограничений по срокам, в течение которых в суд должно быть подано ходатайство о направлении сторон в арбитраж.

Но в п. 1 ст. VI Европейской конвенции, в п. 1 ст. 8 Закона о МКА и в п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК содержится дополнительное условие о сроке, в течение которого заинтересованная сторона должна ходатайствовать о передаче спора на рассмотрение международного арбитража, – *не позднее первого заявления данной стороны по существу спора*. Полагаем, что такое ограничение права стороны воспользоваться возможностью изъятия спора из юрисдикции государственного суда не противоречит ни букве, ни духу Конвенции и, более того, вполне целесообразно с точки зрения экономии времени и средств, затрачиваемых на рассмотрение спора в государственном суде;

► 2. если речь идет об иностранном арбитраже, то арбитражное соглашение должно относиться к сфере действия Конвенции, т.е. либо им должно предусматриваться вынесение арбитражного решения за рубежом, либо его действие должно

распространяться на спор, арбитражное решение по которому не может считаться «внутренним» в стране, государственный суд которой решает вопрос о передаче спора в арбитраж<sup>60</sup>;

▶ 3. иск должен относиться к вопросу, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, т.е. входящему в объем этого соглашения. Проблема объема арбитражного соглашения подробно рассматривается в § 2.11, пока же отметим, что государственный суд при рассмотрении ходатайства о передаче спора на рассмотрение международного арбитража или внутреннего третейского суда должен самостоятельно решить, покрывается ли предъявленный иск объемом арбитражного соглашения. Сделать это до рассмотрения спора по существу практически невозможно (если только нет очевидного противоречия между арбитражным соглашением и предметом спора), так как и в ходе арбитража стороны могут менять свои требования с учетом объема арбитражного соглашения и фактических обстоятельств дела. Поэтому государственный суд на данном этапе, как правило, ограничивается формальной констатацией возможности включения предмета спора в объем арбитражного соглашения, оставляя за собой право вернуться к изучению указанного вопроса после вынесения арбитражного решения;

▶ 4. арбитражное соглашение должно соответствовать требованиям, предъявляемым Конвенцией и принятым в ее развитие нормативным актам, к форме арбитражных соглашений (об этом см. § 2.2 далее);

▶ 5. арбитражное соглашение не должно быть недействительным, утратившим силу или неисполнимым. Разрешая этот вопрос, государственный суд должен сначала установить закон, на основании которого оценивается содержание, действительность, сохранение силы и исполнимость арбитражного соглашения, а потом правильно применить этот закон (об этом см. § 2.7 далее);

▶ 6. предмет спора может быть предметом арбитражного разбирательства (т.е. являться арбитрабельным) в соответствии с *lex fori* (национальным законом) государственного суда, решающего вопрос о направлении сторон в арбитраж (об этом см. § 2.9 и 2.10 далее).

Если все перечисленные выше условия соблюдены, то российский государственный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения. Если же ответчик своим правом требовать направление спора для рассмотрения в международный арбитраж

---

<sup>60</sup> 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. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008, раздел А § 1 главы 1. С. 29.

своевременно не воспользовался, то в силу консенсуального начала, лежащего в основе арбитражного метода урегулирования спора, он своими действиями оформил отказ от такого права, и дело может быть рассмотрено в государственном суде<sup>61</sup>.

Следует отметить, что, строго говоря, *оставление заявления без рассмотрения* вряд ли можно приравнять к *направлению сторон в арбитраж*, что предусмотрено нормами п. 3 ст. II Конвенции и п. 1 ст. 8 Закона о МКА. По всей видимости, авторы Конвенции и Типового закона ЮНСИТРАЛ рассчитывали на реализацию этой нормы через другие, более жесткие процессуальные механизмы (см. §1.11 далее), но и в своем существующем виде конструкция п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК сталкивается в России с немалым количеством затруднений<sup>62</sup>.

В основном такие затруднения основаны на недостаточном объеме информации о международном арбитраже, которой располагают российские судьи. На необходимость направления в международный арбитраж лиц, связанных действием заключенного между ними арбитражного соглашения, Высший Арбитражный Суд РФ обратил внимание еще за год до принятия АПК РФ 2002 г.<sup>63</sup> За время, прошедшее с момента вступления в силу этого Кодекса, российские государственные арбитражные суды накопили достаточный позитивный опыт применения нормы п. 5 ч. 1 ст. 148 этого Кодекса. Приведем несколько примеров.

Иностранная компания обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с иском к российскому акционерному обществу о расторжении договора и о взыскании процентов. Исковое заявление было оставлено без рассмотрения, так как выяснилось, что заключенный между сторонами договор содержал арбитражную оговорку, в соответствии с которой иностранный арбитраж уже рассмотрел часть требований, охваченных иском заявлением, а по части таких требований, которые не были предметом арбитражного рассмотрения, ответчик своевременно ходатайствовал о направлении сторон в международный арбитраж. Решение суда первой инстанции было поддержано Девятым арбитражным апелляционным судом и оставлено без изменения ФАС МО. Кассационная инстанция при этом указала:

---

<sup>61</sup> Для наглядности варианты поведения после возникновения спора показаны графически на Схеме 2 в Приложении к учебнику.

<sup>62</sup> В качестве наиболее очевидных примеров ошибок, связанных с отказом в применении п. 5 ст. 148 АПК, см. Постановление ФАС ЗСО от 26 января 2006 г. № Ф04-9972/2005(19029-А81-28) и Постановление ФАС МО от 21 сентября 2009 г. № КГ-А40/9109-09.

<sup>63</sup> См. п. 19 Обзора практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов (Информационное письмо ВАС РФ от 18 января 2001 г. № 58) // ВВАС РФ. 2001. Специальное приложение к № 7. С. 26).

«Вывод суда соответствует также положениям п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже и п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, смысл которых сводится к следующему: если имеется соглашение лиц о передаче спора на рассмотрение третейского суда и если одна из сторон обращается с иском в государственный суд, а ответчик до своего первого заявления по существу спора не возражает, то государственный арбитражный суд вправе и должен рассматривать такой иск, если же ответчик до своего первого заседания [видимо, имелось в виду – заявления. – Б.К.] по существу спора согласен на арбитражную оговорку, то суд обязан применить п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ»<sup>64</sup>.

Другой пример. Иностранная компания обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Федеральному государственному унитарному предприятию о расторжении договора. Заявление было по просьбе ответчика оставлено без рассмотрения в соответствии п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК и на основании того, что имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом, недействительность соглашения и невозможность его исполнения судами не установлены, а ответчик в предварительном судебном заседании заявил возражение в отношении рассмотрения дела в Арбитражном суде г. Москвы. Даже доводы истца о возможной недействительности арбитражного соглашения и неарбитрабельности предмета спора не помогли<sup>65</sup>.

В другом случае истец, обращаясь с иском в Арбитражный суд г. Москвы, указал, что рассмотрение спора в МКАС при ТПП РФ в соответствии с арбитражным соглашением лишит его права на судебную защиту. Суды первой и апелляционной инстанций по просьбе ответчика иск оставили без рассмотрения, а ФАС МО, оставив принятые судебные акты без изменений, так прокомментировал позицию истца:

«Довод представителя истца о том, что он лишен права на судебную защиту не может быть принят судом, так как доказательств невозможности реализации права на судебную защиту в соответствии с арбитражной оговоркой им не представлено»<sup>66</sup>.

Пожалуй, наиболее известным случаем применения п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК стало оставление без рассмотрения иска прокурора Калининградской области к иностранному банку о признании ничтожной сделкой кредитного договора, содержавшего арбитражную

<sup>64</sup> Постановление ФАС МО от 7 мая 2007 г., 14 мая 2007 г. № КГ-А40/3707-07 по делу № А40-50675/06-40-338.

<sup>65</sup> Постановление ФАС МО от 29 января 2009 г. № КГ-А40/13192-08.

<sup>66</sup> Постановление ФАС МО от 27 ноября 2006 г., 29 ноября 2006 г. № КГ-А40/11546-06 по делу № А40-27268/06-40-178.

оговорку. Банк своевременно обратился в государственный арбитражный суд первой инстанции с заявлением об оставлении иска без рассмотрения. После этого государственные арбитражные суды трех инстанций не только разъяснили прокурору, что его утверждение о ничтожности договора не является основанием для того, чтобы считать недействительной включенную в него арбитражную оговорку (об этом см. подробнее в § 2.3), но и распространили на прокурора как на лицо, действующее в интересах стороны арбитражного соглашения, условия данного арбитражного соглашения<sup>67</sup>. Это дело получило положительную оценку в российской специальной литературе<sup>68</sup>.

Помимо конструкции направления сторон в арбитраж на основании ранее заключенного ими арбитражного соглашения, вытекающей из норм ст. II Нью-Йоркской конвенции и п. 1 ст. 8 Закона о МКА, реализованной через норму п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК, в АПК содержится еще и возможность направления сторон спора в третейский суд (международный коммерческий арбитраж) даже в том случае, если между ними до возникновения спора не было заключено арбитражного соглашения, но в ходе процесса в государственном суде они решили, что предпочитают урегулировать спор в суде третейском. Такая возможность зафиксирована в п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК:

«1. Арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после его принятия к производству установит, что:

<...>

б) стороны заключили соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, если любая из сторон 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».

Обратим внимание на отличие этой нормы от нормы п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК: если сторона (причем по смыслу п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК этой стороной может быть именно ответчик) пожелает воспользоваться арбитражным соглашением, заключенным до направления иска в государственный суд, она должна подать об этом ходатайство «не позднее дня представления своего первого заявления по существу спора в арбитражном суде первой инстанции». Если же стороны (причем все истцы и все ответчики) придут к

<sup>67</sup> Постановление ФАС СЗО от 23 сентября 2005 г. № А21-2499/03-С1.

<sup>68</sup> Ярков В.В. Иск прокурора и арбитражная оговорка в договоре // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 3. С. 58.

выводу о предпочтительности разрешения спора в третейском суде уже в ходе процесса в государственном суде и тогда же и заключат арбитражное соглашение, иск будет оставлен без рассмотрения, только если соответствующее ходатайство будет подано «до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу». По смыслу нормы п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК под таким судебным актом имеется в виду решение арбитражного суда первой инстанции.

Отметим, что если спор уже был рассмотрен международным коммерческим арбитражем (или внутренним третейским судом), то решение, вынесенное таким международным арбитражем или третейским судом, уже в силу факта своего существования препятствует направлению аналогичного иска в российский государственный суд. Такой подход закреплен в ст. 150 АПК:

«1. Арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что:

<...>

3) имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, если арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда».

Только в том случае, если российский государственный арбитражный суд *уже* отказал в выдаче исполнительного листа на исполнение решения третейского суда, или (хотя это и не указано непосредственно в ст. 150 АПК) отменил соответствующее решение третейского суда, заинтересованная сторона арбитражного соглашения имеет право на подачу иска в государственный суд<sup>69</sup>. При этом отметим, что тот факт, что решение третейского суда не было ни оспорено в государственном суде (т.е. проигравшая арбитраж сторона не пыталась добиться его отмены), ни обращено к принудительному исполнению (т.е. выигравшая арбитраж сторона не пыталась добиться выдачи исполнительного листа в российском государственном суде), не влечет за собой запрета на подачу аналогичного иска в государственный суд в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК – только негативный результат оспаривания или приведения в исполнение данного

---

<sup>69</sup> По этому вопросу в литературе высказана и другая точка зрения, см.: *Ярков В.В.* Взаимодействие арбитражного и судебного разбирательства: некоторые аспекты // *Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы.* Liber amicorum в честь проф. Л.Н. Галенской, СПб.: Издат. дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2007.

решения в государственном суде позволяет рассчитывать на то, что такой запрет будет считаться устранимым<sup>70</sup>.

Сторона, добивающаяся отмены арбитражного решения, должна понимать, что своими действиями она лишает себя возможности сослаться на ст. 148 АПК в качестве основания для оставления без рассмотрения иска, подаваемого против нее в государственный суд, связанного со сделкой, содержащей арбитражное соглашение. Приведем следующий пример из российской практики.

Государственные арбитражные суды Западно-Сибирского округа отказались исполнить решение МКАС при ТПП РФ о взыскании с авиакомпании, расположенной на территории этого округа, арендной платы за аренду самолета<sup>71</sup>. После этого истцу ничего другого не оставалось, кроме как обратиться в эти же суды с иском по существу спора. Недобросовестный ответчик же, по чьей инициативе в исполнении уже вынесенного арбитражного решения было отказано, просил оставить иск без рассмотрения и направить стороны в арбитраж на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК. Можно лишь удивляться цинизму такой позиции – ведь тот же самый ответчик добился отказа в приведении в исполнение арбитражного решения именно по мотиву того, что спор третейскому суду якобы неподсуден! В кассационной инстанции истец добился «справедливости» – указания государственному суду рассмотреть спор по существу:

«Апелляционная инстанция, отменяя определение суда, обоснованно исходила из того, что решение от 23.06.2005 Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации о взыскании с общества в пользу предприятия задолженности в сумме 266031 долларов США, составляющих остаточную стоимость воздушного судна, не может быть реально исполнено, поскольку Арбитражный суд Новосибирской области по другому делу отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение указанного решения, сославшись на то, что возникший между сторонами спор относится к исключительной подсудности арбитражного суда. В этой связи пришла к

---

<sup>70</sup> Отметим также, что тот факт, что государственный суд по месту вынесения решения международного арбитража отменил такое решение или отказался привести его в исполнение отнюдь не означает, что это арбитражное решение не может быть исполнено за рубежом в рамках Конвенции. Есть немало примеров, когда арбитражные решения, отмененные по месту их вынесения (в том числе и в России), успешно признавались и приводились в исполнение за рубежом. Об этом см. подробнее в § 5.10 далее.

<sup>71</sup> См. Постановление ФАС ЗСО от 9 марта 2006 г. по делу № Ф04-786/2006. Причиной такого решения был вывод судей о том, что раз спор был связан с самолетом, классифицируемым российским материальным правом в качестве объекта недвижимости, то это дело было якобы неарбитрабельно с связи с нормой ст. 248 АПК. Об ошибочности такого подхода см. подробнее в § 2.10 далее.

правомерному выводу, что по данному делу оснований для оставления иска без рассмотрения не имеется, оставляя иск без рассмотрения, суд лишил истца права на судебную защиту<sup>72</sup>».

Вполне логичный результат – лишив истца права на обращение в международный арбитраж, государственный суд должен быть готов рассматривать спор по существу.

Контрольные вопросы к § 1.9.

1. Сформулируйте предпосылки для направления сторон в международный арбитраж на основании норм п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК и п. 1 ст. 8 Закона о МКА.

2. В какой срок должно быть заявлено ходатайство о направлении спора в международный арбитраж, если иск был подан в российский государственный арбитражный суд?

*§ 1.10. Содействие государственного суда в сборе доказательств, связанных с проведением международного коммерческого арбитража*

В соответствии со ст. 27 Закона о МКА состав арбитража или заинтересованная сторона с согласия арбитража может обратиться за такого рода помощью к национальному суду. Однако в связи с тем, что ни арбитры, ни стороны по делу не являются субъектами публичного права, их обращения не относятся к категории международной правовой помощи и необязательны для исполнения<sup>73</sup>, хотя некоторые специалисты в США пытаются рассматривать третейские суды в качестве субъектов правовой помощи<sup>74</sup>.

Пока не вполне понятно, возможно ли применение ст. 72 АПК об обеспечении доказательств в связи с проведением третейского разбирательства. В любом случае, меры по обеспечению доказательств следует отличать от «мер к обеспечению иска», соответствующих «обеспечительным мерам» ст. 9 Закона о

---

<sup>72</sup> См. Постановление ФАС ЗСО от 30 октября 2007 г. № Ф04-7443/2007(39539-А45-17) по делу № А45-18286/06-07-30/6.

<sup>73</sup> *Марышева Н.И.* Международная правовая помощь и ее виды // Проблемы международного частного права / Под ред. д-ра юрид. наук Н.И. Марышевой. М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, 2000. С. 192.

<sup>74</sup> См.: *Хендрикс Г.* Американская правовая помощь по экономическим спорам, разрешаемым судами и третейскими судами // ВВАС РФ. Спец. приложение. 1999. № 3. С. 39.

МКА. Автору пока не попало ни одного такого случая применения ст. 72 АПК в связи с международным арбитражем или рассмотрением спора во внутреннем третейском суде, хотя в принципе в российском процессуальном законодательстве нет для этого препятствий.

За рубежом аналогичные нормы Типового закона применяются редко. Многие зарубежные арбитражные регламенты допускают право на обращение сторон рассматриваемого в арбитраже спора в государственный суд только с согласия состава арбитража (разумеется, за исключением обращения с целью принятия обеспечительных мер).

*§ 1.11. Формы взаимодействия государственных судов и международных арбитражей, не предусмотренные Законом о МКА*

Согласно ст. 206 Закона США об арбитраже (the United States Arbitration Act) «суд... может дать указание о проведении арбитража в соответствии с (арбитражным) соглашением в любом месте, определяемом в соответствии с таким соглашением, независимо от того, находится ли оно в США или нет... суд также может назначать арбитров в соответствии с условиями соглашения». Полагаем, что данная процессуальная форма, не известная российскому процессуальному законодательству, больше соответствует норме ст. II Конвенции и п. 1 ст. 8 Закона о МКА о направлении сторон в арбитраж, чем оставление искового заявления без рассмотрения по п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК, хотя, разумеется, указание о проведении арбитража со стороны государственного суда не может быть приравнено к собственно направлению сторон в арбитраж.

Но если рассмотренная выше норма американского законодательства может рассматриваться как органически связанная с нормами Конвенции и Типового закона, то существует еще несколько вариантов взаимодействия зарубежных государственных судов и международных арбитражей, которые не связаны непосредственно с Конвенцией и Типовым законом и, как следствие, не могут применяться российскими судами, обязанными соблюдать нормы ст. 5 Закона о МКА. В первую очередь обратим внимание на варианты, связанные с запретом на

проведение арбитража или предписанием об участии в международном арбитраже:

- ▶ 1. Решение, запрещающее или приостанавливающее проведение арбитража (если арбитраж осуществляется на территории, подведомственной данному государственному суду).
- ▶ 2. Решение, обязывающее сторону (стороны) передать спор на рассмотрение арбитража или, наоборот, запрещающее стороне (сторонам) принимать участие в арбитраже.

Рассмотрим предпосылки для принятия таких судебных решений и обоснованность этих решений с точки зрения норм Конвенции и изданных в ее развитие актов.

Возможно возникновение ситуации, когда государственный суд *не выносит* решения о передаче спора на рассмотрение арбитража и в то же время параллельно с судебным делом ведется арбитражное разбирательство, которое приводит к принятию арбитрами решения *о наличии* у них компетенции по рассмотрению данного спора. В итоге может получиться, что по одному и тому же спору между одними и теми же сторонами будет вынесено два разных решения: одно – государственным судом, другое – арбитражем.

Подобная ситуация может быть предотвращена, если арбитраж происходит на территории того же государства, чей суд отказался передать спор на рассмотрение арбитража. В этом случае суд может либо отменить решение арбитража, так как оно вынесено на подведомственной суду территории (об этом речь пойдет подробнее в § 4.2), либо вынести решение о запрете на проведение арбитража (или его приостановлении), если арбитражное решение еще не вынесено. Но если об отмене арбитражного решения в Конвенции упоминается в подп. «е» п. 1 ст. V (но при этом процедура и основания такой отмены Конвенцией напрямую не регулируются), то о запрете на проведение арбитража или о его приостановлении в Конвенции нет ни слова. Практике известны буквально считанные случаи вынесения зарубежными государственными судами (в основном индийскими) решений о запрете на проведение арбитража или о его приостановлении, что не может считаться достаточным для того, чтобы говорить о

сложившейся тенденции. Сама возможность вынесения государственным судом по месту арбитража запрета на проведение арбитражного разбирательства не вполне согласуется с логикой Конвенции, для которой более характерен не механизм запрета на проведение арбитражного разбирательства, а механизм отмены вынесенного арбитражного решения<sup>75</sup>.

Тем не менее вынесение такого запрета допускается п. 2 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ, согласно которому арбитраж, чья юрисдикция оспорена в государственном суде страны, на территории которой проходит арбитраж, может продолжаться, только пока «пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде». Как следствие, если такие «пререкания» закончились отказом в признании юрисдикции арбитража, государственный суд может запретить проведение арбитража на подведомственной этому суду территории. Впрочем, необходимость в вынесении такого запрета существует лишь в теории, поскольку арбитры в подобной ситуации сами должны будут прекратить разбирательство; в противном случае их решение практически наверняка будет отменено государственным судом и стороны арбитражного разбирательства впустую потратят время и деньги.

Близко по смыслу к рассмотренному варианту решения суда о запрете на проведение арбитража подходит решение о запрете стороне (сторонам) участвовать в арбитражном разбирательстве<sup>76</sup>. Такое решение может быть вынесено в случае, если арбитраж происходит за рубежом и, как следствие, его проведение не может быть запрещено решением данного государственного суда. В этом случае государственный суд может запретить стороне, домицилированной на подведомственной ему территории, участвовать в арбитражном разбирательстве. Хотя такой вариант решения государственного суда непосредственно Конвенцией не предусмотрен, в том случае, если суд при его вынесении будет опираться на механизм ст. II Конвенции (дефекты арбитражного соглашения, неарбитрабельность предмета спора), такое решение не будет ей противоречить. Повторим также, что такие решения государственные суды

---

<sup>75</sup> См.: *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. С. 23.

<sup>76</sup> Там же. С. 22.

выносят весьма редко, как правило, арбитрам предоставляется право самостоятельно разрешить все юрисдикционные вопросы.

Антитезой варианта с запретом стороне участвовать в арбитражном разбирательстве является решение о понуждении стороны к участию в этом разбирательстве. В отличие от запрета на участие в арбитражном разбирательстве, решения о понуждении такого рода государственные суды выносят чаще, что лучше согласуется с нормой ст. II Конвенции, предписывающей судам направлять стороны в арбитраж. В то же время нежелание одной из сторон участвовать в арбитраже не является абсолютным препятствием для ведения арбитражного процесса, так как регламентами институциональных арбитражей, ст. IV Европейской конвенции и ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ предусмотрены механизмы, позволяющие назначить арбитров и рассмотреть спор даже при обструкции со стороны одного из участников спора.

Интересный случай, по сути своей связанный с описанными формами взаимодействия арбитражного разбирательства с государственными судами, но при этом не подпадающий непосредственно ни под одну из таких форм, имел место недавно в связи с конфликтом вокруг крупного пакета акций одной из ведущих российских компаний. Этот пакет должен был быть передан на основании нескольких договоров из собственности компании, созданной на Британских Виргинских островах, в собственность компании, созданной на Бермудских островах, причем не напрямую, а путем передачи бермудской компании акций других иностранных компаний, которые, в свою очередь, были акционерами российского акционерного общества. Однако виргинская компания по различным причинам отказалась от передачи акций. Бермудская компания обратилась в арбитражи (так как заключенные договоры содержали арбитражные оговорки), но потерпела в них поражение, поскольку в результате долгих разбирательств было установлено, что договоры недействительны. Тогда бермудская компания обратилась в российские государственные суды с виндикационным иском о передаче ей спорных акций российского акционерного общества.

Подсудность дела российским судам носила весьма спорный характер, так как ответчики, у которых следовало изъять в пользу бермудского истца спорные

акции, в России не были домицилированы и не имели места осуществления деятельности, более того, между участниками процесса вообще отсутствовал какой-либо письменный договор, предусматривавший исполнение на территории РФ. Тем не менее российские суды приняли дело к своему производству, что было воспринято виргинской компанией как существенная угроза ее законным правам, которые были защищены в ходе нескольких международных арбитражных разбирательств.

Тогда виргинская компания обратилась в Верховный суд Бермудских островов с заявлением о вынесении судебного запрета бермудской компании на подачу исков в России, так как такие иски представляют собой нарушение обязательств этой компании по рассмотрению споров в международных арбитражах, закрепленных в арбитражных оговорках заключенных ею договоров. После детального исследования обстоятельств дела и существования поданных в России исков Верховный суд Бермудских островов посчитал, что целью этих исков было получение контроля над собственностью, которая была предметом договоров, включавших в себя арбитражные оговорки, и запретил бермудской компании пытаться перенести спор в российские суды вопреки этим арбитражным оговоркам<sup>77</sup>. После этого иски из российских судов были отозваны.

Похожие обстоятельства имели место в деле ОАО УК «Ингосстрах-Инвестиции» против BNP Paribas SA. В нем миноритарный акционер российской компании, выдавшей гарантию иностранному банку, пытался оспорить эту сделку в Арбитражном суде г. Москвы. Договор гарантии был подчинен английскому праву, местом рассмотрения споров был закреплен ЛМТС (LCIA). Английские суды вынесли решение, запрещающее подачу исков в иной юрисдикции, установив сговор между российским миноритарием и компанией-гарантом, направленный на срыв ведущегося арбитражного разбирательства<sup>78</sup>. Тем самым было предотвращено возникновение «косвенного иска» (см. § 5.9)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> The Supreme Court of Bermuda, Commercial Court No 169 & No 170, 2006, October 6, 2006.

<sup>78</sup> [2012] EWCA Civ 644.

<sup>79</sup> См., *Ходыкин Р.М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже/в сборнике «Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража». М.: Статут, 2013, С. 274.

Эти дела также представляют собой вариант осуществления поддержки международного арбитража со стороны государственного суда, хотя российским законодательством, следующим модели Типового закона ЮНСИТРАЛ, не предусмотрено оказание судом такого рода содействия международному арбитражу. На практике, однако, автору не известно ни одного случая, когда российские государственные суды выносили бы такие запреты (для этого в АПК РФ отсутствуют необходимые предпосылки) или признавали бы обязательными такие запреты, решения о которых были вынесены иностранными судами.

Насколько это известно автору, вопрос о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения, носящего предварительный характер (а не разрешающего спор о праве), пока вставал в практике российских судов лишь однажды, когда исследовался вопрос о том, следует ли российскому суду принимать во внимание судебный запрет, наложенный американским судом на российскую компанию, предписывающий ей воздержаться от участия в аукционе, проводившемся на территории России. Вот как этот вопрос был разрешен ФАС МО (Постановление от 12 октября 2007 г. № КГ-А40/9508-07):

«Довод заявителя о том, что ООО «Газпромнефть» не имело права принимать участие в торгах в силу обеспечительных мер суда США от 16.12.2004, также правомерно отклонен судами первой и второй инстанций, поскольку в соответствии со статьей 241 Арбитражного процессуального кодекса РФ, положениями Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 07.07.2004 № 78 решение судом иностранных государств принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранное суды) решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранное 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.

Между тем, судебный приказ о временном запрещении, принятый 16.12.2004 судом США, не является решением по существу дела, а поэтому не подлежит признанию и приведению в исполнение на территории Российской Федерации, следовательно, ссылка заявителя на него является несостоятельной».

Следовательно, на этом единственном примере можно прийти к выводу о том, что исполнение в России судебного запрета, наложенного иностранным судом, может встретиться с серьезными затруднениями, хотя, как и другие судебные акты, вынесенные в рамках так называемого «дела Юкоса», это Постановление может признаваться имеющим прецедентное значение лишь с серьезными оговорками.

Помимо рассмотренных двух вариантов решений государственных судов, связанных с проведением международного арбитража, есть еще один вариант решения государственного суда о том, какой орган уполномочен рассматривать спор, в отношении которого существует арбитражное соглашение.

► 3. Решение о признании наличия у арбитража компетенции по рассмотрению спора, в отношении которого существует арбитражное соглашение, или же решение об отсутствии у арбитража такой компетенции.

Такого рода решения выносятся довольно редко<sup>80</sup> и, если выносятся, оформляются как award on jurisdiction (арбитражное решение по вопросу о компетенции состава арбитража). С всеобщим признанием и закреплением доктрины «компетенции компетенции» (см. § 2.3 далее) необходимость в таких решениях отпала, поскольку вопрос о компетенции могут и должны решать сами арбитры. Самостоятельного процессуального значения такое судебное решение не имеет, гораздо практичнее поставить перед судом вопрос о компетенции арбитров, заявив в государственном суде иск по существу спора, в отношении которого заключено арбитражное соглашение. Более того, если другая сторона спора в этом случае не ходатайствует о передаче спора в арбитраж, то

---

<sup>80</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 441.

необходимости в вынесении указанного решения не будет вообще. Тем не менее этот вариант решения не противоречит Конвенции и должен учитываться арбитражем, если он будет проводиться на территории государства, суд которого вынес одно из названных решений.

От рассмотренных выше трех вариантов решений государственных судов следует отличать акты государственных судов, которые не содержат постановлений по юрисдикционным вопросам, разрешаемым в ходе арбитражного разбирательства, но направлены на оказание государственным судом содействия проведению арбитражного разбирательства. Для облегчения усвоения материала выделим еще три варианта таких решений государственных судов.

- ▶ 1. Решение, продляющее процессуальные сроки (если арбитраж осуществляется на территории, подведомственной данному государственному суду). Вынесение такого решения государственным судом предусмотрено Section 12 Закона Англии об арбитраже 1996 г.
- ▶ 2. Решение относительно назначения и отвода арбитров, приведение участников арбитражного процесса к присяге. Такого рода решения могут выноситься судами различных государств, чье право предусматривает оказание содействия со стороны государственного суда формированию состава арбитража и проведению процедуры арбитражного разбирательства. Примером опять-таки может служить Закон Англии об арбитраже 1996 г.
- ▶ 3. Наконец, на поддержание арбитражного разбирательства направлены решения государственных судов, запрещающие определенным лицам совершать некие действия до тех пор, пока спор об их правомерности не будет рассмотрен и разрешен международным арбитражем. К такой категории решений можно отнести акты английских судов, которые в 2011 г. запретили британской компании British Petroleum осуществлять сделку по обмену активами с ОАО «Роснефть» до тех пор, пока арбитраж в Стокгольме не вынесет решения о том, имеет ли право британская компания на совершение таких действий в свете имеющихся у нее обязательств по соглашению акционеров компании TNK-BP.

1. Расскажите о месте и роли международного коммерческого арбитража в современном внешнеторговом обороте.
2. Перечислите правовые механизмы, закрепленные Нью-Йоркской конвенцией 1958 года.
3. В чем состоит специфика изучения международного коммерческого арбитража как правовой дисциплины?

## Глава 2. Арбитражное соглашение и арбитрабельность предмета спора

### § 2.1. Понятие и роль арбитражного соглашения

Арбитражное соглашение (иначе именуемое в юридической литературе арбитражной или третейской оговоркой) представляет собой важнейший правовой институт, на котором базируется рассмотрение практически всех споров между частными лицами в международных коммерческих арбитражах.

Нью-Йоркская конвенция, являющаяся системообразующим актом в сфере международного арбитража, содержит лишь указание на то, что арбитражное соглашение должно быть «письменным», и поясняет, что оно может содержаться в договоре сторон или в обмене письмами или телеграммами (ст. II). Собственно дефиниции этого понятия Конвенция не дает.

За дефиницией арбитражного соглашения следует обратиться к ст. 7 Закона о МКА, являющейся дословным переводом ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ:

«Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

1. Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

2. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора».

Из этой нормы закона следует, что подготовленный в 1985 г., т.е. спустя 27 лет после Конвенции, Типовой закон лишь дополнил описание различных средств фиксации

арбитражного соглашения и изложил в форме дефиниции понятие арбитражного соглашения, приведенное в п. 1 ст. II Конвенции в виде уточняющего оборота:

**Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет.**

Чаще всего арбитражные соглашения включаются именно в договоры. Выше в § 1.3 уже было указано, что *из включения в договор арбитражной оговорки вытекают три важнейших следствия:*

- ▶ 1. арбитражное соглашение (арбитражная оговорка), включенное во внешнеэкономическую сделку, *автономно*, т.е. его действительность в большинстве случаев не зависит от действительности основного договора и оно, как правило, регулируется иными нормами права, нежели основной договор (об этом см. § 2.7 далее);
- ▶ 2. арбитражное решение, вынесенное составом арбитража на основании арбитражного соглашения, *окончательно и обязательно* для сторон такого арбитражного соглашения (об этом см. Главу 5);
- ▶ 3. включение в договор арбитражного соглашения *препятствует рассмотрению внешнеэкономического спора, вытекающего из такого договора, в государственном суде* (этот вопрос уже был подробно рассмотрен в § 1.9 выше).

Тем не менее отметим, что все те же последствия будут иметь место и в том случае, если между сторонами зафиксировано арбитражное соглашение не в виде третейской оговорки в договоре, а в форме обмена корреспонденцией и даже форме совершения конклюдентных действий в ходе арбитражного разбирательства – об этом речь пойдет далее в § 2.2, посвященном форме фиксации арбитражных соглашений.

Прежде чем перейти к подробному изучению специфики арбитражного соглашения как правового феномена, повторим, что именно на этой специфике основано основное отличие третейского разбирательства от разбирательства спора в государственном суде: *третейское разбирательство возможно только в том случае, если между сторонами достигнуто арбитражное соглашение, т.е. соглашение о передаче спора в третейский суд* (и такое соглашение действительно, исполнимо и остается в силе, и при этом предмет спора арбитражен – обо всем этом подробно пойдет речь в настоящей Главе), в то время как *юрисдикция государственного суда, как правило, не зависит от воли сторон* и

основана на подведомственности и подсудности спора данному суду, закрепленной в законах.

Из этих правил подведомственности и подсудности существуют два исключения:

- ▶ во-первых, когда спор на основании *пророгационного* соглашения сторон передается (например, в соответствии со ст. 37 АПК) на рассмотрение государственного суда, которому, в отсутствие такого соглашения, дело не было бы подсудно<sup>81</sup> (в этом случае компетенция государственного суда вытекает из соглашения сторон); и,
- ▶ во-вторых, когда между сторонами спора достигнуто соглашение о его рассмотрении третейским судом (в том числе и международным коммерческим арбитражем) – в этом случае в действие вступают нормы п. 5 или 6 ч. 1 ст. 148 АПК, уже подробно рассмотренные в § 1.9, и имеет место так называемый *дерогационный* эффект арбитражного соглашения, в силу которого соответствующий спор никакому государственному суду уже не подсуден.

Поэтому в случае наличия между сторонами спора арбитражного соглашения, спор передается на рассмотрение третейского суда (международного коммерческого арбитража – в случае, если спор осложнен иностранным элементом) и изымается из компетенции государственных судов. Стороны при этом могут воспользоваться преимуществами арбитража по сравнению с рассмотрением спора в государственном суде (см. об этом подробнее в § 1.5), а государственные суды, постоянно жалующиеся на свою перегрузку, – передать бремя по разрешению соответствующего конфликта арбитрам (третейским судьям) – частным лицам, не получающим вознаграждения от государства за исполнение судебных функций.

Отметим, что арбитражное соглашение ведет к полному устранению государственного правосудия из разрешения соответствующего спора только в том случае, если его стороны будут добровольно исполнять арбитражное решение и откажутся от права на его оспаривание в государственных судах. Если же этого не произойдет, то государственные суды все-таки должны будут рассматривать заявления о приведении в исполнение и/или отмене соответствующего арбитражного решения. Об этом пойдет речь

---

<sup>81</sup> Пророгационные соглашения не могут заключаться в отношении споров, в отношении которых процессуальным законом закреплены правила об исключительной подсудности, примером могут послужить нормы ст. 38 и 248 АПК. Однако запрет на заключение пророгационных соглашений *в рамках системы государственных арбитражных судов* не означает, что соответствующий спор не может быть передан по соглашению сторон на рассмотрение внутреннего третейского суда или международного коммерческого арбитража, об этом см. в § 2.10 далее. В принципе аналогичные нормы о пророгационных соглашениях существуют и в отношении споров, подведомственных российским государственным судам общей юрисдикции и иностранным государственным судам.

ниже в Главе 5, пока же запомним, что и в этих случаях *к функциям государственных судей не будет относиться пересмотр существа арбитражного решения*: в силу арбитражного соглашения суть спора между его сторонами может быть рассмотрена только арбитрами (третейскими судьями) и уже не подлежит пересмотру в государственном суде (если, конечно, стороны своими действиями не откажутся от исполнения арбитражного соглашения, и, в силу этих причин, спор не станет подсуден государственному суду).

О других формах взаимодействия государственных судов с судами третейскими было подробно рассказано выше в § 1.8–1.11.

Отметим, что приведенная в настоящем параграфе дефиниция арбитражного соглашения основана на нормах ст. 7 Закона о МКА и ст. II Нью-Йоркской конвенции в их интерпретации, соответствовавшей моменту принятия указанных нормативных актов. С тех пор толкование указанных норм претерпело определенную трансформацию, о которой речь пойдет далее в § 2.2, посвященном обсуждению формы арбитражного соглашения.

Контрольные вопросы к § 2.1.

1. Раскройте содержание понятия «арбитражное соглашение».
2. Раскройте различия между пророгационным и дерогационным последствиями заключения между сторонами спора соглашения о его подсудности международному арбитражу.

### § 2.2. Форма арбитражного соглашения

Российское законодательство (представленное Законом о МКА и собственно Нью-Йоркской и Европейской конвенциями) содержит только одно требование к форме арбитражного соглашения: такое соглашение должно быть заключено *в письменной форме*. Кроме того, в Конвенции предусмотрены две возможные формы фиксации арбитражного соглашения: в договоре и в отдельном соглашении о передаче спора на рассмотрение арбитража, причем в отношении такого соглашения особо оговаривается, что оно может быть как подписано сторонами, так и заключено посредством обмена письмами или телеграммами.

Применение данной нормы Конвенции на практике вызывало немало трудностей. Отчасти эти трудности были связаны с лаконичностью формулировки, использованной в Конвенции, но в большей степени они явились следствием противоречия между темпами развития современных средств связи и возникновения все новых форм ведения деловой документации, с одной стороны, и консерватизмом юридического подхода к закреплению волеизъявления участников гражданского оборота – с другой. Чаще всего проблемы возникают не при ответе на вопрос «что подписали?», а при ответе на вопросы «как подписали» и «кто подписал»?

Если одна из сторон отказывается признать, что она когда-либо заключала арбитражное соглашение, а другая сторона не может противопоставить такому заявлению единый письменный документ, снабженный подписями всех участников спора (заметим, что по мере развития средств коммуникаций, по причинам, не связанным с юриспруденцией, такие документы в современном деловом обороте составляются все реже и реже), то арбитры (и государственные судьи) должны будут исследовать переписку, которая имела место между сторонами.

На практике к письмам и телеграммам, упомянутым в ст. II Конвенции, уже давно приравнивали телексы, телетайпы и «иные средства электросвязи», что было предусмотрено еще подп. «а» п. 2 ст. I Европейской конвенции. Важно, что совершенно необязательно, чтобы ответ на предложение об арбитражном рассмотрении спора был получен в форме четко выраженного согласия с именно таким предложением или в форме акцепта всех предложений, сделанных контрагентом в соответствующем письме. Известен прецедент, когда ответ в форме назначения арбитра согласно предложенному регламенту был признан соответствующим Конвенции<sup>82</sup>. В этом случае, правда, есть проблема, связанная с тем, что одни и те же факты, истолкованные арбитрами как доказательство достижения арбитражного соглашения, могут быть иначе истолкованы национальным судом, в который стороны могут обратиться для приведения в исполнение арбитражного решения, но это будет уже вопрос интерпретации не ст. II, а ст. IV и V Конвенции, которым посвящены Главы 4 и 5 этого учебника.

Примером того, как арбитры и государственный суд по-разному оценивают одну и ту же переписку, может послужить Постановление ФАС МО, отменившее Определение Арбитражного суда Московской области, в свою очередь отменившего решение

---

<sup>82</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 427.

международного арбитража, вынесенное в России. Вот цитата из судебного акта кассационной инстанции:

«Кассационная инстанция также не может признать обоснованными и сделанными при правильном применении права выводы суда [Арбитражного суда Московской области. – Б.К.] относительно отсутствия арбитражного соглашения между «Imanagement Services Ltd.» и Компании «Сukurova Holding AS». Как следует из обжалуемого определения, суд пришел к данному выводу на основании того, что единого документа, составленного в письменной форме и подписанного сторонами, суду не представлено, как не представлено и текста договора, предусматривающего взаимные обязательства сторон и применимое право. Представленные сторонами факсимильные сообщения признаны судом недопустимыми доказательствами в смысле ст. ст. 71, 75 АПК РФ. Вследствие этого суд пришел к заключению как на основании ст. 7 ФЗ «О третейских судах», так и требований ст. ст. 1, 7 Закона «О международном коммерческом арбитраже» о том, что оснований для передачи спора на рассмотрение третейского суда не имеется.

Вместе с тем, п. 1 ст. 7 Закона «О международном коммерческом арбитраже» определено, что арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет.

В пункте 2 статьи 7 Закона «О международном коммерческом арбитраже» предусматривается, что арбитражное соглашение заключается в письменной форме, при этом соглашение считается заключенным в письменной форме и в том числе, если оно заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск.

В данном случае при оценке документов, представленных в виде доказательств наличия арбитражного соглашения между иностранными организациями, суд руководствовался требованиями российского процессуального закона без учета специальных норм Закона «О международном коммерческом арбитраже», определяющих требования к форме арбитражного соглашения и сложившейся в этих

вопросах международной практике, основанной на общепринятых принципах права»<sup>83</sup>.

Как мы видим из этого примера, еще не все судьи государственных арбитражных судов понимают, что требования п. 1 ст. 7 Закона о МКА к форме фиксации арбитражного соглашения *не должны оцениваться по критериям ст. 75 АПК*. В самом деле, эта статья АПК касается доказательств, исследуемых государственным арбитражным судом только в процессе рассмотрения подсудного ему спора по существу. При анализе наличия арбитражного соглашения следует пользоваться нормой ст. 7 Закона о МКА, гораздо менее требовательной к оформлению документов.

Обмен письмами, телеграммами и другой корреспонденцией как средство фиксации арбитражного соглашения породил также вопрос о том, должен ли получатель возвращать корреспонденцию, содержащую предложение об арбитражном методе урегулирования спора, ее отправителю с отметкой о согласии с данным предложением, или же достаточно, чтобы получатель такой корреспонденции в дальнейшем просто сослался на нее в каком-либо своем письме (факсе, телексе и т.п.). Эту проблему суды решают по-разному, суды в странах, где арбитраж пользуется государственной поддержкой, решают этот вопрос либерально<sup>84</sup>, суды стран, настороженно относящихся к арбитражу – консервативно. Поэтому во избежание возникновения спора о заключении арбитражного соглашения (а равно и во избежание трудностей, связанных с исполнением предписаний ст. IV Конвенции (см. Главу 4 далее)) сторонам следует настаивать на получении от контрагента письменного заявления, недвусмысленно одобряющего либо арбитражное соглашение, либо весь документ, в состав которого была включена арбитражная оговорка<sup>85</sup>.

Есть еще одна проблема, связанная с формой фиксации арбитражного соглашения: телексы и телетайпы (почти вышедшие из употребления в XXI в.) и сообщения, передаваемые по электронной почте без использования электронной цифровой подписи, не содержат собственно росписи (автографа) лица, от имени которого отправляется

<sup>83</sup> Постановление ФАС МО от 4 июня 2007 г., 29 июня 2007 г. № КГ-А40/4610-07 по делу № А40-47310/06-23-346.

<sup>84</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXI. P. 423.

<sup>85</sup> В связи с поставленным вопросом следует обратить внимание на весьма интересный прецедент, имевший место в 1999 г. в американском суде, когда по делу *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International, Inc.* судьи, анализируя текст п. 2 ст. II Конвенции на всех ее официальных языках, установили, что слово «подписанное» в русском тексте относится только к «арбитражному соглашению», но не к «договору», во французском и испанском – и к «договору», и к «арбитражному соглашению», а в английском и китайском может быть расценено как относящееся или только к «арбитражному соглашению», или и к «арбитражному соглашению», и к «договору». U.S. Court of Appeals (2nd Cir.). July 29. 1999. Docket No. 97-9436. О широком понимании требования о письменной форме фиксации арбитражного соглашения в Англии см. *Vidner B.V.* Применение Нью-Йоркской конвенции в Англии // Третейский суд. 2003. № 6. С. 60.

сообщение. Следует обратить внимание, что в ст. II Конвенции говорится о «письменном», а не о «подписанном» соглашении, поэтому авторитетные комментаторы обоснованно полагают, что, если арбитражное соглашение содержится в документе, в котором подпись выполнена машинописным способом, а не проставлена от руки, такое соглашение будет тем не менее действительно с точки зрения соответствия требованиям Конвенции. В случае оспаривания факта аутентичности такой подписи заинтересованная сторона сможет сослаться на другую корреспонденцию и даже на свидетельские показания для того, чтобы доказать признание лицом, чья подпись была напечатана под документом, содержащим арбитражное соглашение, правовых последствий, вытекающих из такого документа<sup>86</sup>.

Теперь обратимся к фиксации арбитражного соглашения путем совершения в процессе разбирательства конклюдентных действий. Отметим, что в соответствии с п. 2 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ (и российского Закона о МКА) арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно закреплено «путем обмена иском заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает». Следовательно, если ответчик оспаривает юрисдикцию арбитров по причине отсутствия арбитражного соглашения, он должен это сделать в отзыве на иск *до обсуждения существа иска*, в противном случае само его участие в арбитражном разбирательстве приведет к утрате права на оспаривание юрисдикции арбитров в связи с отсутствием арбитражного соглашения. Такой подход обсуждался и был поддержан в Постановлении Президиума ВС РФ от 24 ноября 1999 г.<sup>87</sup> и в практике ВАС РФ<sup>88</sup>. Аналогичная норма содержится в законодательстве многих государств, в том числе тех, чьи законы о международном коммерческом арбитраже не следуют форме Типового закона ЮНСИТРАЛ<sup>89</sup>, и в различных популярных арбитражных регламентах. Приведем пример из судебной практики.

---

<sup>86</sup> *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. P. 377.

<sup>87</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2000. № 7. С. 8.

<sup>88</sup> См. п. 20 Обзора практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов (Информационное письмо ВАС РФ от 18 января 2001 г. № 58).

<sup>89</sup> Тот факт, что в каком-либо государстве не принят национальный закон, базирующийся на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, далеко не всегда указывает на то, что законодательством данного государства вопрос о форме арбитражного соглашения решается с консервативных позиций, напротив, в ряде таких государств национальные законы в этом вопросе еще более либеральны (см., например, ст. 1021 Закона об арбитраже Нидерландов 1986 г., ст. 178 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве, Section 5 Закона Англии об арбитраже 1996 г., отказалось от требования к письменной форме заключения арбитражного соглашения также законодательство Германии и Норвегии).

ОАО «Ашинский химический завод», проиграв дело в международном коммерческом арбитраже, добивалось отмены решения МКАС при ТПП РФ от 30 июня 2009 г. по делу № 11/2009 по иску FRP SERVICES & COMPANY. В качестве основного аргумента ОАО «Ашинский химический завод» указало, что

«...между Истцом и Ответчиком не был заключен контракт № ВА 38/1/07 от 03 июля 2008 г. в виде единого подписанного сторонами документа. Стороны располагали только копиями электронного документа, которые истец представил в суд. Следовательно, стороны не согласовали основные условия договора, в том числе и условие о третейской оговорке... Последующее удостоверение верности факсовых копий контракта не привело к заключению сторонами договора поставки, а свидетельствовало лишь об удостоверении копии...»

Эти аргументы были отвергнуты Арбитражным судом г. Москвы и ФАС МО со следующим комментарием:

«третейское соглашение должно быть заключено в письменной форме, т.е. содержаться в документе, подписанном сторонами, либо заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием других средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения. В силу изложенного суд первой инстанции, принимая во внимание то, что о компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение спора заявлено FRP SERVICES & COMPANY было в исковом заявлении от 20 января 2009 г. и в отзыве на исковое заявление ОАО «Ашинский химический завод» возражений относительно подсудности данного спора МКАС при ТПП также не заявил [выделено мною. – Б.К.], обоснованно пришел к выводу о том, что МКАС при ТПП был компетентен рассматривать соответствующий спор между ОАО «Ашинский химический завод» и FRP SERVICES & COMPANY (так как установил, что арбитражное соглашение сторон соответствовало требованиям действующего законодательства, т.е. стороны выразили свою волю на рассмотрение спора в соответствии с положениями Закона «О международном коммерческом арбитраже» на рассмотрение их спора именно МКАС при ТПП)»<sup>90</sup>.

Из этого судебного акта видно, что государственные арбитражные суды в случае сомнений в наличии арбитражного соглашения, зафиксированного в подписанном сторонами договоре, придают большое значение поведению ответчика в процессе

<sup>90</sup> Постановление ФАС МО от 12 февраля 2010 г. № КГ-А40/617-10.

разбирательства: если ответчик не выдвинул возражений против компетенции состава арбитража до того, как им были представлены аргументы по существу дела, он тем самым своими действиями создал действительное арбитражное соглашение, соответствующее правилам п. 2 ст. 7 Закона о МКА.

Не встретило особых осложнений на практике признание соблюдения надлежащей формы арбитражного соглашения в случае подписания документа, содержащего всего лишь отсылку к другому документу, включающему в себя текст арбитражного соглашения или ссылку на какой-либо арбитражный регламент<sup>91</sup>. Такая практика хорошо согласуется с Типовым законом ЮНСИТРАЛ (п. 2 ст. 7), где содержится еще одна норма, дополняющая дефиницию арбитражного соглашения, приведенную в Конвенции. В этом пункте указано, что «ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора». Данная норма появилась вследствие широко распространенной практики заключения договоров по типовым образцам, отсылающим стороны для разрешения многих технических и правовых вопросов к стандартным условиям, рекомендованным для использования в той или иной области бизнеса различными профессиональными организациями. Хотя далеко не во всех государствах – участниках Конвенции было принято национальное законодательство на базе Типового закона ЮНСИТРАЛ, всемирная практика идет по пути признания арбитражных оговорок, заключенных посредством отсылки к документу, содержащему такую оговорку<sup>92</sup>.

Несмотря на кажущуюся простоту, вопрос о форме фиксации согласия стороны на проведение арбитража не может считаться разрешенным Конвенцией раз и навсегда. На заседаниях рабочей группы по арбитражу в рамках 33-й сессии ЮНСИТРАЛ, прошедшей в Вене с 20 ноября по 1 декабря 2000 г., и 34-й сессии ЮНСИТРАЛ, прошедшей в Нью-Йорке с 21 мая по 1 июня 2001 г., понимая проблематичность внесения изменений в текст Конвенции, эксперты предложили подготовить специальный документ по толкованию п. 2 ст. II Конвенции, закрепляющий максимально широкое толкование нормы о форме арбитражного соглашения. В этом документе было предложено отразить признание действительности арбитражных соглашений, заключенных в договорах,

---

<sup>91</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 430.

<sup>92</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXI. P. 426.

оформленных с соответствии с требованиями Типового закона ЮНСИТРАЛ «Об электронных подписях»<sup>93</sup>, т.е. путем обмена по электронной почте корреспонденцией, снабженной надлежаще оформленными электронными цифровыми подписями уполномоченных лиц.

В результате, после нескольких лет напряженной работы на 39-й сессии ЮНСИТРАЛ, прошедшей в Нью-Йорке с 19 июня по 7 июля 2006 г., были приняты изменения и дополнения к Типовому закону ЮНСИТРАЛ, а также Рекомендация относительно толкования п. 2 ст. II и п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции. Сутью предложенных мер в отношении формы фиксации арбитражного соглашения была рекомендация, направленная не на изменение официального текста Конвенции (принимая во внимание огромное количество участвующих в ней государств, формальная ратификация ими поправок могла бы затянуться на десятилетия и вызвать сложности, связанные с «параллельным» существованием нескольких редакций Конвенции<sup>94</sup>), а на максимально широкое толкование действующего текста ст. II<sup>95</sup>, особенно с учетом правил ст. VII, позволяющих применять в рамках Конвенции нормы национального права, более выгодные для стороны, в чью пользу было вынесено арбитражное решение, нежели нормы самой Конвенции<sup>96</sup>.

Такой подход совершенно оправдан с учетом того, что во многих странах и так уже приняты и действуют национальные законы, допускающие заключение арбитражных соглашений в форме, не предполагающей их фиксацию на читаемых носителях, и исполнение арбитражных решений без предъявления подлинника арбитражного соглашения или его заверенной копии, как это предусмотрено ст. IV Конвенции. Для более консервативно настроенных стран

---

<sup>93</sup> См. документы ЮНСИТРАЛ A/CN.9/WG.II/XXXIII/CPR.1/Add.2 (п. 2) и A/CN.9/WG.II/XXXIV/CPR.1/Add.1

<sup>94</sup> Об этом см., в частности: *Мосс Дж.* Существует ли риск коллизии между Нью-Йоркской конвенцией и принятым после нее национальным законодательством о поддержке арбитража? // *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 4. С. 113; *она же.* Форма арбитражных соглашений: современные достижения в рамках ЮНСИТРАЛ и требование письменной формы Нью-Йоркской конвенции // *Вестник международного коммерческого арбитража.* 2011. № 2. С. 19.

<sup>95</sup> ЮНСИТРАЛ рекомендует «применять пункт 2 статьи II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года, исходя из признания того, что содержащееся в нем описание обстоятельств не носит исчерпывающего характера». См. текст этой рекомендации в Приложении к настоящему учебнику.

<sup>96</sup> Подробнее о предложениях и рекомендациях ЮНСИТРАЛ см.: *Комаров А.С.* Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // *Международный коммерческий арбитраж.* 2007. № 2. С. 7.

целесообразно включение в их национальные законы об арбитраже первого варианта изменений формулировки ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ<sup>97</sup>.

Впрочем, даже если арбитры согласятся считать электронные подписи доказательством соглашения сторон о разрешении споров посредством проведения арбитража и ответчик не будет выдвигать никаких возражений против юрисдикции арбитража, то все равно привести арбитражное решение в исполнение будет не просто ввиду отсутствия у сторон документов, предусмотренных в подп. «b» п. 1 ст. IV Конвенции, в число которых входит подлинник или надлежащим образом заверенная копия арбитражного соглашения. Уже известен случай, когда норвежский суд в 1999 г. отказал в исполнении арбитражного решения ввиду того, что арбитражное соглашение не было зафиксировано консервативным способом<sup>98</sup>, а национальный закон Норвегии, имплементирующий Конвенцию, на тот момент не содержал «более выгодной нормы», позволяющей признавать и приводить в исполнение арбитражное решение, не предъявив суду оригинал или копию арбитражного соглашения.

---

<sup>97</sup> «Вариант I Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

1. «Арбитражное соглашение» — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

2. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме.

3. 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.

4. 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 сообщений данных; «сообщение данных» означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

5. Кроме того, арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно заключается путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

6. Ссылка в договоре на какой-либо документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение в письменной форме при условии, что данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора». Статьи Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, пересмотренные и утвержденные на 39-й сессии ЮНСИТРАЛ, прошедшей в Нью-Йорке с 19 июня по 7 июля 2006 года.

<sup>98</sup> См. решение Апелляционного суда Халогаланд // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 133.

Таким образом, до внесения в Конвенцию изменений, отражающих реалии распространения электронной коммерции (что вряд ли произойдет в обозримом будущем), и до внесения изменений в российский Закон о МКА в соответствии с одним из двух вариантов формулировки ст. 7, предложенных ЮНСИТРАЛ в 2006 г., в отношениях с российскими компаниями существует настоятельная необходимость в закреплении арбитражного соглашения на бумаге или с помощью обычных средств связи, фиксирующих направление и получение корреспонденции; без этого разрешение споров международным арбитражем и исполнение решений международных арбитражей с участием российских компаний могут натолкнуться на серьезные трудности<sup>99</sup>. Можно попытаться обойти эту проблему посредством заключения специальных арбитражных соглашений уже после возникновения спора (что, кстати, прямо предусмотрено п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК), но это возможно только при условии полной добросовестности обеих сторон спора, не пытающихся оспорить компетенцию арбитров по рассмотрению спора. Например, МКАС при ТПП РФ скорее всего откажется от разрешения спора, если стороны не придут к письменной фиксации арбитражного соглашения.

Тем не менее вектор развития международного законодательства и арбитражной практики очевиден: такое развитие идет по пути отказа от необходимости письменной фиксации арбитражного соглашения. Требование о необходимости письменного закрепления такого соглашения уже исчезло из Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в его редакции 2010 г. (см. подп. «с» и «d» п. 3 ст. 3)<sup>100</sup>, Арбитражного регламента МТП 2012 г. (см. ст. 6), не настаивает на нем и статья 2 Регламента ТПС в редакции, вступившей в силу с 1 января 2010 г. Не требуется предъявлять арбитражное соглашение или его копию при обращении к принудительному исполнению арбитражного решения на территории Франции, Швеции и Норвегии.

---

<sup>99</sup> В практике МКАС при ТПП РФ было несколько случаев, когда оспаривалась юрисдикция арбитров по спорам, связанным с «электронным» способом заключения сделок. Во всех таких случаях МКАС, опираясь на документы, подписанные сторонами «консервативным» способом, вынес решения о наличии у него компетенции.

<sup>100</sup> См.: *Комаров А.С.* Новая редакция Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в контексте современной практики международного арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 38.

Контрольные вопросы к § 2.2.

1. Каковы требования к форме заключения арбитражного соглашения, предъявляемые российским законодательством?

2. В какой форме может быть зафиксировано арбитражное соглашение сторон, если оно не было включено в первоначально подписанный ими договор?

§ 2.3. *Автономность арбитражного соглашения и принцип «компетенции компетенции»*

Принцип автономности арбитражного соглашения (англ. separability of the arbitration clause) закреплен в Законе о МКА следующим образом:

«Статья 16. Право третейского суда на вынесение постановления о своей компетенции

1. Третейский 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. Решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки».

Содержание этого принципа автономности арбитражного соглашения<sup>101</sup> состоит в следующем:

► 1. арбитражное соглашение *автономно* от того «основного» договора, частью которого оно является, т.е. его действительность в большинстве случаев не зависит от действительности основного договора. Если такой договор будет признан недействительным, ничтожным, незаключенным или утратит силу в связи с исполнением предусмотренных им обязательств и/или на основании волеизъявления его сторон, арбитражное соглашение все равно останется в силе и может быть

---

<sup>101</sup> Автономность арбитражного соглашения – принцип международного коммерческого арбитража в частности и третейского правосудия в целом – следует различать с принципом автономии воли сторон, представляющим собой конструкцию международного частного права, позволяющую сторонам сделки, осложненной иностранным элементом, избрать по своей воле материальное право, которому эта сделка будет подчинена. Кроме однокоренных слов в названии эти принципы ничего не связывает, они относятся к разным правовым дисциплинам.

использовано в соответствии с его условиями для рассмотрения и разрешения охваченных им споров.

- ▶ 2. арбитражное соглашение, как правило, подчинено праву, отличному от материального права, которому подчинен договор. Об этом см. подробнее в § 2.7;
- ▶ 3. из принципа автономности арбитражного соглашения вытекает принцип «компетенции компетенции», сутью которого является то, что состав арбитража имеет право самостоятельно вынести суждение о том, действительна ли арбитражная оговорка в споре, переданном на его рассмотрение.

Сначала остановимся подробнее на действии принципа автономности арбитражного соглашения. Оно лучше всего может быть проиллюстрировано примерами из судебной арбитражной практики.

Между фирмой «Глатт Инжениртехник ГмбХ» и ООО «ИНТРА-БАУ М» был заключен договор строительного подряда. ООО "ИНТРА-БАУ М" предъявило в Арбитражном суде г. Москвы иск к фирме "Глатт Инжениртехник ГмбХ" об истребовании имущества из чужого незаконного владения, о взыскании вреда, причиненного неправомерными действиями ответчика, и об обязанности ответчика возвратить неосновательное обогащение. Определением Арбитражного суда г. Москвы от 11 февраля 2010 г. исковое заявление ООО «ИНТРА-БАУ М» к фирме «Глатт Инжениртехник ГмбХ» по делу № А40-112301/09-7-886 оставлено без рассмотрения в связи с тем, что ответчик сослался на наличие в заключенном между сторонами договоре арбитражной оговорки.

Апелляционная инстанция определение Арбитражного суда г. Москвы отменила, посчитав, что в связи с расторжением договора арбитражная оговорка, включенная в него, утратила силу. Однако кассационная инстанция отменила Постановление апелляционной инстанции и оставила в силе Определение суда первой инстанции, указав следующее:

«Признавая ошибочность ссылки первой инстанции на п. 5 ч. 1 ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционная инстанция указала, что избрание способа защиты является правом истца, что требования истца вытекают не из обязательственного отношения (из договора), а из вещного права, что арбитражная оговорка является одним из условий договора, который на момент обращения с настоящим иском в суд расторгнут, а в связи с тем, что договор расторгнут, условия, предусмотренные в нем, после расторжения, в частности правила о подсудности, неприменимы.

<...>

Апелляционная инстанция не руководствовалась принципом независимости (автономности) арбитражной оговорки, согласно которому расторжение или прекращение по иным основаниям договора, содержащего третейскую оговорку либо признание такого договора недействительным не влияют на действие и действительность третейской оговорки и не прекращают ее действие при отсутствии специального соглашения сторон об этом.

<...>

Вывод первой инстанции о том, что заявленные истцом требования подлежат рассмотрению в избранном сторонами третейском суде, основаны на материалах дела.

Ни первая, ни апелляционная инстанция не сделали основанных на законе выводов о том, что арбитражная оговорка недействительна, утратила силу или не может быть исполнена.

Кассационная инстанция также не имеет оснований для выводов о недействительности, утрате силы или невозможности исполнения арбитражной оговорки»<sup>102</sup>.

Таким образом, даже вывод суда о прекращении действия (или недействительности, или незаключенности) договора, содержавшего арбитражное соглашение, не влечет за собой прекращения действия такого соглашения – в этом состоит действие принципа автономности арбитражного соглашения. Классическим примером действия этого принципа стало решение ВТАК при ТПП СССР (предшественника МКАС при ТПП РФ) от 9 июля 1984 г. по делу «Союзнефтеэкспорт» против «Джок Ойл Лтд.», в котором указано:

«Арбитражное соглашение может быть признано недействительным лишь в том случае, если в нем будут обнаружены пороки воли (заблуждение, обман и др.), нарушения требования закона к содержанию и форме заключенного арбитражного соглашения»<sup>103</sup>.

В этом деле состав арбитража пришел к выводу о ничтожности заключенного между сторонами договора о поставке нефтепродуктов ввиду того, что в нарушение требования Постановления Совета Министров СССР от 14 февраля 1978 г. № 122 «О порядке

<sup>102</sup> Постановление ФАС МО от 5 июля 2010 г. № КГ-А40/6408-10, в передаче в Президиум ВАС РФ в порядке надзора отказано Определением ВАС от 17 декабря 2010 г. № ВАС-14379/10.

<sup>103</sup> Это решение было впервые опубликовано в полном объеме в журнале «Международный коммерческий арбитраж», 2007. № 2. С. 157. Английский перевод отрывков из этого решения см.: Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XV. P. 384–435.

подписания внешнеторговых сделок» сделка со стороны советской организации не была подписана двумя лицами. Тем не менее вывод о ничтожности «основного» договора не помешал арбитрам прийти к мнению о том, что арбитражная оговорка (не являющаяся самостоятельной гражданско-правовой сделкой) действительна, так как на ее подписание действие вышеуказанного Постановления № 122 не распространяется, и удовлетворить иск истца, основанный на применении норм о неосновательном обогащении, вытекающем из внедоговорных отношений. Это решение ВТАК стало знаменитым прецедентом, положенным в основу нормы ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ об автономности арбитражного соглашения.

Приведем пример из недавней судебной практики. «Строительный концерн «ГлавПромСтрой» (далее – Концерн) обратился в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к открытому акционерному обществу «Авиелен А.Г.» (далее – Общество) о признании недействующей (расторгнутой) и неисполнимой арбитражной оговорки, содержащейся в заключенном между Обществом и Концерном договоре. Аргументы истца были основаны на следующих соображениях: арбитражная оговорка является недействующей, так как расторгнута вместе с договором; она не является автономной; в Типовом законе ЮНСИТРАЛ отсутствует норма, устанавливающая автономность арбитражной оговорки. Все эти аргументы были отвергнуты судами трех инстанций, чьи судебные акты были поддержаны и судьями Высшего Арбитражного суда Российской Федерации (Определение от 24 марта 2010 г. № ВАС-838/10).

Вот как оценил доводы Концерна по этому делу ФАС СЗО в своем Постановлении от 23 октября 2009 г. по делу № А56-45732/2008:

«Доводы [Концерн] сводятся к тому, что в связи с расторжением договора арбитражная оговорка является недействующей, применяться не должна, как не должны применяться действующие в российском законодательстве нормы об автономности арбитражной оговорки.

Концерн также указывает на неисполнимость арбитражной оговорки потому, что:

- указание в арбитражной оговорке на Международную торговую палату (МТП) является только указанием на применимое процессуальное право, но и этот вопрос не согласован;
- не указано конкретное место проведения арбитража в Хельсинки;

- не согласовано точное число арбитров;
- у Концерна отсутствуют денежные средства для оплаты расходов на международный коммерческий арбитраж.

<...>

- ... принцип автономности арбитражной оговорки является общепризнанным, закрепленным в нормах международного частного права и российского законодательства.

Исходя из автономности арбитражного соглашения, установление факта ничтожности договора, в который включена арбитражная оговорка, или признание его недействительным, истечение срока действия такого договора, расторжение его по соглашению сторон не влекут сами по себе ничтожности, недействительности, прекращения или расторжения арбитражного соглашения.

Принимая во внимание изложенное, следует признать правильным вывод судов обеих инстанций о том, что расторжение договора не влияет на действительность арбитражной оговорки.

В данном случае арбитражной оговоркой является включенное в текст основного договора, регулирующего материально-правовые отношения сторон, условие о третейском разбирательстве споров, возникающих из настоящего договора или в связи с ним, либо по поводу его нарушения, прекращения или действительности.

О признании сторонами действия третейской оговорки свидетельствует позиция, занятая Концерном, представитель которого при рассмотрении спора по делу № А56-37405/2008 по иску Общества к Концерну о взыскании задолженности, заявил об оставлении иска без рассмотрения, ссылаясь на оговорку о третейском суде. Такое заявление послужило основанием для оставления иска без рассмотрения (том 1, листы дела 156–158). Производство по делу № А56-27934/2008 по иску Концерна к Обществу, представитель которого также заявил о третейской оговорке, приостановлено в связи с обращением Концерна с настоящим иском.

Поскольку письменная форма оговорки соблюдена, ее содержание необходимо исследовать исходя из того, что каких-либо специальных требований к тексту третейского соглашения закон не предъявляет, однако многие постоянно действующие третейские суды разрабатывают рекомендуемые формулировки.

Суд апелляционной инстанции, проанализировав содержание третейской оговорки, пришел к правильному выводу о том, что сторонами достигнуто соглашение о передаче возникшего из договора или в связи с ним спора на разрешение Международного арбитражного суда МТП в соответствии с действующим Регламентом, т.е. на основании правил, регулирующих его деятельность. Процедура назначения или утверждения арбитров в Регламенте прописана».

Видя неэффективность возражений против валидности арбитражных соглашений, основанных на аргументах о недействительности (незаключенности или расторжении) «основного» договора, некоторые российские компании попытались оспаривать арбитражные оговорки как отдельные сделки – причем именно со ссылкой на принцип их автономности, закрепленный в ст. 7 Закона о МКА. Эти попытки также не увенчались успехом.

Например, в Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 20 апреля 2006 г. № Ф04-1614/2006(21058-А70-12) по делу № А70-3077/12-2005 разъяснено следующее:

«...Не является, как верно отметил суд, третейское соглашение и сделкой, направленной на приобретение, отчуждение или возможность отчуждения имущества, то есть крупной сделкой. В связи с этим суд правомерно не признал третейское соглашение недействительным по причине несоответствия его статье 78 Федерального закона «Об акционерных обществах», так как данная статья Закона не применима при разрешении настоящего спора...».

С принципом автономности арбитражного соглашения напрямую связан *принцип «компетенции компетенции»*, следующим образом закрепленный в 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».

Проиллюстрируем действие этого принципа на практике. Компания Baker Hughes B.V. обратилась в Арбитражный суд Ханты-Мансийского автономного округа – Югры с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП РФ от 12 февраля 2010 г. по делу № 56/2009 о взыскании с закрытого акционерного общества «Назымская нефтегазоразведочная экспедиция» задолженности

по договору. Ответчик против выдачи исполнительного листа возражал, ссылаясь на то, что

«Договор подряда, содержащий третейскую оговорку, является незаключенным. Соответственно, третейское соглашение, содержащееся в незаключенном договоре, также не является заключенным».

ФАС СЗО, отказывая в удовлетворении кассационной жалобы ответчика, указал в своем Постановлении от 19 июля 2010 г. по делу № А75-2898/2010 следующее:

«Третейский суд самостоятельно решает вопрос о наличии или об отсутствии у него компетенции рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против третейского разбирательства по мотиву отсутствия или недействительности третейского соглашения.

Таким образом, соглашение о рассмотрении спора третейским судом имеет автономный характер и не зависит от других условий договора.

<...>

ЗАО «Назымская нефтегазоразведочная экспедиция» по существу просит арбитражный суд пересмотреть решение третейского суда. Между тем при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда фактические обстоятельства, установленные третейским судом, не переоцениваются (пункт 20 Информационного письма от 22.12.2005 № 96)» (аналогичное указание помещено и в п. 3 Информационного письма № 156).

В российской судебной практике есть и другие примеры, когда компании пытались оспорить арбитражное соглашение в государственных судах. Так, между ООО «Восход» (далее – Общество) и компанией RUAL TRADE LIMITED (далее – Компания) был заключен договор, в соответствии с которым Общество приняло на себя обязательства по приему, организации перевалок, перевозок и осуществлению транспортной экспедиции экспортных грузов Компании. Пунктом 6.1 названного договора стороны предусмотрели арбитражную оговорку, в соответствии с которой споры, разногласия, возникшие в ходе исполнения этого договора, подлежали рассмотрению в МКАС при ТПП РФ в соответствии с его регламентом. После этого Общество обратилось в Арбитражный суд г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к Компании об изменении договора в части подсудности споров, связанных с исполнением данного договора

(арбитражной оговорки). В иске было отказано. Поддерживая Постановление кассационной инстанции, судьи ВАС РФ изложили суть проблемы следующим образом:

«...основной вопрос, подлежащий разрешению в рамках настоящего дела, состоит в установлении компетенции арбитражных судов по оценке действительности арбитражной оговорки.

Разрешая данный вопрос, необходимо принять во внимание, что обращение с заявлением об оспаривании компетенции третейского суда возможно только в порядке, установленном статьей 235 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

В соответствии с указанной статьей Кодекса, в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации и Федеральным Законом, любая сторона третейского разбирательства может обратиться в арбитражный суд с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции. Такая возможность установлена в пункте 3 статьи 16 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

Соответственно, рассмотрение заявления по вопросу о компетенции третейского суда возможно только после предварительного решения третейского суда о наличии у него компетенции.

Представленные материалы свидетельствуют, что заявитель не обращался в третейский суд за разрешением предварительного вопроса о наличии у последнего компетенции.

При таких обстоятельствах непосредственное оспаривание арбитражной оговорки в арбитражном суде при отсутствии вынесенного третейским судом решения о наличии у него компетенции с учетом положений части 1 статьи 235 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 16 закона «О международном коммерческом арбитраже» не допускается»<sup>104</sup>.

Этот судебный акт в наибольшей степени отражает понимание российскими судами принципа «компетенции компетенции», закрепляющего преимущественное право именно арбитров международного коммерческого арбитража на разрешение вопроса о наличии у них юрисдикции по разрешению вынесенного на их рассмотрение спора. Этот принцип является полезным добавлением к принципу автономности арбитражного соглашения, также закрепленном в п. 1 ст. 16 Закона о МКА.

---

<sup>104</sup> Определение ВАС РФ от 1 апреля 2009 г. № ВАС-3040/09.

Выдающиеся специалисты Фушар, Гайар и Голдман в своем классическом труде, опубликованном в 1999 г., так разъясняют взаимодействие принципа автономности арбитражного соглашения и принципа «компетенции компетенции»:

«Принцип автономности [арбитражного соглашения. – Б.К.] является, несомненно, первой стадией процесса, в результате чего арбитры могут вынести суждение о собственной компетенции. Именно благодаря автономности арбитражного соглашения любой аргумент против действительности основного договора не будет иметь прямого влияния на арбитражное соглашение и, следовательно, на юрисдикцию арбитража. Такая автономность позволяет арбитрам рассматривать юрисдикционные возражения, основанные на утверждении о недействительности оспариваемого контракта. В такой ситуации автономность арбитражного соглашения и правило «компетенции компетенции» взаимно накладываются и поддерживают друг друга»<sup>105</sup>.

Контрольные вопросы к § 2.3.

1. В чем состоит принцип автономности арбитражного соглашения?
2. Что произойдет с включенной в договор арбитражной оговоркой в случае расторжения этого договора?
3. В чем состоит принцип «компетенции компетенции»?

#### § 2.4. Правовая природа арбитражного соглашения

Феномен арбитражного соглашения, обладающего свойствами автономии, давно уже является объектом изучения и осмысления правовой науки. По этому поводу было написано немало статей и даже защищено диссертаций. В целом высказанные учеными суждения можно уложить в рамки трех теорий:

- ▶ 1. арбитражное соглашение представляет собой материально-правовой договор. Сторонники этой теории настаивают на том, что требования о письменной форме фиксации арбитражного соглашения и о том, что арбитражное соглашение должно быть действительно и сохранять силу по применимому к нему

---

<sup>105</sup> Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999, P. 214

праву (об этом см. ниже в § 2.7), свидетельствуют именно о материально-правовой природе этого правового явления;

- ▶ 2. арбитражное соглашение представляет собой процессуальный акт, направленный на разрешение спора определенным органом (третейским судом), в силу чего оно обладает дерогационным эффектом по отношению к компетенции государственных судов<sup>106</sup>;
- ▶ 3. Арбитражное соглашение представляет собой феномен смешанной правовой природы, в нем есть черты и материального, и процессуального права. Именно такой прагматичный подход в наибольшей степени отражает практику, которой следуют арбитры и суды при применении ст. II Нью-Йоркской конвенции и норм национального законодательства, основанных на ст. 7 и 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Полагаем, что именно такой подход является наиболее современным и правильным по своей сути<sup>107</sup>.

Несмотря на изобилие научной литературы по этой проблеме, каким бы академическим подходом к решению вопроса о природе арбитражного соглашения ни руководствоваться, все выводы об автономности арбитражного соглашения, о том, какому праву оно подчинено и как оно соотносится с вопросом об арбитрабельности предмета спора, будут неизменно одинаковыми. Поэтому автор не считает нужным останавливаться в этом учебнике на рассмотрении академической природы арбитражного соглашения более подробно.

### *§ 2.5. Полномочия по подписанию арбитражного соглашения*

Прагматический смысл выделения в доктрине и закрепления в ст. 7 Закона о МКА принципа автономности арбитражного соглашения состоит не в том, что арбитражное соглашение трактуется как некий правовой феномен, абсолютно не связанный с судьбой и формой фиксации «основной» сделки, а в том, что оно обладает дополнительной «живучестью», направленной на ограничение возможностей недобросовестной стороны

---

<sup>106</sup> Арбитражный процесс: учебник / Под ред. В.В. Яркова. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 657.

<sup>107</sup> В связи с этим нельзя не сослаться на авторитетное мнение классика сравнительного правоведения Р. Давида, указавшего, что «споры о договорном или юрисдикционном характере арбитража... являются сегодня лишь препятствием для рационального взгляда на феномен арбитража... Если он будет регулироваться удовлетворительными нормами, все эти различия... отпадут» (*David R. Arbitration In International Trade*. P., 1985. § 90).

создавать препятствия на пути арбитражного разбирательства. Именно отталкиваясь от этого прагматического толкования назначения арбитражного соглашения (и доктрины его автономности) и нужно оценивать полномочия представителя по подписанию арбитражного соглашения.

Некоторые авторы ставят вопрос о том, должно ли лицо, уполномоченное на подписание «основной» сделки, в текст которой включено арбитражное соглашение, обладать специальными полномочиями на подписание именно арбитражного соглашения. Так, В.Н. Ануров полагает, что «при отсутствии в доверенности лица, подписавшего внешнеэкономический договор, явно выраженного полномочия на передачу споров в арбитраж, т.е. заключение арбитражного соглашения, арбитражное соглашение в виде арбитражной оговорки может быть признано незаключенным и, как следствие этого, недействительным»<sup>108</sup>. По мнению названного автора, в этом случае налицо превышение полномочий, которое согласно сложившейся российской судебной практике ведет к ничтожности сделки<sup>109</sup>.

Если согласиться с данной позицией, то любая доверенность на подписание сделки, допускающей возможность заключения арбитражного соглашения, должна выдаваться особым образом, специально разграничивая полномочия на заключение как «основной» сделки, так и арбитражного соглашения. На практике же никто таких доверенностей не выдает (по крайней мере, автору за годы его практической деятельности не встретилось ни одной), и, более того, арбитры, проверяющие полномочия лиц, подписавших договор, содержащий арбитражное соглашение, никогда не исследуют отдельно вопрос о наличии у представителя стороны полномочий по заключению именно арбитражного соглашения, если не оспаривается правомочность представителя по подписанию «основной» сделки<sup>110</sup>.

На наш взгляд, вывод о необходимости специального выделения в доверенности полномочий по заключению арбитражного соглашения ошибочен. Он базируется на слишком буквальной интерпретации принципа автономности арбитражного соглашения.

---

<sup>108</sup> См.: Ануров В.Н. Юридическая природа международного коммерческого арбитража. М.: Проспект, 2000. С. 50–51.

<sup>109</sup> См. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 мая 1998 г. № 9 «О некоторых вопросах применения статьи 174 Гражданского кодекса Российской Федерации при реализации органами юридических лиц полномочий на совершение сделок»; Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 23 октября 2000 г. № 57 «О некоторых вопросах практики применения статьи 183 Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>110</sup> См., например: Розенберг М.Г. Практика международного арбитражного суда. М., 1997. С. 103.

Независимо от теоретического обоснования правовой природы данного принципа<sup>111</sup>, хотя арбитражное соглашение и трактуется как «соглашение, не зависящее от других условий договора», оно не должно обязательно подписываться отдельно от «основного» договора или каким-либо образом выделяться в тексте договора. Соответственно, следует прийти к выводу, что полномочия по подписанию «основной» сделки включают в себя и полномочия по подписанию арбитражного соглашения<sup>112</sup>, несмотря на то что его правовая судьба, вопросы его действительности, сохранения силы и исполнимости и даже право, применимое к нему, отличаются от правовой судьбы, действительности и права, применимого к «основной» сделке.

Вопрос о необходимости наделения лица, подписывающего арбитражное соглашение, специальными полномочиями, несколько раз ставился в российских государственных арбитражных судах в процессе оспаривания решений третейских судов. В 2011 г. эта проблема была рассмотрена в высшей судебной инстанции России.

ЗАО «Тандер» обратилось в Арбитражный суд Ульяновской области в иске к индивидуальному предпринимателю Моисеевой о признании недействительным пункта договора, предусматривающего разрешение споров между сторонами в третейском суде. Договор был заключен от имени истца директором его филиала, и в выданной ему ЗАО «Тандер» доверенности не было положения о том, что директор филиала уполномочен подписывать третейские оговорки. По мнению истца, ч. 2 ст. 62 АПК, требующая наделения представителя стороны специальными полномочиями для передачи спора для разрешения по существу из государственного арбитражного суда в третейский суд, должна применяться и в случае решения вопроса о полномочиях представителя стороны по подписанию сделки, содержащей арбитражное соглашение.

Государственные арбитражные суды всех инстанций в иске отказали, сославшись на то, что спор был подсуден третейскому суду. Тем не менее вопрос был вынесен на рассмотрение Президиума ВАС РФ, который в своем Постановлении от 12 апреля 2011 г. № 12311/10 все принятые по этому делу судебные акты оставил в силе и разъяснил следующее:

---

<sup>111</sup> См.: *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. С. 86.

<sup>112</sup> Такой же позиции придерживается и А. Тынель (см.: *Тынель А., Функ Я., Хвалец В.* Курс международного торгового права. 2-е изд. Минск: Амалфея, 2000. С. 643).

«В соответствии с пунктом 1 статьи 185 Гражданского кодекса Российской Федерации доверенностью признается письменное уполномочие, выдаваемое одним лицом другому лицу для представительства перед третьими лицами.

Федеральный закон от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» не требует наличия в доверенности представителя специального уполномочия на заключение гражданско-правового договора, содержащего третейское соглашение (третейскую запись). Следовательно, наличие общих полномочий на заключение договора позволяет представителю заключить от имени и в интересах представляемого договор с условием о передаче связанных с ним споров в тот или иной третейский суд.

Часть 2 статьи 62 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации подлежит применению к случаям передачи на рассмотрение третейского суда такого дела, которое находится на рассмотрении в арбитражном суде. Эта норма не применима к доверенностям, выданным на заключение гражданско-правовых договоров (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 01.06.2010 № 18170/09<sup>113</sup>).

Из указанного следует, что Белоногов А.Н. [представитель ЗАО «Тандер». – *Б.К.*] имел полномочия для заключения договора от имени юридического лица с включением в него третейской записи.

При таком толковании норм права основания для признания недействительным пункта 8.4 упомянутого договора субаренды, содержащего третейскую оговорку, отсутствуют.

<...>

Содержащееся в настоящем постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации толкование правовых норм является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел».

---

<sup>113</sup> «Таким образом, доверенность ... предполагала наличие правомочия у генерального управляющего на заключение любых сделок, в том числе и арбитражных (третейских) соглашений, поскольку исходя из ее содержания она представляла собой генеральную доверенность на управление юридическим лицом, то есть охватывала все правомочия, предоставляемые единоличному исполнительному органу юридического лица в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации...

В связи с этим к данной доверенности неприменимы положения части 2 статьи 62 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующие порядок предоставления правомочий представителю в процессуальных отношениях». (Из Постановления Президиума ВАС РФ от 1 июня 2010 г. № 18170/09).

Хотя дело ЗАО «Тандер» было рассмотрено в рамках Закона о третейских судах и не содержало иностранного элемента, полагаем, что выводы Президиума ВАС РФ по этому делу также могут применяться для решения вопроса о полномочиях представителя стороны по заключению договора, содержащего арбитражное соглашение, предусматривающее рассмотрение споров в международном коммерческом арбитраже. Закон о третейских судах и Закон о МКА содержат аналогичные формулировки, требующие лишь фиксации третейского соглашения в письменной форме, но не указывают на необходимость наделения подписывающих такие соглашения лиц какими-либо специальными полномочиями. Принятые Президиумом ВАС Постановления 1 июня 2010 № 18170/09 и от 12 апреля 2011 года № 12311/10 вполне укладываются в рамки «прагматического» подхода к использованию принципа автономности арбитражного соглашения, причем не только в отношении внутренних третейских судов, но и в отношении международного арбитража.

При всей либеральности решения вопроса о полномочиях лица, подписавшего арбитражное соглашение, необходимо все-таки, чтобы такое лицо было бы должным образом уполномочено представлять организацию, от имени которой он подписывает договор. Примером, когда арбитражное соглашение, подписанное неуполномоченным лицом, было признано недействительным, могут служить дела об отмене вынесенных на территории РФ решений международного арбитража по спору итальянской фирмы с Министерством авиации СССР. Решения были отменены по причине того, что арбитражное соглашение от имени министерства было подписано неизвестными лицами, не имевшими необходимых полномочий. Вот как объяснил свою позицию по этому вопросу Президиум ВАС РФ:

«Соглашение от лица Министерства гражданской авиации СССР и государственного научно-исследовательского института «Аэронавигация» подписано Ермоловым О.К. и Анодиной Т.Г. Сведения о занимаемых должностях, а также документы, удостоверяющие полномочия указанных лиц на подписание соглашения, отсутствуют.

Кроме того, свидетельств участия Министерства гражданской авиации СССР в заключении арбитражного соглашения (документов с печатью, на бланке министерства, с регистрационным номером), в суд не представлено.

Доказательств принадлежности лиц, подписавших арбитражное соглашение, к руководству Министерства гражданской авиации СССР и наличия полномочий на

подписание арбитражного соглашения от лица Министерства гражданской авиации СССР в арбитражный суд не представлено»<sup>114</sup>.

Контрольные вопросы к § 2.5.

1. Кто вправе подписывать арбитражное соглашение от имени юридического лица? Требуется ли для этого наделение представителя юридического лица особыми полномочиями?

2. Каковы последствия подписания арбитражного соглашения лицом, не имевшим полномочий представлять сторону договора?

*§ 2.6. Распространение действия арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали*

Чаще всего вопрос о распространении действия арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали, встает в случае цессии прав по договору, содержащему такое соглашение. Профессор В.А. Мусин полагает, что сохранение за цессионарием прав, вытекающих из арбитражного соглашения, заключенного контрагентом с цедентом, следует из смешанной природы такого соглашения, являющегося по своей природе актом как материального, так и процессуального права. По мнению указанного автора, в случае сингулярного правопреемства вывод о сохранении силы арбитражного соглашения должен делаться как раз исходя из процессуальных черт характера арбитражного соглашения, поскольку процессуальное правопреемство (например, по ст. 48 АПК) осуществляется независимо от согласия оппонента в возможном споре<sup>115</sup>.

По своему смыслу договором цессии устанавливается правопреемство в отношении прав цедента в полном объеме (за исключением вопросов, которые могут быть исключены

---

<sup>114</sup> См. Постановления Президиума ВАС РФ № 9982/05 и № 10074/05 от 12 декабря 2005 г. При этом отметим, что в этих делах была допущена одна и та же процессуальная ошибка: бремя доказывания подписания арбитражного соглашения неуполномоченным лицом вопреки нормам ст. 36 Закона о МКА не было возложено на лицо, возражающее против приведения в исполнение международного арбитражного решения. Взыскатель не должен представлять доказательства наличия у представителя оппонента соответствующих полномочий – об этом см. § 5.2 и 5.3 далее.

<sup>115</sup> См.: Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеэкономическом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. № 4. С. 37–38.

на основании явно выраженного соглашения между цессионарием и цедентом)<sup>116</sup>. Если у цедента есть право на арбитражное рассмотрение спора, то это право может быть передано цессионарию, так же как и прочие права по договору в порядке уступки требования, и никакой специальной фиксации передачи такого права не требуется. В этом случае действие арбитражного соглашения, заключенного должником с цедентом, будет распространяться и на отношения должника с цессионарием, и не будут нарушены требования к форме арбитражного соглашения, предъявляемые в соответствии с превалирующим в настоящее время широким толкованием п. 2 ст. II Конвенции, допускающим сохранение за цессионарием права на арбитражное рассмотрение спора на основании арбитражного соглашения, зафиксированного в договоре между цедентом и должником. О необходимости законодательного закрепления толкования, направленного на сохранение в силе арбитражного соглашения в случае цессии по договору, говорилось в проекте доклада рабочей группы по арбитражу ЮНСИТРАЛ в рамках ее 33-й сессии, прошедшей в Вене с 20 ноября по 1 декабря 2000 г.<sup>117</sup>

Международная арбитражная практика идет по пути признания сохранения действительности арбитражного соглашения в случае сингулярного правопреемства<sup>118</sup>, и именно так рассуждает Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, неоднократно указывавший на то, что государственный суд должен оставить иск без рассмотрения при наличии арбитражного соглашения, даже если договор, в состав которого вошло арбитражное соглашение, был заключен между другими лицами<sup>119</sup>. Она вполне соответствует требованиям, предъявляемым ст. II Конвенции, и практике зарубежных судов и арбитражей<sup>120</sup>.

---

<sup>116</sup> Дискуссию об этом см.: *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. С. 78.

<sup>117</sup> См. п. 11 документа ЮНСИТРАЛ A/CN.9/WG.II/XXXIII/CRP.1/Add.3: «...узкое толкование такого положения, как статья II(2) Нью-Йоркской конвенции, может препятствовать применению принципа, в соответствии с которым арбитражное соглашение должно следовать за договором, частью которого оно является».

<sup>118</sup> См.: *Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. V. P. 195.

<sup>119</sup> См. Постановление Президиума ВАС РФ от 17 июня 1997 г. № 1533/97 // ВВАС РФ. 1997. № 9. С. 66 и п. 15 Раздела III Обзора судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц (приложение к письму Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29) // ВВАС РФ. 1998. № 4.

<sup>120</sup> Автор считает своим долгом обратить внимание читателей на то, что в учебнике по международному коммерческому арбитражу, изданном в 2012 году (Международный коммерческий арбитраж: Учебник / под ред. В.А.Мусина, О.Ю. Скворцова – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третеский суд»; М.: «Инфотропик Медиа», 2012) излагается точка зрения (С. 110 и далее), в соответствии с которой сохранение в силе арбитражной оговорки в случае сингулярного правопреемства якобы носит дискуссионный характер и не поддерживается судебной практикой. Данная точка зрения, всецело основанная на двух публикациях

Характерным примером сохранения силы арбитражного соглашения в случае сингулярного правопреемства может послужить дело № 240/2000, рассмотренное МКАС при ТПП РФ. Оно было связано с договором аренды здания сроком на 20 лет, заключенным лихтенштейнской фирмой с российской компанией. Российская компания – арендодатель впоследствии передала свои права на здание российскому банку, а тот в свою очередь – российскому акционерному обществу. Новый арендодатель поставил здание под реконструкцию, лишив тем самым арендатора – лихтенштейнскую фирму возможности извлекать доходы от эксплуатации этого здания в соответствии с договором аренды. Лихтенштейнская фирма обратилась с иском в МКАС при ТПП РФ. Российское акционерное общество в своем отзыве на исковое заявление указало на отсутствие у МКАС при ТПП РФ юрисдикции по рассмотрению данного спора в связи с отсутствием у истца письменного арбитражного соглашения с ответчиком. Арбитраж признал ссылку на отсутствие арбитражного соглашения между арендатором и новым арендодателем необоснованной, отметив, что, приняв на баланс здание, российское акционерное общество приняло на себя все договорные обязательства по договору аренды, включая и арбитражную оговорку. Разрешив таким образом вопрос о своей компетенции, МКАС при ТПП РФ рассмотрел дело по существу<sup>121</sup>.

Следует обратить внимание на подход шведских судов к вопросу о цессии прав, вытекающих из арбитражного соглашения. Эти суды, в целом не ставя под сомнение возможность такой цессии при сингулярном правопреемстве<sup>122</sup>, указывают, что в ряде случаев для сохранения силы арбитражного соглашения о совершении цессии в отношении кредитора следует своевременно (т.е. сразу после осуществления уступки права) уведомить должника по договору. От этой ситуации следует отличать случай, когда цедируются права должника – в этом случае цессионарий безусловно связан арбитражной оговоркой контракта и кредитора о имевшей место цессии отдельно можно не уведомлять<sup>123</sup>. Это

---

академического характера в журнале «Третейский суд» почти десятилетней давности, по нашему мнению является очевидно ошибочной.

<sup>121</sup> См.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Обзор практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (МКАС) за первое полугодие 2002 г. // Законодательство. 2002. № 11.

<sup>122</sup> См.: Хобер К. Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 65.

<sup>123</sup> См. Решение Апелляционного суда округа Свеа от 10 января 2003 г. по делу Е 8032-00 и комментарий к нему проф. И.С. Зыкина // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 2. С. 159; Хобер К. Указ. соч. С. 66.

связано отчасти и с тем, что уступка прав должника по договору, как правило, требует предварительного согласия кредитора.

От проблемы сохранения действительности арбитражного соглашения при сингулярном правопреемстве следует отличать вопрос перехода арбитражной оговорки в силу универсального правопреемства. В этом случае сама возможность оспаривания действительности арбитражного соглашения представляется весьма сомнительной, так как, несмотря на произошедшую реорганизацию, сторона по арбитражному соглашению, во-первых, сохраняет свой статус юридического лица и, во-вторых, сохраняет права и обязанности по всем сделкам, заключенным ею до реорганизации. Поэтому ссылки на реорганизацию лица, подписавшего арбитражное соглашение, со стороны его правопреемника, как правило, не принимаются во внимание в качестве препятствия к арбитражному рассмотрению внешнеэкономического спора.

Аналогичными соображениями руководствовался Президиум Верховного Суда Российской Федерации при рассмотрении иска АО «СРВ Терясбетони» (Финляндия) против государственного предприятия «Внешнеэкономическое объединение "Внешстройимпорт"»: суд пришел к выводу о том, что, поскольку истец является универсальным правопреемником фирмы, подписавшей первоначальное арбитражное соглашение с ответчиком, постольку это арбитражное соглашение сохраняет свою силу. В этом же решении Президиум разъяснил, что «самостоятельный характер арбитражного соглашения» не препятствует методу его фиксации путем ссылки на документ, в котором содержалось арбитражное соглашение, подписанное правопреемником истца<sup>124</sup>.

Там, где правопреемство отсутствует, как правило, нет оснований говорить о том, что включенное в заключенный сторонами контракт арбитражное соглашение связывает стороны этого контракта обязанностью рассматривать в арбитраже споры с третьими лицами. Характерным примером может послужить случай из практики МКАС при ТПП РФ. В деле № 6/2006 (постановление от 27 декабря 2006 г.) исковое заявление было подано лицом, которое, как это выяснилось в ходе рассмотрения дела, не было стороной, подписавшей контракт, в который была включена арбитражная оговорка. Впоследствии лицо, подавшее иск, приобрело право собственности на оборудование, ставшее предметом контракта, и полагало себя уполномоченным на предъявление иска о недостатках оборудования, которое было поставлено по контракту. Но ответчик, поставщик оборудования, не дал своего согласия на участие в деле в качестве истца лица, с которым

---

<sup>124</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2001. № 10.

его не связывала арбитражная оговорка, и поэтому состав арбитража был вынужден вынести постановление об отсутствии у него компетенции по рассмотрению предъявленного иска<sup>125</sup>.

Рассмотрим еще несколько заслуживающих внимания дел из российской судебной арбитражной практики. В государственный арбитражный суд обратилась с иском компания, которая требовала взыскать денежную сумму с ответчика, являвшегося заказчиком по договору подряда, заключенного с истцом другим лицом. Ответчик со ссылкой на п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК просил оставить иск без рассмотрения, ссылаясь на то, что между ним и истцом наличествует арбитражное соглашение о рассмотрении всех споров во МКАС при ТПП РФ.

По мнению истца, ответчик не имел права ссылаться на арбитражную оговорку, так как он стал подрядчиком только на основании цессии, а первоначальной стороной арбитражного соглашения (и подрядчиком по договору подряда) было другое лицо. Суды с этим не согласились, указав, что поскольку согласно тексту дополнительного соглашения об осуществлении цессии оно является неотъемлемой частью первоначального договора подряда, постольку цессионарий имеет право ссылаться на включенную в этот договор арбитражную оговорку<sup>126</sup>.

Помимо цессии и универсального правопреемства, в западной литературе выделяется еще несколько случаев, когда арбитражное соглашение, подписанное одним лицом, может быть использовано в качестве процессуального основания для подачи в международный арбитраж иска к другому лицу. Известный голландский специалист Бернар Анотье выделяет еще восемь таких случаев, включая такие правовые конструкции, как *alter ego* или *piercing of the corporate veil*, *estoppel*, *consent or conduct as an expression of implied consent*, и ряд других<sup>127</sup>. В российской судебной практике таких дел пока не было, но для юристов российских компаний, создающих многочисленные оффшорные структуры с целью минимизации корпоративных рисков по сделкам, сведения о такой практике западно-европейских судов могут оказаться весьма полезными.

---

<sup>125</sup> См.: Филатов И.А. Практика МКАС при ТПП РФ. Решения, вынесенные в 2006 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 3. С. 75.

<sup>126</sup> Постановление ФАС СКО от 22 июня 2006 г. по делу № Ф08-2293/2006.

<sup>127</sup> *Hanotiau B.* Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. Kluwer Law International, 2005.

Контрольные вопросы к § 2.6.

1. Расскажите о сохранении силы арбитражного соглашения при сингулярном и универсальном правопреемстве.
2. Требуется ли подтверждение сохранения в силе арбитражного соглашения в случае, если произошло изменение сторон по договору, в состав которого включено это арбитражное соглашение?

*§ 2.7. Право, которому подчинено действие арбитражного соглашения*

Изучение вопроса о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения является отправной точкой оспаривания наличия у международного коммерческого арбитража юрисдикции по рассмотрению спора, а равно поводом для попыток передать спор на рассмотрение государственного суда и тем самым изъять этот спор из компетенции международного арбитража. Как сами арбитры, так и государственный суд, куда одна из сторон обращается до возбуждения арбитражного разбирательства или в ходе такого разбирательства, должны решить вопрос, действительно ли имеющееся арбитражное соглашение, сохраняет ли оно силу и является ли исполнимым. От решения данного вопроса зависит, может ли решение по спору относиться к компетенции международного арбитража и, более того, есть ли основания считать такой спор изъятим из юрисдикции государственных судов, если соответствующее заявление будет сделано в соответствии с п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции, п. 1 ст. 8 Закона о МКА и п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК.

Несмотря на огромное значение данного вопроса, в ст. II Конвенции, где изложены требования к форме арбитражного соглашения, нет решительно никаких указаний о том, на основании каких норм следует принимать решение о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения. В то же время Конвенция содержит правило, в соответствии с которым в признании и принудительном исполнении арбитражного решения может быть отказано, если арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где было вынесено решение (подп. «а» п. 1 ст. V). При отсутствии аналогичного правила в ст. II Конвенции возникает вопрос о возможности применения положений ст. V Конвенции о нормах, на основании которых

арбитры и/или государственный суд должны прийти к выводу о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения для решения вопросов, затронутых в ст. II Конвенции. По этой проблеме в разное время высказывались различные точки зрения, но в последнее время возобладала тенденция, в соответствии с которой государственные суды стран – участниц Конвенции при решении вопроса о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения по ст. II Конвенции должны использовать коллизионные нормы подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции<sup>128</sup>.

Для стран, которые помимо Конвенции являются участниками Европейской конвенции, решение данного вопроса облегчено (постольку, поскольку Европейская конвенция применима к обстоятельствам конкретного дела исходя из состава его участников): в п. 2 ст. VI Европейской конвенции не только предписывается применять к вопросу о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения правила, аналогичные нормам подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции, но и развиваются данные нормы:

«При вынесении решения по вопросу о наличии или действительности указанного арбитражного соглашения государственные суды Договаривающихся Государств, в которых поднят этот вопрос, должны будут руководствоваться, если вопрос касается правоспособности сторон, законом, который к ним применяется, а по другим вопросам:

- а) законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;
- б) при отсутствии указаний на этот счет – законом страны, в которой должно быть вынесено решение;
- в) 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, – законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело».

Прочитанные положения Европейской конвенции никоим образом не противоречат Конвенции, ими только закрепляется тенденция, направленная на применение правил подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции для решения вопросов ст. II

---

<sup>128</sup> Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988. С. 93.

Конвенции, и уточняется, какой закон должен быть применен в случае, если в арбитражном соглашении не указано, в какой стране должно быть вынесено решение.

Такая практика установления норм, применимых к решению вопроса о наличии, действительности и исполнимости арбитражного соглашения, базируется на всеобщем признании *принципа автономности арбитражного соглашения*. В самом деле, хотя в Конвенции данный принцип непосредственно не закреплен, без его признания нельзя было бы говорить отдельно о проблемах действительности арбитражного соглашения и права, применимого к решению данного вопроса; тогда вопрос о действительности арбитражного соглашения решался бы вместе с вопросом о действительности того договора, в который оно включено, и в соответствии с нормами права, которыми регулируется «основной» договор. Фактическое же признание принципа автономности арбитражного соглашения подразумевается Конвенцией, и впоследствии этот принцип был нормативно закреплен в п. 1 ст. 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ<sup>129</sup>.

Однако несмотря на всеобщее признание принципа автономности арбитражного соглашения, из которого вытекает возможность применения к решению вопроса о наличии, действительности и исполнимости арбитражного соглашения правовых норм, отличных от норм материального права, применимых к существу спора, на практике почти не встречаются договоры, в арбитражных соглашениях которых специально решался бы вопрос о выборе права, применимого к арбитражному соглашению. Как правило, стороны закрепляют в договоре выбор материального права, применимого к отношениям между ними, ссылаются на тот или иной арбитражный регламент и устанавливают место проведения арбитража, но умалчивают о праве, которым должны регулироваться вопросы действительности, сохранения силы и исполнимости арбитражного соглашения, хотя выбор сторонами такого права прямо предусмотрен как Нью-Йоркской конвенцией, так и Европейской конвенцией<sup>130</sup>.

Более того, ни одной из рекомендуемых арбитражных оговорок, включенных в регламенты известных институциональных арбитражей или в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, тоже не предусматривается отдельное избрание права, применимого к решению вопроса о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного

---

<sup>129</sup> Интересно, что согласно Закону Англии об арбитраже 1996 г. сторонам при заключении арбитражного соглашения предоставлено право отказаться от применения к их арбитражному соглашению принципа автономности (Section 7).

<sup>130</sup> Для систематизации подхода к различным национальным законам, которые следует учитывать при заключении внешнеэкономических сделок, рекомендуем обратиться к Схеме 1 в Приложении к настоящему учебнику.

соглашения, хотя в некоторых арбитражных регламентах прямо закрепляется принцип автономности арбитражного соглашения<sup>131</sup>.

Таким образом, если в договоре не указано, какому именно национальному праву стороны подчинили включенное в договор арбитражное соглашение, то для решения вопроса о существовании, действительности и исполнимости арбитражного соглашения, как правило, приходится применять нормы права страны, где будет проведен арбитраж и должно быть вынесено арбитражное решение (*lex arbitri*)<sup>132</sup>. В итоге на практике арбитрам, рассматривающим дело, в котором помимо собственно спора о праве выдвинуты еще и юрисдикционные возражения, приходится сначала изучать законы страны, где будет вынесено арбитражное решение (для решения вопроса о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения), а потом – нормы избранного сторонами применимого материального права (для решения вопроса о действительности договора, в который была включена арбитражная оговорка). В то же время *автоматическое распространение норм материального права, избранного сторонами, на решение вопроса о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения недопустимо в силу принципа автономности арбитражного соглашения*. Только если в документе, подписанном сторонами, содержится прямое указание о том, что избранное сторонами материальное право подлежит применению и для вопросов, связанных с действительностью, сохранением силы и исполнимостью арбитражного соглашения, арбитры могут оценивать как действительность самой сделки, так и действительность, сохранение силы и исполнимость арбитражного соглашения по одним и тем же нормам<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> См. п. 2 ст. 21 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 1976 г., п. 1 ст. 23 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г.

<sup>132</sup> *Lew J. The Law applicable to the form and substance of the arbitration clause // ICCA Congress Series. N. 14. May 1998, Paris. Para. 130.*

<sup>133</sup> Ряд авторитетных авторов тем не менее полагает, что материальное право, избранное сторонами для регулирования прав и обязанностей по договору, может автоматически применяться и для регулирования арбитражного соглашения, включенного в данный договор (см. описание этого подхода, например, *Lew J. op. cit. Para. 136*). Полагаем, что такая позиция противоречит процитированным нормам Конвенции и Европейской конвенции, а также принципу автономности арбитражного соглашения: ведь если и договор, и арбитражное соглашение подчинены одному закону, то вряд ли возможно сохранение действительности арбитражного соглашения при недействительности «основного» договора. В подтверждение правильности сформулированного вывода можно сослаться на ст. 48 шведского Закона об арбитраже 1999 г., где различается право, избранное сторонами для регулирования прав и обязанностей по договору, и право, которым регулируется арбитражное соглашение, и предусмотрены специальные правила по установлению последнего (следует добавить, что Швеция не является участницей Европейской конвенции, так что включение в шведский закон правил, аналогичных правилам, сформулированным в Европейской конвенции, нельзя считать дублированием международных обязательств Швеции в ее внутреннем законодательстве).

Следует обратить внимание и на то, что помимо установления права, которому подчинено арбитражное соглашение как таковое и на основании которого должны оцениваться действительность, сохранение силы и исполнимость этого соглашения, арбитры или государственный суд в соответствии с подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции обязан разрешить вопрос о «дееспособности» сторон арбитражного соглашения, причем «по применимому к ним закону», а не по закону, которому подчинено арбитражное соглашение. Близкая по содержанию норма включена и в п. 2 ст. VI Европейской конвенции, согласно которому государственный суд должен разрешать вопрос правоспособности сторон арбитражного соглашения «по закону, который к ним применяется», т.е. по их личному закону (*lex societatis*), а не по закону, которому подчинено арбитражное соглашение.

Несмотря на некоторое терминологическое различие<sup>134</sup>, эти нормы требуют одного и того же: чтобы арбитры и/или государственные суды изучали правомерность подписания арбитражного соглашения, исходя из личного закона стороны, который, как известно, не может быть изменен на основании ее волеизъявления. Однако такое изучение должно проводиться с учетом специфики принципа автономности арбитражного соглашения, разграничивающего правовую судьбу и анализ действительности договора в целом и входящего в его состав арбитражного соглашения. Например, если арбитраж или государственный суд придет к выводу о недействительности «основного» договора по причине отсутствия у представителя стороны полномочий на подписание крупной сделки (в случае, если «основной» договор является такой сделкой), арбитражное соглашение все равно останется действительным, поскольку обязательство о передаче спора в арбитраж нельзя считать крупной сделкой и даже гражданско-правовой сделкой вообще.

Вопрос о праве, регулирующем арбитражную оговорку, неоднократно вставал в практике судов различных государств. Можно свидетельствовать, что в странах континентальной системы права он решается единообразно: если стороны сами не избрали отдельно права, регулирующего эту оговорку, то она считается подчиненной

---

<sup>134</sup> Терминологическое различие связано с тем, что в русском тексте Конвенции не совсем верно употреблен термин «недееспособность». Он не вполне точно отражает смысл английского термина «incapacity», который было бы вернее перевести как «дефект правоспособности», как это и было сделано в русском тексте Европейской конвенции. Более того, термин «дееспособность» чаще употреблялся в советском законодательстве (и продолжает употребляться в российском) в отношении физических лиц, в отношении же юридических лиц обычно употребляется термин «правоспособность». Тем не менее данные рассуждения могут быть использованы только для толкования русского текста Конвенции, но не для его исправления, поскольку русский текст является аутентичным и, как следствие, не может быть изменен.

закону места вынесения арбитражного решения<sup>135</sup>. Наиболее либерально настроенные суды (прежде всего, французские), указывают также на то, что в силу принципа автономности арбитражного соглашения отсутствует необходимость в обращении к национальному праву какого-либо государства при решении вопроса о его действительности<sup>136</sup>.

Наиболее известный комментатор Нью-Йоркской конвенции проф. А.-Я. ван ден Берг в своем комментарии признал, что хотя на практике встречаются и другие решения, право места вынесения арбитражного решения, по всей видимости, является наиболее подходящим для решения вопроса о том, действительно ли арбитражное соглашение<sup>137</sup>. Подход, в соответствии с которым в отсутствие специального соглашения сторон по этому вопросу правом, регулирующим арбитражное соглашение, является право места проведения арбитража, а не материальное право, которому подчинен договор в целом, был в 2012 г. признан правильным Апелляционным судом Англии (*Sulamerica CIA National de Seguros SA and others v. Enesa Engenharia SA and others* ([2012] EWCA Civ. 638).

В России этот вопрос ставился перед судьями государственных судов, но пока не получил последовательного разрешения. Суды общей юрисдикции в свое время в полном соответствии с международной практикой отмечали, что вопрос о действительности арбитражного соглашения, предусматривающего рассмотрение спора в Лондоне, должен разрешаться на основании норм английского права<sup>138</sup>, в государственных арбитражных судах такая практика своего развития пока не получила.

Установление права, на основании норм которого должен решаться вопрос о действительности арбитражного соглашения, должно осуществляться как при рассмотрении аргументов о его ничтожности, недействительности или утраты силы при направлении сторон в арбитраж государственным судом, в который поступил иск по спору, охваченному арбитражным соглашением (ст. II Конвенции, п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК и п. 1 ст. 8 Закона о МКА), так и при рассмотрении аргументов о его недействительности в

---

<sup>135</sup> См. Решение Апелляционного суда округа Свеа (Швеция) по делу О 4645-99 // Третейский суд. 2003. № 6. С. 41; *Хегер С.* Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 10; *Хобер К.* Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 61.

<sup>136</sup> См. Постановление Апелляционного суда Парижа от 31 мая 2001 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 1. С. 151.

<sup>137</sup> *Van den Berg A-J.* New York Convention of 1958 Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) – XXVII (2002) Para. 221 Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXVIII(2003), P. 622.

<sup>138</sup> См. Определение Верховного Суда РФ от 13 апреля 2001 г. № 5-Г01-35.

рамках приведения в исполнение или оспаривания решения арбитража (ст. V Конвенции и статьи 34 и 36 Закона о МКА). Согласно точке зрения, разделяемой в настоящее время большинством специалистов, правила установления этого права должны быть едиными и на этапе оценки действительности арбитражного соглашения при решении вопроса о направлении сторон в арбитраж, и на этапе разрешения спора о признании и приведении в исполнение уже вынесенного иностранного арбитражного решения. Правила установления права, на основании которого решается вопрос о действительности арбитражного соглашения, изложены в подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции и продублированы в подп. 1 п. 2 ст. 34 и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА: *это право, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, а если такое право не было избрано сторонами – право страны, где было вынесено арбитражное решение.*

В последнее время на практике все чаще встает вопрос о том, могут ли две российские компании заключить арбитражное соглашение, предусматривающее рассмотрение спора между ними в международном арбитраже за рубежом. На этот вопрос следует дать положительный ответ.

В отличие от Регламента МКАС при ТПП РФ, из п.1 § 2 которого следует, что этот институциональный арбитражный орган вправе рассматривать либо споры с участием иностранных компаний («если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей»), либо споры с участием российских предприятий с иностранными инвестициями (между собой или с российскими субъектами предпринимательской деятельности без иностранных инвестиций), ни один из зарубежных регламентов международного арбитража не препятствует разрешению в соответствии с ним спора между двумя компаниями, domiciliрованными в *одном* государстве. На самом деле и Регламент МКАС при ТПП РФ не содержит такого ограничения в отношении иностранцев: ведь если спор касается, например, двух украинских компаний, то требование к нахождению «хотя бы одного» коммерческого предприятия за границей России, предусмотренное этим Регламентом, будет соблюдено, и МКАС при ТПП РФ сможет при наличии соответствующего арбитражного соглашения рассмотреть спор между ними. И в национальных законах об арбитраже, как основанных на Типовом законе ЮНСИТРАЛ (как российский Закон о МКА), так и не основанных на нем (например, английском или шведском), нет запрета на рассмотрение на

территории соответствующего государства арбитражного спора между двумя иностранными компаниями, являющимися резидентами одного государства.

Если две российские компании заключат арбитражное соглашение о том, что спор между ними будет рассмотрен, например, в Лондоне или в Цюрихе, то получится, что соответствующая арбитражная оговорка подчинена английскому или швейцарскому праву (если в ней, конечно, не будет непосредственным образом зафиксировано иное намерение сторон). Так как арбитражное соглашение – это не материально-правовая сделка, в российском праве нет никакого запрета на такой выбор иностранного права, регулирующего арбитражную оговорку, заключенную российскими резидентами, нормы ГК об автономии воли сторон в данном случае будут неприменимы.

Автору известно, что в Арбитражном институте ТПС и в ЛМТС за последние годы разрешено немало споров между российскими компаниями. Решения, вынесенные по таким спорам, видимо, были исполнены добровольно, так как о рассмотрении этих дел в российских государственных арбитражных судах в рамках Нью-Йоркской конвенции пока ничего не известно. Но даже если бы и потребовалось приведение в исполнение такого решения в судебном порядке, у ответчика не было бы никаких оснований ссылаться на то, что заключенная между российскими компаниями арбитражная оговорка, отсылающая стороны для рассмотрения их спора в зарубежный арбитраж, противоречит какому-либо российскому закону или имеет иной дефект, связанный с местонахождением в России подписавших ее юридических лиц.

Международная торговая палата в новой версии своего Регламента, опубликованной в 2011 году и вступающей в силу с 1 января 2012 г., прямо исключила из статьи 1(1) содержащуюся там ранее ссылку на то, что МАС МТП рассматривает предпринимательские споры *международного* характера – в новой редакции Регламента слово «международный» отсутствует. Это связано с тем, что по статистике МАС МТП в 2010 г. 18% дел касались споров между резидентами одного и того же государства.

Вот цитата из выступления профессора Е.А. Суханова в рамках круглого стола на Международном юридическом конгрессе, организованном РИА «Новости» и РАПСИ и прошедшем в Москве 1 декабря 2011 г.: «Я как заместитель председателя Международного коммерческого арбитражного суда [при ТПП РФ. –

Б.К.] могу сказать, что иностранные арбитражи рассматривают споры между российскими предпринимателями на сотни миллионов по российскому праву. Они не убегают из нашей юрисдикции, они хотят рассмотрения своего дела по нашему праву, но в Стокгольмском арбитраже»<sup>139</sup>.

Контрольные вопросы к § 2.7.

1. Как решается вопрос об установлении права, которому подчинено арбитражное соглашение?
2. Как соотносятся между собой *lex contractus* и *lex arbitri*?

§ 2.8. *Арбитражные соглашения, которые недействительны, неисполнимы или утратили силу*

Не только государственный суд, разрешая вопрос о направлении сторон в арбитраж в соответствии со ст. II Конвенции, но и сами арбитры обязаны установить, что арбитражное соглашение действительно, не утратило силу и может быть исполнено. Государственный суд, пришедший к выводу, что какое-то из этих требований (критериев) ст. II Конвенции не соблюдено, должен рассмотреть спор по существу (если, конечно, дело относится к его компетенции согласно применимым правилам о подсудности и подведомственности). Если же арбитры установят, что какое-либо из указанных требований нарушено, то они обязаны вынести решение об отсутствии у них юрисдикции по рассмотрению данного спора. Таким образом, помимо возражений о несоблюдении формы арбитражного соглашения (см. § 2.2 выше) и неарбитрабельности предмета спора (о чем речь пойдет в § 2.10 далее), возражения о недействительности, утрате силы и неисполнимости арбитражного соглашения являются наиболее типичными возражениями против наличия у арбитров юрисдикции рассматривать спор. Указанные возражения выдвигаются как непосредственно в ходе международного арбитража, так и в государственных судах.

Несмотря на важность данного вопроса, в ст. II Конвенции ничего не говорится о том, каким образом судам и арбитрам надлежит исследовать обоснованность таких возражений. Разумеется, в первую очередь надлежит определить, на основании какого

---

<sup>139</sup> <http://pravo.ru/review/view/65238/>

права устанавливается действительность арбитражного соглашения. В § 2.7 уже была обоснована необходимость применения норм подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции о праве, которому подчиняется арбитражное соглашение, а также, если для решения этого вопроса применимы нормы Европейской конвенции (исходя из состава участников спора), – п. 2 ст. VI этой Конвенции. Есть все основания полагать, что установленное таким образом право будет применяться не только для решения вопроса о собственно *действительности* арбитражного соглашения, о которой идет речь в подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции и п. 2 ст. VI Европейской конвенции, но и для решения вопросов о *сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения*, в этих статьях не упоминаемых, но включенных п. 3 ст. II Конвенции в единый блок вопросов. На те же вопросы российским судам приходится отвечать при направлении сторон в арбитраж на основании применения нормы п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК, если речь идет о передаче спора в международный третейский суд, действующий на территории России.

Практика применения Конвенции выработала определенные механизмы, в соответствии с которыми дефекты арбитражных соглашений квалифицируются как подпадающие под один из трех критериев, указанных в ст. II Конвенции (действительность, сохранение силы и исполнимость). Так, 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.

Международная практика толкования Конвенции состоит в том, чтобы считать *недействительными* в контексте ст. II Конвенции только арбитражные соглашения, в отношении которых существуют очевидные *дефекты воли*, такие как принуждение, ошибка, обман. Если же оспаривается действительность арбитражного соглашения с точки зрения анализа полномочий подписавшего его лица, государственные суды обычно направляют стороны в арбитраж, который и принимает решение о действительности арбитражного соглашения.

Совсем недавно эта практика еще раз была проверена на прочность в английских судах, причем (как это часто бывает в их деятельности) новый прецедент был создан при непосредственном и весьма активном участии российских бизнесменов. ОАО «Совкомфлот», крупнейший российский судовладелец, после того как в нем сменилось

руководство, заявило, что прежние менеджеры были коррумпированы и подписывали чартеры, невыгодные их компании, за что получали взятки. Общую сумму своих убытков компания оценила более чем в 300 млн. долларов и обратилась в английские государственные суды с целой серией исков против своих бывших менеджеров и деловых партнеров.

Но договоры чартера, заключенные от имени «Совкомфлота» бывшими менеджерами компании, содержали ссылки на формы, предусматривавшие арбитражные оговорки, причем весьма широко сформулированные. Ответчики возразили против рассмотрения дел в английских государственных судах и потребовали направить споры в арбитраж в соответствии с нормами ст. II Конвенции. Адвокаты истца настаивали на том, что если договоры были заключены за взятку, то они в целом носят незаконный характер<sup>140</sup>, и эта незаконность распространяется и на арбитражные оговорки.

После долгих раздумий английские суды всех инстанций направили споры в арбитраж<sup>141</sup>. По мнению английских судей, обвинение в коррупции не лишает силы арбитражную оговорку, даже если весь договор по этим причинам следует признать незаконным. Вот как сформулировал точку зрения английской судебной системы судья лорд Лонгмор (Lord Justice Longmore):

«Не достаточно просто заявить, что взятка пятнает собой весь контракт, если отсутствуют основания считать, что она пятнает именно арбитражную оговорку. В данном случае [в деле ОАО «Совкомфлот» – *Fiona Trust – Б.К.*] таких оснований не имеется».

Это решение подкрепляет прецедент 2006 г. по делу *Lesotho Highlands*, в котором Палата лордов также отказалась от вмешательства в спор, рассмотренный арбитражем, и, по мнению специалистов, такая тенденция служит серьезным аргументом в поддержку доктрины автономности арбитражного соглашения<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> О понятии незаконности в связи с арбитражем по английскому праву см. Дандэс Х. Сибирский вклад в английское право: публичный порядок, незаконность и принудительное исполнение решений международных арбитражей. Дело *Soinco S.A.C.I. против НКАЗ* и последующие дела // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 53. Как следует из этой статьи, обвинение в незаконном характере договора может иметь в Англии весьма серьезные последствия как для арбитражной оговорки, так и для исполнения арбитражного решения.

<sup>141</sup> House of Lords, 17 October, 2007. *Fiona Trust & Holding & Holding Corporation & 20 Ors v. Yuri Privalov & 17 Ors* [2007] UKHL 40. Правило об автономности арбитражного соглашения было еще раз подтверждено вскоре после дела *Fiona Trust*, 13 ноября 2007 г. в деле Commercial Court *El Nasharty v. J Sainsbury plc* [2007] EWHC 2618 (Comm).

<sup>142</sup> The Financial Times. 05.02.2007. К похожему выводу пришел и Верховный Суд США, который указал, что спор о действительности договора, содержащего арбитражную оговорку, должен рассматриваться в арбитраже (*Buckeye Check Cashing v. Cardegna*, 546 U.S. 440 (2006)).

Данная практика, по сути, привела к тому, что, за исключением случаев отказа от арбитражного соглашения, совершенного всеми участниками процесса, на этапе применения ст. II Конвенции государственный суд в Западной Европе, как правило, *презюмирует действительность* арбитражного соглашения и, более того, допускает разрешение спора по существу арбитрами, даже если они впоследствии приходят к выводу о том, что вся сделка была недействительна. Причем одним из наиболее значимых прецедентов, в которых этот принцип был сформулирован весьма четко, был создан ВТАК при ТПП СССР в решении от 9 июля 1984 г. по делу «Союзнефтеэкспорт» против «Джок Ойл Лтд.», о котором уже шла речь выше при обсуждении принципа автономности арбитражного соглашения:

«Арбитражное соглашение может быть признано недействительным лишь в том случае, если в нем будут обнаружены пороки воли (заблуждение, обман и др.), нарушения требования закона к содержанию и форме заключенного арбитражного соглашения»<sup>143</sup>.

Следовательно, дефекты, влекущие за собой недействительность сделки в целом, в том числе по основаниям, ведущим к признанию ее ничтожности, такие как нарушение формы, предписанной законом для сделок подобного рода (что и установил арбитраж по делу «Союзнефтеэкспорт» против «Джок Ойл Лтд.»), не сказываются на действительности арбитражного соглашения, если только нет очевидных оснований полагать наличие серьезного дефекта воли при его подписании или отклонения от предписанной Конвенцией письменной формы его фиксации<sup>144</sup>. Подпись одного и того же лица может не породить правовых последствий в отношении прав и обязанностей, связанных с существом сделки, но создать действительное арбитражное соглашение. Таким образом, нужно сделать вывод не только о том, что арбитражное соглашение автономно по отношению к «основному» договору, но и о том, что к решению вопроса о действительности арбитражного соглашения применяются другие правила<sup>145</sup>: оно

---

<sup>143</sup> Это решение было впервые опубликовано в журнале «Международный коммерческий арбитраж», 2007. № 2. С. 157.

<sup>144</sup> В литературе обращается внимание на то, что презумпция действительности арбитражной оговорки получила особое распространение в США, где суды сформулировали принцип, согласно которому «недействительность арбитражного соглашения должна признаваться только в очевидных случаях» (см.: Yearbook Commercial Arbitration. Vol. X. P. 368).

<sup>145</sup> Под другими правилами в данном случае понимается не то, что для определения действительности арбитражного соглашения применяется материальное право, отличающееся от материального права, которым регулируются иные отношения сторон по сделке (хотя, как правило, это так и есть), а то, что основания для признания арбитражного соглашения недействительным будут другими, более узкими,

признается недействительным только при наличии фактов, свидетельствующих о дефекте воли или нарушении формы фиксации. Такова практика западных судов, основанная на Конвенции и актах (в том числе национальных), принятых в ее развитие.

В Информационном письме № 156 (п. 2) рассматривается ситуация, в которой российское унитарное предприятие возражает против приведения в исполнение иностранного арбитражного решения со ссылкой на то, что договор между этим предприятием и иностранной компанией был заключен в результате коммерческого подкупа директора унитарного предприятия. По мнению ответчика, недействительность такого договора распространяется и на включенную в него арбитражную оговорку. Но российские арбитражные суды этот аргумент отвергают, ссылаясь на принцип автономности арбитражного соглашения.

Тем самым в 2013 году в российской судебной практике было наконец закреплено, что действительность международных арбитражных соглашений определяется по другим критериям, нежели действительность «основной» сделки.

В качестве гипотетического примера можно привести договор об ипотеке, который не был нотариально удостоверен в соответствии с п. 2 ст. 339 ГК РФ. Хотя несоблюдение предписанной законом формы совершения сделает этот договор недействительным, входящее в его состав арбитражное соглашение, которое само по себе не является сделкой, подлежащей нотариальному удостоверению, или вообще вещным правоотношением, будет действительным, что позволит арбитрам разрешить вопрос о последствиях недействительности этого договора в соответствии с применимым правом.

Однако несмотря на превалирование тенденции, направленной на признание действительности арбитражных соглашений, государственные суды все-таки не всегда признают действительность арбитражной оговорки. Например, если такая оговорка включена в контракт между физическим лицом и фирмой и есть основания считать, что физическое лицо, подписывая такой необычный для него контракт, не отдавало себе отчета в том, что для небольшого по стоимости контракта арбитражный способ урегулирования спора является малопригодным, и в связи с этим право на защиту этого лица можно считать ущемленным, то есть вероятность, что государственный суд не посчитается с таким арбитражным соглашением и рассмотрит спор по существу. В

---

нежели основания, по которым может быть признана недействительной сама сделка, в состав которой включено арбитражное соглашение.

западной литературе отмечается, что, решая данный вопрос, следует отдавать предпочтение слабой стороне контракта, т.е. физическому лицу<sup>146</sup>.

Автор участвовал в деле, в котором английский судья, несмотря на юрисдикционные возражения ответчика, отказался направить стороны в арбитраж и рассмотрел спор по существу, сославшись на то, что направление сторон в арбитраж ущемило бы интересы физического лица – истца<sup>147</sup>. Если физическое лицо, далекое от реалий международного коммерческого оборота, подписывает контракт, направленный на удовлетворение своих «некоммерческих» потребностей, включающий международную арбитражную оговорку, скорее всего, это лицо действует под влиянием заблуждения, не подозревая, насколько дорогим и неэффективным является международный арбитраж в контексте небольшой «бытовой» сделки. Налицо дефект воли, влекущий за собой недействительность арбитражного соглашения<sup>148</sup>.

При решении вопроса о том, *сохранило ли силу* арбитражное соглашение, сложности встречаются гораздо реже, нежели при решении вопроса о его действительности. Если арбитражное соглашение содержалось не в договоре, а в отдельном документе, в котором речь шла только об арбитражном урегулировании спора (*compromis*), то соглашение сторон о прекращении действия данного документа, очевидно, позволит суду без труда сделать вывод об утрате арбитражным соглашением силы.

Если же арбитражная оговорка включена в состав договора, то, как было обосновано выше, в силу принципа автономности арбитражного соглашения лишение такого договора силы (по соглашению сторон, на основании решения суда или в связи с истечением срока

---

<sup>146</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXI. P. 426.

<sup>147</sup> Такое решение английского судьи было основано на положениях Закона Англии об арбитраже 1996 г. (ss. 89–91) и Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994. Хотя Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» также содержит норму о недействительности условий договоров, ущемляющих права потребителя (ст. 16), им данная проблема не урегулирована. Зато в Законе о третейских судах в п. 3 ст. 5 указано:

«Третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска».

Так как договоры с потребителями почти всегда заключаются с применением форм, разработанных продавцом (поставщиком услуг), данная норма гарантирует, что, подписав непонятную форму, потребитель будет вынужден разрешать спор с организацией в третейском суде, если только он сам этого не пожелает уже после возникновения у него оснований для обращения в суд. В Законе о МКА такой нормы нет, да она и не требуется, так как в сфере международного арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей-физических лиц.

<sup>148</sup> В этом случае мы имеем дело с другой стороной принципа автономности арбитражного соглашения: если выше мы рассматривали ситуации, когда арбитражное соглашение оставалось действительным, несмотря на недействительность «основного» договора, то в данном случае следует говорить о недействительности арбитражного соглашения, что, однако, никак не сказывается на действительности «основного» договора.

действия договора, исполнением предусмотренных обязательств и т.п.) не лишает силы данную оговорку (см. об этом также в § 5.3 далее).

Таким образом, к арбитражной оговорке, включенной в контракт, можно прибегнуть после прекращения действия данного контракта, если будут выявлены недостатки товаров, поставленных на основании контракта, станет известно о причиненных убытках и т.п. Если же стороны, прекращая действие договора, хотят, чтобы вместе с ним утратила силу и арбитражная оговорка, им следует составить об этом письменный документ, который впоследствии и послужит основанием для того, чтобы признать арбитражную оговорку утратившей силу одновременно с договором. На практике этого почти никогда не происходит. В многочисленных делах, рассмотренных МКАС при ТПП РФ, арбитры никогда не соглашались с мнением ответчика, что если срок действия договора ограничен определенной датой, то после этой даты арбитражное соглашение утрачивает свою силу.

Близко по смыслу к утрате арбитражным соглашением силы подходит ситуация, когда ответчик, против которого предъявлен иск в государственный суд, не ссылается на существование арбитражного соглашения и не просит суд передать спор на рассмотрение в арбитраж. Как уже говорилось, в странах, участвующих в Европейской конвенции (если она применима к спору исходя из состава его участников) и/или принявших у себя законы, основанные на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, ответчик, не заявивший о передаче спора в арбитраж *до предъявления своих возражений по существу спора или одновременно с ними*, утрачивает право на рассмотрение спора в арбитраже. И в Европейской конвенции, и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (п. 1 ст. 8 Закона о МКА) такая утрата права признается свершившейся не через механизм утраты арбитражным соглашением силы, а иначе – через механизм, согласно которому государственный суд получает в этом случае право рассмотреть спор по существу, не исследуя вопрос о сохранении силы арбитражным соглашением. В странах же, где ни Европейская конвенция, ни Типовой закон ЮНСИТРАЛ не применяются, неиспользование управомоченной стороной права заявить суду о передаче спора в арбитраж может свидетельствовать об отказе такой стороны от данного права (*waiver*), что должно повлечь за собой признание арбитражного соглашения утратившим силу (*inoperative*). Американские суды при этом полагают, что арбитражное соглашение утрачивает действительность (становится *null and void* – ничтожным), а не силу<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup> США не участвуют в Европейской конвенции, а законы, основанные на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, приняты там только в нескольких штатах.

Под *неисполнимостью* (incapable of being performed) арбитражного соглашения обычно понимается слишком нечеткая, туманная формулировка, которая не позволяет установить истинные намерения сторон в отношении арбитражного механизма разрешения спора. В качестве примера можно привести прецедент, описанный в п. 13 Обзора судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц<sup>150</sup>, когда государственный суд признал неисполнимой арбитражную оговорку, в соответствии с которой все споры должны были рассматриваться в «парижском институте». Так как ни стороны в данном деле, ни государственный суд не смогли понять, какой институциональный арбитраж имеется в виду, спор был рассмотрен государственным судом по существу. Такие неисполнимые арбитражные оговорки в литературе именуется «патологическими».

Другим примером неисполнимости арбитражного соглашения может послужить дело № 195/2000, рассмотренное в МКАС при ТПП РФ. В этом деле арбитраж столкнулся с возражением против его компетенции по рассмотрению спора, основанным на противоречивости формулировки арбитражного соглашения. Этим соглашением предусматривалось рассмотрение спора МКАС при ТПП РФ в составе трех арбитров в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты. После завершения формирования состава арбитража по Регламенту МКАС при ТПП РФ ответчик выдвинул возражения против компетенции этого состава арбитража по разрешению данного спора, так как процедура разбирательства по Регламенту МКАС при ТПП РФ не совпадает с процедурой разбирательства по Арбитражному регламенту МТП. Арбитры согласились с этими доводами и в соответствии с п. 5 § 1 и п. 1 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ вынесли 8 апреля 2002 г. Постановление об отсутствии у них компетенции по рассмотрению данного спора<sup>151</sup>.

Таким образом, неточность формулировки арбитражного соглашения сделала соглашение неисполнимым, поскольку МКАС при ТПП РФ и Международный Арбитражный Суд при Международной торговой палате являются самостоятельными институциональными арбитражами и не могут рассматривать дела по регламентам друг друга. Впрочем, возможно, что состав арбитража, сформированный по Арбитражному регламенту МТП, подойдет к решению этого вопроса более либерально, приняв во

<sup>150</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 // ВВАС РФ. 1998. № 4.

<sup>151</sup> См.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Обзор практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (МКАС) за первое полугодие 2002 г. // Законодательство. 2002. № 11. С. 77.

внимание имеющийся формальный отказ МКАС при ТПП РФ от компетенции по рассмотрению данного спора.

Следует также сказать, что недостаточно четкая ссылка на институциональный арбитраж, которому стороны доверяют рассмотрение спора, далеко не всегда является основанием для признания арбитражного соглашения неисполнимым. В подобном случае роль играет не только текст самой арбитражной оговорки, но и действия сторон, последовавшие после возникновения спора. Например, в опубликованном прецеденте из практики российских судов общей юрисдикции в тексте договора содержалась арбитражная оговорка, в соответствии с которой споры должны были быть рассмотрены в «арбитражной комиссии г. Москвы». Поскольку такого органа не существует, имелись все предпосылки для рассмотрения спора по существу в государственном суде, но истец направил иск в МАК при ТПП РФ, а ответчик в своих возражениях против иска не выдвинул аргумента об отсутствии у МАК при ТПП РФ юрисдикции по рассмотрению данного спора. Таким образом, было достигнуто закрепление арбитражного соглашения в форме обмена иском заявлением и отзывом на иск, в которых истец утверждает о наличии арбитражного соглашения, а ответчик против этого не возражает в соответствии с п. 2 ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ<sup>152</sup>.

Более того, далеко не всегда чрезмерно лаконичная или непонятная ссылка на арбитражный орган ведет к признанию арбитражного соглашения неисполнимым. В зарубежных судах сложилась весьма устойчивая практика, в соответствии с которой признаются исполнимыми и действительными даже сверхкороткие арбитражные оговорки типа: «Арбитраж: если потребуется – в Нью-Йорке». В таких случаях государственные суды интерпретируют не только сам текст арбитражной оговорки, включенной в контракт, но и намерения сторон и обычаи делового оборота, причем делают это всегда с «проарбитражных» позиций, стремясь направить стороны в арбитраж<sup>153</sup>.

В России, где судьи государственных арбитражных судов далеко не всегда приветствуют направление спора в международный арбитраж, желательное использование в договорах стандартных арбитражных оговорок, фигурирующих в соответствующих арбитражных регламентах. Впрочем, и некоторые неточности в наименовании арбитражной институции, не препятствующие установлению намерения сторон договора передать свой спор на рассмотрение именно такого международного арбитража, как

<sup>152</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2000. № 7. С. 8.

<sup>153</sup> См.: Yearbook Commercial Arbitration. Vol. X. P. 478; Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 533.

правило, не будут препятствовать применению п. 1 ст. 8 Закона о МКА и п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК (см. об этом подробнее в § 3.2 при обсуждении вопроса об оценке арбитражного соглашения)<sup>154</sup>.

Иногда затруднения возникают в связи с тем, что судьи государственных арбитражных судов просто плохо осведомлены о существовании того или иного институционального арбитражного органа. Были затруднения с применением оговорок, отсылающих к арбитражу по Регламенту МТП<sup>155</sup>, но, будем надеяться, что они остались в прошлом. Так, судьи ФАС Московского округа направили стороны в арбитраж на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК, хотя истец утверждал, что «...ссылка на Регламент Международной торговой палаты в Париже является недействительной, так как такой организации как «Международная торговая палата в Париже» не существует, как и не существует такого Регламента». Судьи в Москве разъяснили ему следующее:

«...в 1919 году была создана Международная торговая палата, штаб-квартира которой находится в Париже. Для разрешения споров при Международной торговой палате создан Международный арбитражный суд, рассматривающий споры в соответствии с утвержденным Арбитражным регламентом Международной торговой палаты.

<...>

Текст названного Регламента на русском языке, как установлено арбитражным судом первой инстанции, был опубликован в форме печатного издания (публикация МТП № 808 ISBN 92-842-1329-0 Russe), а также может быть получен в Российском Национальном комитете Международной торговой палаты, созданном в 2002 г.<sup>156</sup>».

Завершая рассмотрение вопроса о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения, следует сделать вывод о том, что в мире существует устоявшаяся тенденция, согласно которой государственные суды не препятствуют арбитражам в вынесении решения о характере арбитражного соглашения, оставляя за собой право рассмотреть этот вопрос еще раз в случае вынесения арбитражного решения, которое будет предъявлено к приведению в исполнение в соответствии с Конвенцией. На этапе же применения ст. II Конвенции государственные суды все сомнения в отношении арбитражного соглашения, как правило, трактуют в пользу его действительности, сохранения силы и исполнимости.

<sup>154</sup> Постановление ФАС УО от 28 июня 2006 г. по делу № Ф09-5423/06-С6.

<sup>155</sup> См. Постановление ФАС ЗСО от 26 января 2006 г. № Ф04-9972/2005(19029-А81-28).

<sup>156</sup> Постановление ФАС МО от 19 ноября 2007 № КГ-А40/11699-07 по делу № А40-20227/07-28-146.

К сожалению, российская судебная практика в этом вопросе не всегда следует по пути, проложенному западными судами. Так, ЗАО «Урал Энерго Газ» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с иском к обществу с ограниченной ответственностью «АББ Электроинжиниринг» о взыскании задолженности. ООО «АББ Электроинжиниринг» представило объяснения по делу, указав на то, что согласно п. 8.2 договора все споры, которые могут возникнуть из договора или в связи с ним, «подлежат рассмотрению в третейском суде г. Москвы, в соответствии с правилами UNCITRAL, действовавшими на момент рассмотрения спора. Право назначения арбитров принадлежит Президенту Международной торговой палаты г. Парижа». Поэтому ответчик просил оставить иск без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК.

Российские судьи в удовлетворении заявления ответчика отказали по следующей причине:

«Оценивая третейскую оговорку исходя из позиции сторон договора относительно нее, определяя содержание и форму арбитражного соглашения, данного в ст. 7 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», арбитражный суд апелляционной инстанции пришел к выводу о неисполнимости третейской оговорки.

Такое постоянно действующее арбитражное учреждение как «третейский суд г. Москвы» не создано.

По этой причине волеизъявление сторон на разрешение в нем возникшего спора нельзя признать имеющим место.

Что касается наличия договоренности сторон в спорной арбитражной оговорке (п. 8.2 договора) относительно рассмотрения спора в специально созданном для этого третейском суде (ad hoc) апелляционный суд правомерно исходил из неопределенности формулировки п. 8.2 договора в части рассмотрения споров в соответствии с правилами UNCITRAL, действующими на момент рассмотрения спора.

Приведенная редакция п. 8.2 договора не позволяет сделать однозначный вывод о том, что стороны имели в виду именно Арбитражный регламент UNCITRAL, поскольку ст. 1 указанного регламента предусмотрено использование арбитражной оговорки со ссылкой на данный документ или регламент»<sup>157</sup>.

<sup>157</sup> Постановление ФАС МО от 21 сентября 2009 г. № КГ-А40/9109-09.

Нет сомнения в том, что в данном деле была допущена судебная ошибка: ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ была достаточно четкой, а этот регламент предполагает рассмотрение спора третейским судом *ad hoc*, т.е. создаваемым специально для разрешения конкретного дела, несмотря на закрепление полномочий по назначению арбитров за должностным лицом какого-либо институционального арбитража (см. об этом подробнее в § 2.11). Если бы в договоре (вернее – в его русском тексте) содержалась бы точная формулировка арбитражной оговорки, рекомендованная ЮНСИТРАЛ, а не ее корявый перевод, скорее всего проблемы бы не возникло.

Но чаще всего в последнее время применения российскими государственными арбитражными судами п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК не встречает затруднений. Примером может послужить дело, в котором конкурсный управляющий общества с ограниченной ответственностью «Некст» обратился в арбитражный суд с иском о взыскании задолженности. От ответчика в государственный арбитражный суд поступило заявление об оставлении иска конкурсного управляющего ООО «Некст» без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, поскольку в договоре имеется соглашение сторон о рассмотрении данного спора третейским судом – МКАС при ТПП РФ. На это истец возразил, что исковое заявление конкурсного управляющего, направленное в МКАС при ТПП РФ, было возвращено для переоформления, так как было подано без соблюдения требований, предусмотренных Регламентом Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, в том числе без уплаты регистрационного сбора, ходатайство об отсрочке его уплаты Секретариатом МКАС при ТПП РФ принято не было.

По мнению ООО «Некст», в сложившейся ситуации обращение в третейский суд не может быть осуществлено из-за отсутствия денежных средств на уплату арбитражного сбора, и поэтому арбитражное соглашение стало неисполнимым.

Судьи ФАС МО с логикой истца не согласились по следующим причинам:

«Возвращение из МКАС при ТПП РФ искового заявления ООО «Некст» для переоформления не препятствует повторному обращению в третейский суд и не подтверждает, что третейское соглашение утратило силу или не может быть исполнено»<sup>158</sup>.

---

<sup>158</sup> Постановление ФАС МО от 30 июня 2009 г. № КГ-А41/4401-09.

Иск был оставлен государственным арбитражным судом без рассмотрения. В качестве другого примера может послужить Постановление ФАС МО от 5 июля 2010 г. № КГ-А40/6408-10 по иску фирмы «Глатт Инжениртехник ГмбХ» к ООО «ИНТРА-БАУ М», рассмотренное в § 2.3.

Контрольные вопросы к § 2.8.

1. Влечет ли за собой недействительность или ничтожность договора, в который была включена арбитражная оговорка, недействительность такой оговорки?
2. Какова специфика заключения арбитражного соглашения, предусматривающего рассмотрение споров, вытекающих из договора, одной из сторон которого является физическое лицо?
3. В каких случаях можно говорить об утрате силы арбитражным соглашением?
4. В каких случаях можно говорить о неисполнимости арбитражного соглашения?

*§ 2.9. Соотношение вопросов о действительности арбитражного соглашения и об арбитрабельности предмета спора*

Термин «арбитрабельность», хотя и не содержится непосредственно в тексте Конвенции или какого-либо иного правового акта, получил широкое распространение в научной и практической литературе. **Предмет спора признается арбитрабельным, если этот спор может быть рассмотрен и разрешен по его существу третейским судом или международным коммерческим арбитражем.** Подробнее о происхождении этого термина и том, какие споры являются арбитрабельными, см. далее в § 2.10, пока же остановимся на решении вопроса о том, как соотносятся между собой понятия действительности арбитражного соглашения и арбитрабельности предмета спора.

В п. 1 ст. II Конвенции указано, что в понятие «арбитражное соглашение» входит соглашение о рассмотрении такого спора, «объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства». Как следствие, государственный суд, в который обратилась сторона спора, в отношении разрешения которого существует арбитражное соглашение, должен установить, что предмет спора является арбитрабельным – если это не так, то государственный суд не обязан направлять стороны в арбитраж в рамках Нью-

Йоркской конвенции, даже если его об этом попросят участники процесса, и может рассмотреть этот спор по существу.

В ст. 8 Закона о МКА (регулирующей направление спора из российского государственного суда в международный коммерческий арбитраж) вопрос об арбитрабельности не затрагивается. Не упоминают об арбитрабельности и п. 5 и 6 ч. 1 ст. 148 АПК. Означает ли это, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ и принятое в его развитие национальное законодательство (в том числе российское) отходят от подхода к этому вопросу, закрепленному в Нью-Йоркской конвенции?

При подготовке Типового закона (не забудем, что он принят спустя 27 лет после принятия Конвенции) было решено, что на этапе направления сторон в арбитраж государственный суд не должен углубляться в исследование предмета спора, а должен лишь проверить наличие арбитражного соглашения. Поэтому ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ вопроса об арбитрабельности предмета спора не касается. Но не следует думать, что при разработке этого закона забыли о том, что не все споры могут быть арбитрабельными. Дело в том, что проблема арбитрабельности спора затрагивается в Конвенции еще раз – в подп. «а» п. 2 ст. V, согласно которому в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если суд страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение решения, найдет, что «объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны». Аналогичные нормы мы находим в ст. 34 и 36 Типового закона (и Закона о МКА, ссылки на которые содержатся в Главах 30 и 31 АПК, регулирующих оспаривание и приведение в исполнение международных арбитражных решений в России).

Таким образом, в случае подачи иска в государственный арбитражный суд Закон о МКА и АПК формально *не требуют* установления арбитрабельности предмета спора при направлении сторон в международный арбитраж, чье решение будет вынесено *на территории России* (например, МКАС при ТПП РФ). При этом при направлении сторон в арбитраж государственный суд исследует вопрос о наличии арбитражного соглашения и его валидности, но Нью-Йоркская конвенция в этом случае применяться не должна, так как речь не идет об иностранном арбитражном решении или иностранном арбитраже.

Если же речь идет о направлении сторон в *зарубежный* коммерческий арбитраж, то в соответствии с п. 1 ст. II Конвенции российский государственный арбитражный суд вопрос об арбитрабельности предмета спора исследовать может. Эта норма Нью-Йоркской конвенции была дополнена п. 3 ст. VI Европейской конвенции.

Если Европейская конвенция применима к спору, охваченному арбитражным соглашением, на которое ссылается сторона процесса, ходатайствующая о направлении спора в международный арбитраж, то государственный арбитражный суд может в соответствии с п. 3 ст. VI Европейской конвенции в удовлетворении такого ходатайства отказать, если посчитает, что в данном споре проблемы арбитрабельности являются «достаточно существенными основаниями», препятствующими возможности разрешения спора международным арбитражем.

Если же Европейская конвенция (исходя из domicilia сторон дела и характера их отношений) к спору неприменима, то при решении вопроса о направлении дела в иностранный арбитраж российский государственный арбитражный суд должен руководствоваться нормами ст. II Нью-Йоркской конвенции, которая явным образом разделяет вопросы валидности арбитражного соглашения и арбитрабельности предмета спора.

Как мы видим, анализ законодательства указывает на то, что вопросы о действительности арбитражного соглашения и об арбитрабельности предмета спора – это *два разных вопроса*, и они не всегда должны ставиться (и исследоваться) в рамках одного процесса. Первоначальный подход Нью-Йоркской конвенции был на этапе разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ пересмотрен в сторону ограничения судебного вмешательства при решении вопроса о направлении спора в арбитраж из государственного суда.

Но и это еще не все. Дело в том, что, как это было разъяснено выше в § 2.7, арбитражное соглашение подчинено (как правило) закону места проведения арбитража (*lex arbitri*), об этом убедительно свидетельствуют нормы подп. а) п. 1 ст. V Конвенции. Но вопрос о том, каким законом регулируется арбитрабельность предмета спора, на порядок сложнее.

Согласно норме подп. «а» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции, суд отказывает в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, если «объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства *по законам этой страны* [выделено мною. – Б.К.]». Таким образом, в отличие от гибкой коллизионной привязки, предусмотренной подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции, позволяющей сторонам произвольно избирать *lex arbitri*, регулирующий валидность арбитражного соглашения, подп. «а» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции содержит жесткую коллизионную привязку, согласно которой при решении вопроса о признании и приведении в исполнение

иностранный арбитражный решения вопрос об арбитрабельности предмета спора всегда подчинен *lex fori* (национальному закону страны суда) и не зависит от *lex arbitri*, которому была подчинена арбитражная оговорка.

Основанные на подп. «а» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции нормы ст. 34 и 36 Закона о МКА также предписывают государственному арбитражному суду отменять арбитражное решение (если речь идет о его оспаривании в рамках ст. 34) или отказывать в его приведении в исполнение (если применяется ст. 36), если «объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации». Об этом пойдет речь подробнее в § 5.7 далее, но отметим, что это *иное* основание для отмены или отказа в приведении в исполнение решения международного арбитража, нежели недействительность арбитражного соглашения (см. § 5.3 далее).

Вопрос о том, какие споры по российским и зарубежным законам могут считаться арбитрабельными, также будет рассмотрен в § 2.10, пока же повторим, что ответ на этот вопрос не совпадает с ответом на вопрос о том, какому закону подчинено арбитражное соглашение<sup>159</sup>. Если арбитражное соглашение недействительно, то вопрос об арбитрабельности предмета спора вообще не будет ставиться и спор будет рассмотрен в государственном суде. Если же арбитражное соглашение действительно, то решение вопроса об арбитрабельности предмета спора на этапе оспаривания и приведения в исполнение арбитражного решения будет подчиняться закону той страны, чей суд рассматривает соответствующее дело, и, как следствие, на этот вопрос могут даваться различные ответы в разных странах. Более того, если арбитражное решение будет исполнено добровольно, без обращения в государственный суд, то вопрос об арбитрабельности вообще ставиться не будет.

К сожалению, на практике суды и арбитры не всегда разграничивают вопросы об арбитрабельности предмета спора и о действительности арбитражного соглашения. Например, ФАС СЗО и судьи ВАС РФ посчитали арбитражную оговорку неисполнимой, недопустимо смешав вопросы валидности арбитражного соглашения и арбитрабельности предмета спора при рассмотрении исков ООО «РН-Архангельскнефтепродукт» и ОАО

---

<sup>159</sup> Об этом подробнее 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. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. С. 120; *Mistelis L.* Arbitrability – international and comparative perspectives; *Brekoulakis S.* On Arbitrability: Persisting misconceptions and new areas of concerns // *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* Kluwer Law International 2009; *Кораблева Е.А.* Соотношение действительности арбитражного соглашения и арбитрабельности предмета спора // Вестник международного коммерческого арбитража, 2011. № 1. С. 72.

«Роснефть» к ООО «Нефтяной терминал "Белокаменка"». Ответчик просил оставить иски о взыскании неосновательного обогащения без рассмотрения в соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК в связи с тем, что между сторонами имелись арбитражные соглашения, предусматривавшие разрешение споров в Арбитражном институте ТПС в Стокгольме. Российские суды в удовлетворении таких ходатайств отказали, указав следующее:

«Настоящий спор имеет гражданско-правовой характер, однако предметом настоящего спора является взыскание неосновательного обогащения, возникшего, вследствие неправильного, по мнению истца, применения ответчиком ставки налога на добавленную стоимость.

То есть по существу, суд при рассмотрении спора должен оценить правильность применения российской компанией национального налогового законодательства.

<...>

В соответствии со статьей V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в признании и приведении в исполнение такого решения может быть отказано, если государственный суд найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства. Аналогичное основание закреплено в статье 36 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

Указанное позволяет сделать вывод о неисполнимости применительно к данному спору третейской оговорки, содержащейся в пункте 25.2 Контракта<sup>160</sup>».

Из приведенной цитаты очевидно, что российские судьи произвольно (и ошибочно) связали воедино вопросы о действительности арбитражного соглашения и об арбитрабельности предмета спора. Добавим также, что, по мнению автора, и вывод о неарбитрабельности предмета спора в этих делах тоже был ошибочным, так как необходимость принятия во внимание норм административного (налогового) права не свидетельствует о неарбитрабельности спора о взыскании неосновательного обогащения (но об этом см. подробнее в § 2.10 далее).

В качестве другого «негативного» примера, когда вопрос об арбитрабельности предмета спора был ошибочно признан тождественным вопросу о действительности арбитражного соглашения, можно привести следующий описанный в литературе

---

<sup>160</sup> Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 30 октября 2009 г. по делу Арбитражного суда Мурманской области № А42-6966/2008; Постановление Федерального арбитражного Северо-Западного округа от 4 декабря 2009 г. по делу № А42-6967/2008.

случай<sup>161</sup>. В Стокгольме рассматривался договор между канадской и российской компаниями, подчиненный российскому материальному праву. Ответчик утверждал, что по этому праву спор неарбитрабилен, и убедил в этом двух из трех арбитров. Большинством голосов состав арбитража вынес постановление об отсутствии у него компетенции по рассмотрению спора, ссылаясь именно на его неарбитрабельность по российскому праву. Это постановление арбитров было отменено решениями шведских судов, которые разъяснили, что арбитражная оговорка, предусматривающая Стокгольм в качестве места проведения арбитражного разбирательства, должна считаться подчиненной шведскому процессуальному праву (а не праву России, которое регулировало материальные обязательства сторон по сделке), и поскольку в шведском праве нет никаких ограничений на рассмотрение в арбитраже споров такого типа, арбитражная оговорка действительна и арбитраж должен рассмотреть спор по существу.

Таким образом, в этом деле стремление арбитров вынести исполнимое арбитражное решение обернулось нарушением *lex arbitri*, что послужило основанием для отмены вынесенного ими постановления. Дело было передано в арбитраж для нового рассмотрения.

#### Контрольные вопросы к § 2.9.

1. Каким правом следует руководствоваться при решении вопроса об арбитрабельности предмета спора?

#### § 2.10. Арбитрабельность предмета спора

Термин «арбитрабельность» представляет собой транслитерацию английского термина *arbitrability*. Этот термин используется для обозначения споров, которые могут быть рассмотрены по существу и разрешены третейскими судами, в том числе международными коммерческими арбитражами. В российский правовой оборот термин был введен профессором С.Н. Лебедевым<sup>162</sup>, причем именно в такой транскрипции, хотя потом некоторые авторы стали писать «арбитрабельность». Так как слово это нерусское,

---

<sup>161</sup> См.: Хертицфельд Дж. Место проведения арбитражного разбирательства и выбор применимого права // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2007. С. 470.

<sup>162</sup> Лебедев С.Н. Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. М., 1979.

вряд ли это ошибка, но автор придерживается транскрипции, введенной проф. Лебедевым, более соответствующей английскому первоисточнику.

В силу ст. 11 ГК РФ и п. 2 ст. 1 Закона о третейских судах в третейский суд по соглашению сторон третейского разбирательства может передаваться *любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом*. Необходимость закрепления *в законе* прямого запрета на рассмотрение определенных споров в международном арбитраже отражена также в п. 4 ст. 1 Закона о МКА:

«Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе».

Если же такого запрета другим законом не предусмотрено, то в соответствии с нормой п. 2 ст. 1 Закона о МКА:

«В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также

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

Аналогичный подход закреплен также и в ч. 6 ст. 4 АПК РФ:

«По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом».

В настоящее время в Российской Федерации в сфере частного права существует лишь один федеральный закон, содержащий норму о неарбитрабельности регулируемых

им споров, – это Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», согласно п. 3 ст. 33 этого закона четко и недвусмысленно установлено, что «Дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд». Такое изъятие споров о банкротстве из компетенции третейских судов вполне соответствует мировой практике и перечисленным выше нормам российского законодательства, требующим, чтобы изъятие спора из компетенции третейских судов было *основано на прямом запрете, установленном в федеральном законе*<sup>163</sup>.

Тем не менее и в случае с банкротством вопрос об арбитрабельности спора не имеет простого ответа. Все зависит от того, в какой момент проведения процедуры несостоятельности было предъявлено в международный арбитраж то или иное требование и когда этот арбитраж вынес свое решение. Если на момент возбуждения дела о банкротстве решение международного арбитража *уже* вынесено, то выданный на его исполнение исполнительный лист может фигурировать в деле о банкротстве наряду с другими исполнительными документами, подтверждающими несостоятельность должника. Если же на момент начала процедуры банкротства в государственном суде *иск в международный арбитраж уже предъявлен, но решение еще не вынесено*, то международный арбитраж вправе продолжить рассмотрение спора и вынести свое решение. Такой подход подтверждается практикой МКАС при ТПП РФ<sup>164</sup>.

Однако при этом в литературе справедливо указывается на то, что арбитражное решение должно быть вынесено в таком случае на стадии проведения в отношении должника процедуры наблюдения, *до открытия процедуры конкурсного производства*<sup>165</sup>. Это связано с тем, что на основании ст. 126 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» с этого момента все требования к должнику могут рассматриваться только в рамках этой процедуры, т.е. в государственном арбитражном суде. В этой ситуации иск, находящийся на рассмотрении в международном арбитраже, оставляется без

---

<sup>163</sup> См.: Маковский А.Л., Карабельников Б.Р. Арбитрабельность споров: российский подход // Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevič Boguslavskij, A. Trunk, R. Knieper, A. Svetlanov (Hrsg.), BWV, 2004, p. 275–285; 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.: Статут, 2008. С. 300.

<sup>164</sup> См. Решения МКАС при ТПП РФ от 24 января 2000 г. по делу № 417/1998, от 17 сентября 2002 г. по делу № 38/2002 и от 11 ноября 2002 г. по делу № 52/2002.

<sup>165</sup> См.: Трушников С.С. Взаимодействие институтов несостоятельности и коммерческого арбитража в законодательстве и судебной практике различных государств (окончание) // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 3. С. 89.

рассмотрения<sup>166</sup>. Более того, есть смысл поступать так же и в случае, если до вынесения арбитражного решения в отношении должника уже начата процедура финансового оздоровления или внешнего управления.

Совершенно бесполезным окажется обращение в международный арбитраж с иском против российской компании *после того*, как должник признан банкротом на основании решения государственного арбитражного суда. Даже если арбитраж и вынесет против него свое решение, такое решение не будет исполнено в России<sup>167</sup>.

В итоге следует констатировать, что за исключением описанного выше случая с банкротством, все споры, относящиеся к сфере частного права, согласно российскому законодательству относятся к категории арбитрабельных. Это соответствует подходам, сформировавшимся в современном законодательстве стран Запада.

Особый интерес в последнее время вызывает *вопрос об арбитрабельности корпоративных споров*, касающихся деятельности российских компаний. Это связано с тем, что в большом количестве российских компаний между их мажоритарными акционерами заключаются так называемые соглашения акционеров, регулирующие порядок взаимодействия между ними в процессе управления компанией. Российское корпоративное законодательство мало подходит для решения этих проблем, так как даже несмотря на введение Федеральным законом от 3 июня 2009 г. № 115-ФЗ в Федеральный закон «Об акционерных обществах» ст. 32.1 об акционерных соглашениях, эта статья не содержит дозволения на закрепление в акционерном соглашении отказа участвующего в нем акционера от использования корпоративных прав, предусмотренных п. 1 ст. 53 этого закона:

«1. Акционеры (акционер), являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2 процентов голосующих акций общества, вправе внести вопросы в повестку дня годового общего собрания акционеров и выдвинуть кандидатов в совет директоров (наблюдательный совет) общества, коллегиальный исполнительный орган, ревизионную комиссию (ревизоры) и счетную комиссию общества, число которых не может превышать количественный состав соответствующего органа, а также кандидата на должность единоличного исполнительного органа. Такие предложения

---

<sup>166</sup> См. решения МКАС при ТПП РФ от 17 июля 2003 г. по делу № 186/2002 и от 28 сентября 2004 г. по делу № 142/2003.

<sup>167</sup> См.: Постановление ФАС ДВО от 4 декабря 2001 г. по делу № Ф03-А51/01-1/2425-а, Постановление ФАС МО от 1 ноября 2004 г. по делу № КГ-А40/9998-04.

должны поступить в общество не позднее чем через 30 дней после окончания финансового года, если уставом общества не установлен более поздний срок».

При этом именно отказ от использования перечисленных выше прав (за плату или в связи предоставлением другого встречного удовлетворения) или использование таких прав по согласованию с другим участником акционерного соглашения представляют собой основу абсолютного большинства акционерных соглашений. Зато такой отказ от принадлежащего акционеру права (или ограничение в использовании такого права) вполне допустимы по английскому, шведскому или американскому праву, и поэтому почти все акционерные соглашения, касающиеся деятельности российских компаний, оказываются подчиненными иностранному праву. Так как их пишут иностранные юристы, то они, естественно, включают в такие соглашения арбитражные оговорки, предусматривающие рассмотрение споров в иностранных арбитражах. В прессе сообщалось о рассмотрении зарубежными арбитражами соглашений акционеров «Вымпелкома», «Норильского никеля», «ТНК-ВР» и ряда других ведущих российских компаний.

Автор участвовал в рассмотрении ряда таких споров, но не может раскрывать существо арбитражных решений, принятых по ним – все эти решения не опубликованы, не оспорены в государственных судах и исполнены добровольно, а потому остаются конфиденциальными. Тем не менее вопрос об арбитрабельности таких споров стал объектом исследований многих российских правоведов.

Действующее законодательство (ни ст. 32.1 Закона «Об акционерных обществах», ни какой-либо другой источник российского корпоративного права) не содержит прямого запрета на рассмотрение корпоративных споров третейским судом. Как пишет проф. А.С. Комаров, «в настоящее время в Российской Федерации ни специальное, ни общее законодательство, регулирующее порядок создания и деятельности хозяйственных организаций корпоративного типа, а также процессуальное законодательство, применяемое при разрешении споров с участием этих субъектов права, не содержат прямых запретов на применение третейского суда при разрешении споров, связанных с их деятельностью»<sup>168</sup>. *Так как корпоративные отношения в целом и акционерные соглашения*

---

<sup>168</sup> См.: Комаров А.С. Некоторые замечания по поводу третейского разбирательства корпоративных споров // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора А.Л. Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 550.

в частности, несомненно, относятся к числу гражданско-правовых<sup>169</sup>, следует считать их арбитрабельными<sup>170</sup>. Об этом же свидетельствует и то, что в Распоряжении Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 2043-р «Об утверждении Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года» содержится следующая рекомендация: «необходимо оказать поддержку внесудебным формам разрешения корпоративных и иных конфликтов, стимулировать передачу споров в третейские суды». Вряд ли бы Правительство рекомендовало развивать разрешение корпоративных конфликтов в третейских судах, если бы эта категория споров была неарбитрабельна.

Тем не менее на практике этот вопрос вызывает затруднения у судей государственных арбитражных судов. 28 июня 2011 г. Арбитражный суд г. Москвы отменил решение МКАС при ТПП РФ, которым ответчик обязывался уплатить некую сумму денег за акции российского акционерного общества<sup>171</sup>. 26 сентября 2011 г. ФАС МО оставил это Определение в силе, в передаче этого дела в Президиум ВАС РФ было отказано. Арбитражный суд г. Москвы постановил, что решение МКАС при ТПП РФ было вынесено по неарбитрабельному спору в связи с тем, что он относится к специальной подведомственности государственных арбитражных судов. По нашему мнению, это неверно.

Пункт 2 ч. 1 ст. 33 АПК о специальной подведомственности корпоративных споров, на который сослался Арбитражный суд г. Москвы в этом своем Определении, входит в Главу 4 АПК, озаглавленную «Компетенция арбитражных судов». Длительное время государственные арбитражные суды полагали, что нормы АПК о компетенции ограничивают арбитрабельность споров (т.е. считали, что отнесение спора к исключительной компетенции или специальной подведомственности государственного арбитражного суда означает, что спор не может быть на основании соглашения сторон передан на рассмотрение международного коммерческого арбитража).

<sup>169</sup> См.: *Березин А.А.* К вопросу об арбитрабельности корпоративных споров по законодательству Российской Федерации // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2011. № 1. С. 95.

<sup>170</sup> Законом Украины от 5 марта 2009 г. «О внесении изменений в законодательные акты о деятельности третейских судов и исполнении решений третейских судов» споры из корпоративных правоотношений запрещено передавать на рассмотрение внутренних третейских судов. Думается, что это ошибка украинского законодателя. Как и в России, большинство акционеров ведущих украинских компаний представляют собой иностранные (неукраинские) юридические лица, и потому запрет, установленный украинским законом, на них не распространяется, если они заключают между собой сделку (соглашение акционеров) также подчиненную неукраинскому праву. Даже если арбитражное решение по акционерному соглашению невозможно будет исполнить на Украине, оно все равно останется исполнимым по месту регистрации его участников.

<sup>171</sup> Определение по делу № А40-35844/11-69-311 (*НЛМК против Максимова*).

Однако Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. № 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» убедительно разъяснило ошибочность такого подхода, о чем речь пойдет ниже в настоящем параграфе при анализе практики по спорам, связанным с недвижимым имуществом.

Конституционный Суд разъяснил, что нормы АПК о компетенции государственных арбитражных судов (в том числе и исключительной) не могут быть использованы в качестве норм, ограничивающих компетенцию международных коммерческих арбитражей. Так как норма пункта 2 ч. 1 ст. 33 АПК о специальной (т.е. исключительной) *подведомственности* споров относится именно к главе о *компетенции* государственных арбитражных судов, она не может рассматриваться в качестве нормы закона, закрепляющей неарбитрабельность каких-либо споров. Как это будет показано ниже, Конституционный Суд Российской Федерации подверг суровой критике практику, сформированную ВАС РФ, в соответствии с которой споры, закрепленные в исключительной компетенции государственных арбитражных судов, рассматривались в качестве неарбитрабельных на основании применения норм АПК.

В практике государственных арбитражных судов ранее уже изучался вопрос об отмене решения международного коммерческого арбитража, вынесенного по спору, охваченному нормой п. 2 ч. 1 ст. 33 АПК о специальной *подведомственности* споров. Постановлением ФАС Северо-Западного округа от 16 февраля 2011 г. по делу № А56-79407/2009 было отменено решение международного арбитража, вынесенное в России, которым был разрешен спор о передаче права собственности на акции, но причиной его отмены был не вывод о неарбитрабельности предмета спора (а вопрос об этом в соответствии с подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона о МКА государственный суд, рассматривающий заявление об отмене решения международного арбитража, должен изучить по собственной инициативе, даже если он не затрагивался сторонами, см. об этом § 5.6 далее), а вывод об отсутствии между сторонами по делу арбитражного соглашения:

«Суд удовлетворил требование об отмене решения третейского суда, которым на заявителя возложена обязанность передать в собственность гражданина акции

акционерной компании, указав, что между сторонами отсутствовало арбитражное соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда, поскольку гарантийное обязательство в соответствии со ст. 7 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" не может быть признано таким соглашением».

Так что обычные корпоративные споры, вытекающие из привычных для российских компаний акционерных соглашений, вполне арбитрабельны по российскому праву, хотя Арбитражный суд г. Москвы и ФАС МО в 2011 г. с этим мнением не были согласны<sup>172</sup>. Сложнее обстоит дело в случае, если корпоративный спор не вытекает из соглашения акционеров, и касается повседневного управления делами компании, основанного на ее внутренних документах и уставе. Такие споры также вполне арбитрабельны, проблема состоит только в том, как обеспечить присоединение *всех* акционеров к арбитражному соглашению. Если ее удастся разрешить, то арбитражное решение по такому корпоративному спору будет обязательным для каждого из них, что, например, следует из решения Высшего федерального суда Германии (BGH) от 6 апреля 2009 г.<sup>173</sup>

В 2009 г. потерпела неудачу попытка оспорить арбитражную оговорку со ссылкой на ст. 38 АПК *об исключительной подсудности*. Суд кассационной инстанции (поддержанный тройкой судей ВАС РФ) разъяснил, что

«правила общей территориальной подсудности, альтернативной, договорной и исключительной подсудности сформулированы в статьях 35, 36, 37, 38 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Следовательно, вопрос о том, какой именно арбитражный суд должен рассматривать спор, вытекающий из спорного договора, подлежал разрешению только в случае рассмотрения спора [государственным. – *Б.К.*] арбитражным судом.

Однако основной вопрос, подлежащий разрешению в рамках настоящего дела, состоит в установлении компетенции арбитражных судов по оценке действительности арбитражной оговорки.

---

<sup>172</sup> Отметим при этом, что по состоянию на середину 2013 г. этот вопрос не может считаться окончательно разрешенным в российской судебной практике. Дело об отмене решения МКАС при ТПП РФ, о котором шла речь выше, не было передано в надзорную инстанцию, и, следовательно, Президиум ВАС РФ свою позицию по данному вопросу не сформировал. 6 декабря 2011 г. ФАС МО своим Постановлением по делу № А40-26424/11-83-201 отправил на новое рассмотрение в суд первой инстанции вопрос о том, может ли быть оставлен без рассмотрения со ссылкой на арбитражную оговорку иск по делу, связанному со спором между акционерами российской компании. Вступившего в законную силу судебного акта по этому делу на момент публикации второго издания настоящего учебника пока не принято.

<sup>173</sup> См. подробнее: *Dr. Jan Kraayvanger and Dr. Mark C. Hilgard. Arbitrability of Shareholders' Disputes under German Law.* <<http://www.mayerbrown.com/internationalarbitration/article.asp?id=8406&nid=235>>.

Разрешая данный вопрос, необходимо принять во внимание, что обращение с заявлением об оспаривании компетенции третейского суда возможно только в порядке, установленном статьей 235 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»<sup>174</sup>.

Нет сомнения в том, что в силу принципа «компетенции компетенции» (см. § 2.3 выше) именно третейский суд имеет право первым высказаться по вопросу о своей компетенции (в случае, если одна из сторон с ней не согласна), но было бы лучше, если бы государственные арбитражные суды более четко разъяснили, что норма ст. 38 АПК касается лишь распределения полномочий в рамках системы государственных арбитражных судов и не касается вопроса об арбитрабельности предмета спора. Но и в таком виде указанные судебные акты по этому делу никак нельзя считать ошибочными. Попытка оспорить валидность арбитражного соглашения со ссылкой на норму АПК об исключительной подсудности споров в рамках системы государственных арбитражных судов потерпела крах. Нормы АПК об исключительной подсудности (равно как и нормы того же кодекса о специальной подведомственности) вопроса об арбитрабельности споров не регулируют, а касаются лишь распределения компетенции между различными государственными судами Российской Федерации<sup>175</sup>.

Уже после публикации первого издания настоящего учебника, указывавшего на недопустимость решения вопроса об арбитрабельности корпоративных споров на основании норм АПК об исключительной подсудности и специальной подведомственности, в печати появилось немало статей, чьи авторы разделяют сформулированную в учебнике позицию<sup>176</sup>. К сожалению, как это нередко бывает в России, судебная практика пока не обращает на эти публикации никакого внимания.

Более того, Конституционный Суд Российской Федерации, решительно поддержавший в своем Постановлении № 10-П третейские суды в споре об арбитрабельности споров о недвижимости в 2011 году, в 2012 году отказался рассмотреть просьбу о распространении сформулированных в Постановлении № 10-П подходов на

---

<sup>174</sup> Определение ВАС РФ от 1 апреля 2009 г. № ВАС-3040/09 по делу № А56-16057/2008 и Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17 февраля 2009 г. по делу № А56-16057/2008.

<sup>175</sup> Подробнее о ситуации в российских судах см.: *Карабельников Б.Р.* Конституционный Суд объяснил, что такое арбитрабельность и публичный порядок. Но арбитражные суды этого пока не услышали//Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 2. С. 249.

<sup>176</sup> *Балеевских Л.С.* Арбитрабельность корпоративных споров: конституционно-правовой аспект. //Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 10; *Асосков А.В.* Допустимость разрешения корпоративных споров в международном арбитраже/Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 80-летию МКАС при ТПП РФ под ред А.А. Костина, М.:Статут, 2012, С. 6.

корпоративные споры (Определения КС РФ от 21 декабря 2011 г. № 1804-О-О и от 17 июля 2012 г. № 1488-О). Таким образом, было бы преждевременным утверждать, что вопрос этот в России уже нашел свое окончательное разрешение<sup>177</sup>. Не в последнюю очередь по этой причине российские корпоративные споры как правило рассматриваются в зарубежных арбитражных институтах.

В большинстве европейских стран вообще закреплен весьма либеральный подход законодательства и судебной практики к вопросу об арбитрабельности. Так, например, согласно § 582(1) ГПК Австрии в редакции 2006 г. любое имущественное требование, которое подлежит рассмотрению в государственных судах, может быть предметом арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение в отношении неимущественных требований действительно постольку, поскольку стороны способны заключить мировое соглашение в отношении предмета спора.

Еще более либеральный подход закреплен в ст. 1 Закона Швеции «Об арбитраже» 1999 г., согласно которому

«Споры, касающиеся вопросов, которые стороны вправе урегулировать между собой мировым соглашением, могут на основании соглашения быть переданы на разрешение одному или нескольким арбитрам. Такое соглашение может относиться к будущим спорам о правоотношении, указанном в соглашении. Спор может касаться существования определенного обстоятельства».

Согласно ст. 177(1) Закона Швейцарии «О международном частном праве»,

«Предметом арбитражного разбирательства может быть любой спор имущественного характера».

Тем не менее вопрос об арбитрабельности предмета спора может быть достаточно сложен, если спор касается отношений, которые нельзя однозначно квалифицировать в качестве гражданско-правовых. Далеко не все споры, регулируемые российскими законами, могут быть разрешены в рамках сугубо гражданско-правовых норм. Многие из них должны разрешаться с учетом положений так называемых «комплексных» законодательных актов, содержащих правила как частного, так и административного права. Вот примеры некоторых из таких «комплексных» законодательных актов, содержащих специальные указания на то, что регулируемые ими отношения являются арбитрабельными.

---

<sup>177</sup> О других аспектах дела *НЛМК против Максимова* см., напр., *Берсенева Т.* Адвокаты размышляют над бойкотом МКАС при ТПП РФ//[pravo.ru/news/view/83762/](http://pravo.ru/news/view/83762/); *Муранов А.И.* Десять причин, почему Генри Резник неправ//[pravo.ru/review/face/view/83847/](http://pravo.ru/review/face/view/83847/).

Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ (в редакции от 30 декабря 2008 г.) «О соглашениях о разделе продукции» предусматривает:

«Статья 22. Разрешение споров

Споры между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, разрешаются в соответствии с условиями соглашения в суде, в арбитражном суде или в третейском суде (в том числе в международных арбитражных институтах)».

Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ (в редакции от 29 апреля 2008 г.) «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» указывает:

«Статья 10. Гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации иностранным инвестором.

Спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде)».

Наконец, закон Российской Федерации от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 (в редакции от 30 декабря 2008) «О недрах», устанавливает:

«Статья 50. Порядок разрешения споров

По взаимной договоренности сторон имущественные споры, связанные с использованием недрами, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда».

Все это примеры так называемых комплексных законодательных актов, в предмет регулирования которых входят не столько частно-правовые, сколько административно-правовые отношения. Но данные законы прямо указывают на то, что частно-правовые споры, связанные с применением их норм, являются арбитрабельными. Правда, далеко не все комплексные законодательные акты содержат упоминания о возможности направления вытекающих из их применения споров в третейский суд или международный арбитраж. В отношении споров, основанных на таких актах, в литературе предложен следующий принцип:

*«частно-правовые отношения, имущественные и договорные, вытекающие из сделок, регулируемых законодательными актами комплексного характера, по общему правилу следует считать арбитрабельными, причем независимо от того, упоминает ли*

*какой-либо относящийся к данной отрасли экономики законодательный акт третейские суды или нет»<sup>178</sup>.*

Тем не менее отметим, что споры, вытекающие из большей части правоотношений, регулируемых комплексными правовыми актами, а равно споры из правоотношений, основанных на применении сугубо административно-правовых актов, в России неарбитрабельны. Там, где отношения между сторонами характеризуются властным подчинением, где нет свободы договора, нет и возможности заключать арбитражные соглашения и, как следствие, нет предпосылок для рассмотрения споров в третейских судах. Споры между налоговым органом и налогоплательщиком об уплате налога, между производителем сельскохозяйственной продукции и органом фитосанитарного контроля, между декларантом и таможей и т.п. основаны сугубо на нормах административного права и потому неарбитрабельны. Неарбитрабельны в России и трудовые споры, связанные с применением норм Трудового кодекса.

Особенно остро в России встал вопрос *об арбитрабельности частно-правовых споров, связанных с объектами недвижимости*. Причем поводом к постановке этого вопроса стало не возникновение ситуаций, когда третейские суды пытались бы выйти за рамки своих полномочий и рассматривать неарбитрабельные споры, а настойчивое желание ряда судей Высшего Арбитражного Суда «монополизировать» в рамках государственных арбитражных судов право на рассмотрение всех споров, связанных с недвижимостью, в том числе и сугубо частно-правовых, никак не связанных с административно-правовыми отношениями.

В качестве правовой базы для такого подхода российские государственные арбитражные суды ссылались на норму ст. 248 АПК, согласно которой:

«1. К исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц относятся дела:

<...>

2) по спорам, предметом которых являются недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории Российской Федерации, или права на него».

Попытки трактовать эту норму ст. 248 АПК об установлении исключительной компетенции российских государственных арбитражных судов по определенным категориям дел как запрещающую передачу таких дел на рассмотрение третейских судов

---

<sup>178</sup> См. Маковский А.Л., Карабельников Б.Р. Указ. соч. С. 284.

лишены оснований. На это не раз обращалось внимание в публикациях специалистов<sup>179</sup>. И по своему содержанию, и по своему месту в АПК эта статья не может касаться компетенции третейских судов: ее нормы лишь запрещают заключение пророгационных соглашений о передаче соответствующих споров на рассмотрение иностранных государственных судов. Вопросы о том, какие споры могут передаваться на рассмотрение в третейские суды, эта статья АПК не касается, исключительная компетенция государственного суда по какой-то категории споров не означает, что такие споры неарбитрабельны, – она лишь препятствует заключению пророгационных соглашений, передающих спор на рассмотрение иностранного государственного суда. Приведем аргументы, подтверждающие сформулированный выше тезис.

► 1. Текст ст. 248 АПК нигде не упоминает международные арбитражи и третейские суды. В отличие от Гражданского кодекса, большинство статей которого не делает различия между государственными судами и судами третейскими, АПК проводит четкое разграничение между этими двумя видами органов по рассмотрению споров. Если бы в намерения законодателя входило исключить перечисленные в ст. 248 АПК категории споров не только из компетенции иностранных судов (что явно закреплено в этой статье), но и из компетенции международных арбитражей, это легко могло бы быть сделано. Поэтому *буквальное толкование* ст. 248 АПК никак не позволяет распространить ее нормы на компетенцию международных арбитражей.

► 2. Глава 32 АПК, в которую помещена ст. 248, никак не затрагивает проблемы взаимодействия российских государственных арбитражных судов с международными арбитражами, в ней речь идет только о взаимодействии государственных арбитражных судов с иностранными государственными судами. Поэтому толкование норм ст. 248 АПК как ограничивающих компетенцию международных арбитражей несомненно вступит в противоречие с общим смыслом главы 32 и даже всего раздела V АПК, не касающегося вопросов, детально урегулированных в главах 30 и 31 АПК раздела IV АПК. Такое толкование *будет вступать в коллизию с системой норм* Кодекса. Кстати, в ст. 233 и 239 главы 30 АПК вопрос о том, какие споры не могут быть предметом третейского

---

<sup>179</sup> О толковании ст. 248 АПК РФ 2002 г. см., например: *Комаров А.С.* Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации // *Международный коммерческий арбитраж.* 2004. № 1. С. 16; *Жильцов А.Н.* Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством // *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 1. С. 10; *Нестеренко А.В.* Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации // *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 4. С. 30.

разбирательства, затрагивается, но в них содержится отсылка не к ст. 248 АПК или другим нормам этого Кодекса, а к «федеральным законам».

► 3. АПК РФ вообще *не регулирует порядок рассмотрения споров в третейских судах и их компетенцию*. Эти вопросы решены в специальном законодательстве – Законе о МКА и Законе о третейских судах, а АПК содержит лишь правила, касающиеся приведения в исполнение и оспаривания решений третейских судов, а также направления сторон в третейский суд при наличии соответствующего соглашения сторон.

► 4. Наконец, ошибочность позиции, связывающей вопрос о возможности передачи спора на рассмотрение в третейский суд с нормой об исключительной компетенции российских государственных судов четко выявляется при сопоставлении норм ст. 248 АПК с законами РФ, непосредственно закрепляющими возможность передачи в международный арбитраж споров, касающихся недвижимости в России. Например, процитированные выше законы «О соглашениях о разделе продукции» и «О недрах» в их действующей редакции прямо разрешают рассмотрение частно-правовых споров, связанных с добычей полезных ископаемых, в международном арбитраже. Но недропользование невозможно без пользования недвижимостью, и получается, что явно сформулированные разрешения, предусмотренные указанными законами, вступают в коллизию с якобы включенным в ст. 248 АПК запретом на передачу в арбитраж споров, «предметом которых является недвижимое имущество».

Таким образом, *системный анализ норм АПК со всей очевидностью указывает на ошибочность попыток рассматривать ст. 248 в качестве нормы, содержащей запрет на передачу каких-либо споров на рассмотрение третейских судов*. Ни один из российских законов не допускает возможности установления запрета на рассмотрение определенных категорий споров третейским судом или международным арбитражем *косвенным образом*, путем формирования судебной практики, основанной на норме закона, которая сама по себе такого запрета непосредственно не формулирует. Тем не менее Высший Арбитражный Суд Российской Федерации сформировал практику, в соответствии с которой на основании этой нормы ст. 248 АПК все споры о правах, связанных с недвижимым имуществом, рассматривались как административно-правовые, связанные с публично-правовыми отношениями<sup>180</sup> и, как следствие, не подлежащие

---

<sup>180</sup> Отметим, что судьи Верховного Суда Российской Федерации не разделяли мнения своих коллег из ВАС РФ по вопросу об арбитрабельности споров о недвижимости. См. Ответы на вопросы III квартала 2007 г., утвержденные Постановлением Президиума ВС РФ от 7 ноября 2007 г.: «Если решение третейского суда не

рассмотрению третейскими судами, как внутренними, так и международными<sup>181</sup>. Хотя некоторые решения внутренних третейских судов в этой сфере все-таки были приведены в исполнение, все решения МКАС при ТПП РФ, хотя бы косвенно относившиеся к сфере недвижимости, были отменены.

Так, например, ФАС МО отменил решение МКАС при ТПП РФ от 26 марта 2007 г. по делу № 81/2006, которым арбитраж признал право истца на продолжение договора аренды на четыре года на ранее существовавших условиях путем подписания арендатором и арендодателем соглашения о внесении изменений в договор аренды с последующей передачей его на государственную регистрацию. Судьи посчитали, что такое решение «носит публично-правовой характер; спор о праве аренды недвижимого имущества сроком более одного года не может являться предметом третейского разбирательства, поскольку относится к исключительной компетенции государственных судов». При этом государственные арбитражные суды сослались на то, что согласно ст. 1 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» аренда является обременением права собственности, и на то, что, поручив сторонам зарегистрировать дополнения, вносимые в договор аренды, состав арбитража тем самым вторгся в сферу «административных и иных публичных отношений», которые не могут быть рассмотрены третейским судом<sup>182</sup>.

Другим примером может стать целая серия решений МКАС при ТПП РФ по искам компании «Калинка-Стокманн» (последние по срокам из них – № 22/2007 и № 23/2007), отмена которых арбитражным судом Москвы и ФАС МО подтверждена Постановлениями Президиума ВАС РФ от 19 мая 2009 г. № 17476/08 по делу № А40-30560/08-25-257 и от 19 мая 2009 г. № 17481/08 по делу № А40-28757/08-25-228. Помимо допущенного в этих делах большого набора различных процессуальных нарушений, основным аргументом в пользу отмены было то, что арбитры МКАС якобы рассмотрели неарбитрабельные споры.

---

оспаривается, оно может являться основанием для регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

<sup>181</sup> См. п. 27 и 28 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 96 от 22 декабря 2005 г. «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» и сформированную на его основании судебную практику, например, Определение ВАС РФ от 8 октября 2008 г. № 71/08, Постановление ФАС МО от 27 августа 2007, 3 сентября 2007 № КГ-А40/8370-07 по делу № А40-24091/07-13-229, Постановление ФАС ЗСО от 9 марта 2006 г. по делу № Ф04-786/2006, и ряд других судебных актов.

<sup>182</sup> Постановление ФАС МО от 27 августа 2007, 3 сентября 2007 № КГ-А40/8370-07 по делу № А40-24091/07-13-229.

Однако с 2011 года эту ошибочную практику, основанную на неверном понимании ст. 248 АПК, государственным арбитражным судам пришлось пересмотреть. 26 мая 2011 г. Конституционный Суд Российской Федерации вынес Постановление № 10-П по делу о проверке конституционности положений п.1 ст.11 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 2 с. 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», п. 1 ст. 33 и ст. 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (Постановление № 10-П). Хотя в заголовок этого Постановления не попал Закон о МКА, в ходе этого процесса в Конституционном суде Российской Федерации его нормы об арбитрабельности также были подвергнуты тесту на соответствие Конституции.

Конституционный Суд подверг резкой критике сформированную Высшим Арбитражным Судом практику, в соответствии с которой определенные категории правовых споров определялись как неарбитрабельные в отсутствие четкого запрета на их рассмотрение в третейских судах и международных арбитражах, установленного законом:

«Присущий гражданским правоотношениям принцип диспозитивности, в силу которого граждане (физические лица) 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 (пункт 2 статьи 1 ГК Российской Федерации), распространяется и на процессуальные отношения, связанные с рассмотрением в судах в порядке гражданского судопроизводства споров, возникающих в ходе осуществления физическими и юридическими лицами предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. В гражданском судопроизводстве диспозитивность означает, что процессуальные отношения возникают, изменяются и прекращаются главным образом по инициативе непосредственных участников спорных материальных правоотношений, которые имеют возможность с помощью суда распоряжаться процессуальными правами и спорным материальным правом. <...>

Этим не затрагивается право федерального законодателя в рамках предоставленной ему дискреции в регулировании данного вопроса (пункты «в»,

«о» статьи 71 Конституции Российской Федерации) 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. Такие изменения, однако, не могут осуществляться путем произвольного снижения уже достигнутого уровня гарантированности права участников гражданского оборота на использование для защиты своих прав третейского разбирательства, без учета сложившегося правового регулирования, призванного обеспечивать стабильность и динамизм гражданского оборота и предсказуемость в использовании процессуальных возможностей для его участников».

Если перевести дипломатичный и научный текст Постановления № 10-П на обыденный русский язык, то смысл этого пассажа сводится к тому, что никто не давал Высшему Арбитражному Суду Российской Федерации права самостоятельно, без каких-либо на то полномочий, предоставленных законодателем, сужать сферу компетенции третейских судов. Такую практику государственных арбитражных судов Конституционный Суд назвал *«произвольным снижением уже достигнутого уровня гарантированности права участников гражданского оборота на использование для защиты своих прав третейского разбирательства»*.

Вывод Конституционного Суда состоит в том, что судебная практика, сформированная Высшим Арбитражным Судом, следствием которой стала отмена всех международных арбитражных решений по спорам, связанным с недвижимостью, незаконна, и третейские суды, в том числе и международные, вправе рассматривать споры, связанные с недвижимостью. Об этом, кстати, давно говорили российские ученые<sup>183</sup>.

Далее, Конституционный Суд Российской Федерации разъяснил Высшему Арбитражному Суду содержание ст. 248 АПК, использовавшейся государственными арбитражными судами в качестве нормы, якобы закрепляющей неарбитрабельность споров о недвижимости:

---

<sup>183</sup> См., например: Карабельников Б.Р. Высший Арбитражный Суд РФ поддерживает внутренние третейские суды, но не доверяет международному арбитражу, СПС «КонсультантПлюс», 2006.

«...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.

Равным образом не исключает такую возможность и пункт 2 части 1 статьи 248 АПК Российской Федерации, относящий споры, предметом которых являются недвижимое имущество, если такое имущество находится на территории Российской Федерации, или права на него, к исключительной компетенции арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц.

Названная норма – по ее смыслу в системе других предписаний главы 32 «Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по рассмотрению дел с участием иностранных лиц» АПК Российской Федерации – направлена на разграничение компетенции государственных судов различных стран по рассмотрению трансграничных споров. Ее толкование как устанавливающей исключительную подсудность споров относительно недвижимого имущества арбитражным судам, т.е. исключающей возможность передачи этих споров на рассмотрение третейских судов, не основано на понимании института исключительной подсудности как закрепляющего неизменяемые правила о компетенции внутри системы государственных судов для целей исключения пророгационных соглашений, но не препятствующего сторонам использовать альтернативные юрисдикционные формы при соблюдении общих правил, установленных для них законом».

Отметим, что именно такие доводы уже давно приводили в спорах с Президиумом Высшего Арбитражного Суда специалисты<sup>184</sup>.

Подобные формулировки законодательства об исключительной компетенции государственных судов встречается в некоторых иностранных правовых порядках. Так, аналогичные статье 248 АПК параграфы об исключительной компетенции государственных судов содержатся в ГПК Германии (§ 24, 29а, 29с, 32а, 60б, 621, 640а, 802), однако судебная практика, поддерживаемая в этом вопросе доктриной, толкует правила об исключительной компетенции государственных судов как запрет на

---

<sup>184</sup> О толковании ст. 248 АПК подробнее см., например: *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.:Статут, 2008. С. 313.

рассмотрение некоторых споров в иностранных государственных судах, но не как запрет на передачу таких споров в арбитраж (третейский суд), будь то внутренний или международный. Попытки проф. Т.Н. Нешатаевой сослаться на якобы существующий в законодательстве ФРГ подобный запрет были опровергнуты в литературе<sup>185</sup>.

Из известных право порядков запрет на рассмотрение третейскими судами споров о недвижимости и вытекающих из них прав существует только в Египте<sup>186</sup> (но и там этот вопрос урегулирован без использования правового механизма исключительной компетенции государственных судов) и с недавних пор на Украине<sup>187</sup>. Более ни в одной стране споры о недвижимости как неарбитрабельные не рассматриваются.

Теперь, после принятия 26 мая 2011 г. Конституционным Судом Российской Федерации Постановления № 10-П, вопрос об арбитрабельности частно-правовых споров, связанных с недвижимостью, можно считать исчерпанным: такие споры могут быть предметом рассмотрения международными арбитражами и внутренними третейскими судами. Впоследствии было разъяснено, что решение третейского суда о переходе права собственности на недвижимое имущество подлежит государственной регистрации на основании обращения обеих сторон третейского разбирательства (т.е. в добровольном порядке) или на основании определения государственного суда и приведении в исполнение решения третейского суда (в случае, если такое решение не было исполнено добровольно)<sup>188</sup>.

Опасения, основанные на том, что приведение в исполнение решения третейского суда, связанного с правами на недвижимость, может затронуть права третьих лиц, не участвовавших в третейском разбирательстве и не дававших своего согласия на рассмотрение спора в третейском суде, не имеют под собой правовой базы. Третейский суд (как внутренний, так и международный), рассматривающий спор, основанный на третейской оговорке (арбитражном соглашении) участвующих в деле лиц, не может в своем решении выйти за рамки спора между такими лицами и рассмотреть спор о

---

<sup>185</sup> *Трунк А.* Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву. *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 4. С. 129–130.

<sup>186</sup> Постановление министра юстиции Египта № 8310 2008 года, с учетом изменений, внесенных Постановлением министра юстиции Египта № 6570 2009 г., *al-Waga'e al-Misreya*, Issue 162, 13 July, 2009, p. 3.

<sup>187</sup> Закон Украины от 5 марта 2009 г. «О внесении изменений в законодательные акты о деятельности третейских судов и исполнении решений третейских судов», которым споры о недвижимости изъяты из компетенции внутренних третейских судов Украины.

<sup>188</sup> Письмо Росреестра от 21 мая 2012 г. N 14-3648-ГЕ «О некоторых вопросах государственной регистрации прав на основании решений третейских судов», СПС «КонсультантПлюс»; *Карабельников Б.Р.* Конституционный Суд объяснил, что такое арбитрабельность и публичный порядок. Но арбитражные суды его не услышали//*Вестник международного коммерческого арбитража*, 2011. № 2. С. 249.

недвижимости, принадлежащей третьему лицу, которое своего согласия на рассмотрение такого спора в третейском суде не давало. Если, тем не менее, третейский суд рассмотрит спор о недвижимости, принадлежащей такому третьему лицу, нет сомнений в том, что такое решение будет противоречить российскому публичному порядку и потому не будет подлежать приведению в исполнение (см. об этом § 5.8 далее).

С учетом изложенного, при наличии соответствующего соглашения сторон третейский суд (в том числе международный) вправе рассмотреть споры, предметом которых является недвижимое имущество, в том числе и вопрос об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество, и это не означает лишения какого-либо лица указанного имущества без решения суда и нарушения его права на судебную защиту. С целью обеспечения контроля за решениями, принимаемыми третейскими судами, основанием для исправления записи о праве на недвижимое имущество в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним является не собственно решение третейского суда, а судебный акт, которым решение третейского суда приводится в исполнение государственным судом в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством<sup>189</sup>.

Контрольные вопросы к § 2.10.

1. Что входит в понятие «арбитрабельность»?
2. Каковы критерии арбитрабельности споров по российскому праву?
3. Арбитрабельны ли по российскому праву споры, связанные с объектами недвижимости?
4. Арбитрабельны ли по российскому праву корпоративные споры?
5. Как соотносятся между собой нормы российского законодательства об исключительной компетенции или специальной подсудности государственных арбитражных судов, с одной стороны, и об арбитрабельности частно-правовых споров, с другой?

---

<sup>189</sup> Такая правовая позиция была отражена в постановлениях Президиума ВАС РФ от 12 мая 2009 года № 17373/08 и от 17 апреля 2007 г. № 15324/06, но данный подход последовательного развития в судебной практике не нашел.

### § 2.11. Виды арбитражных соглашений

Существует большое количество различных видов арбитражных соглашений. С целью облегчения ознакомления с этим материалом представим классификацию таких соглашений по различным основаниям.

► По способу заключения арбитражные соглашения делятся на

1. включаемые в текст договора. К этой категории относится абсолютное большинство арбитражных соглашений, которые включаются в текст контракта при его составлении и подписываются сторонами при его заключении. Как уже указано в § 2.5, для подписания арбитражного соглашения представитель стороны не должен быть наделен никакими дополнительными полномочиями – если он может подписывать основной договор, представляющий собой гражданско-правовую сделку, то этих же полномочий (вытекающих из факта назначения на определенную должность или оформленных доверенностью) достаточно и для заключения арбитражной оговорки, независимо от ее содержания. То же самое касается и цессии: если у представителей cedentа и цессионария есть необходимые для оформления цессии полномочия, и согласия контрагента по договору получать не требуется (или такое согласие запрошено и получено), то права и обязанности, вытекающие из арбитражного соглашения, цедируются в общем объеме прав и обязанностей, предусмотренных соответствующей сделкой;

2. оформляемые отдельным соглашением о передаче спора (уже возникшего или лишь потенциально возможного) на рассмотрение международного арбитража. Такие соглашения на практике заключаются достаточно редко, но вполне возможны. Чаще всего они имеют место, если стороны недовольны имеющимся в договоре арбитражным соглашением и хотят его изменить, уточнить или дополнить. Новое арбитражное соглашение должно быть оформлено по правилам, требующимся для заключения сделки в простой письменной форме: даже если сам «основной» договор относился к числу контрактов, требующих получения корпоративного или административного согласования, для изменения его арбитражной оговорки или включения в такой договор прежде отсутствовавшей в нем арбитражной оговорки представителям сторон не требуется никаких особых полномочий;

3. оформляемые в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона о МКА путем обмена иском заявлением и отзывом на иск. Разумеется, у представителей сторон, обменивающихся

такими письменными заявлениями, должны быть полномочия, предусматривающие представление интересов соответствующих сторон в международном коммерческом арбитраже.

Очень важно, что каким бы способом ни заключалось арбитражное соглашение, если проведение арбитража или приведение в исполнение арбитражного решения предполагается осуществлять в России, арбитражное соглашение обязательно должно быть зафиксировано в письменной форме.

► По своему *содержанию* арбитражные соглашения могут быть классифицированы следующим образом:

1. эксклюзивные, т.е. предусматривающие рассмотрение всех споров, связанных с определенным правоотношением, определенным международным арбитражем. Все типовые арбитражные оговорки, рекомендуемые различными арбитражными регламентами, относятся именно к такому типу;

2. альтернативные, т.е. предусматривающие выбор места и регламента арбитражного разбирательства в зависимости от того, кто из сторон будет истцом, а кто – ответчиком. Такие оговорки иногда рекомендуются при заключении соглашений различных торгово-промышленных палат. Типичным вариантом такой оговорки будет рассмотрение спора в институциональном арбитраже при торгово-промышленной палате страны ответчика. Например, в случае заключения договора между российской и украинской компаниями, спор будет рассмотрен в МКАС при ТПП РФ в том случае, если с иском обратится украинская компания, и в арбитраже при ТПП Украины, если в качестве истца будет выступать российская компания. Такие оговорки непрактичны, особенно в случае, если из одного договора возникает несколько исков, тогда могут возникать сложности, связанные с различным толкованием разными арбитражами одних и тех же положений договора (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 13 января 2011 года по делу № 11861/10), а также будут иметь место затруднения в случае подачи встречного иска;

3. комбинированные или, как их еще именуют в литературе, опционные. Это арбитражные соглашения, которыми устанавливается, что помимо разрешения спора в арбитраже, стороны (или одна из них, как правило – кредитор) могут обратиться в тот или иной государственный суд по своему выбору. Таким образом, в таких оговорках за

сторонами признается неравный объем прав, в чем, правда, английские<sup>190</sup> и французские<sup>191</sup> суды не видят ничего противозаконного.

Недавно такой вопрос был поставлен и перед российскими государственными арбитражными судами. Кредитный договор содержал опционную оговорку, обладающую свойствами как третейского, так и пророгационного соглашения, в силу которой истцу (финансовому учреждению), учитывая повышенные риски кредитора, предоставляется право выбора при определении юрисдикции для разрешения конкретного спора, исходя из чего истец при возникновении спора из договора был вправе обратиться не только в Лондонский международный третейский суд либо в компетентный суд Англии, но и инициировать судебное разбирательство в любых иных компетентных государственных судах. Истец в соответствии со ст. 35 АПК обратился с иском в Арбитражный суд г. Москвы, поскольку местом нахождения ответчика является город Москва. До рассмотрения спора по существу ответчик заявил ходатайство об оставлении иска без рассмотрения в связи с наличием между сторонами арбитражного соглашения. Это ходатайство было отклонено судами всех трех инстанций. Вот как объяснил позицию ФАС МО:

«Таким образом, из системного и последовательного толкования условий договора, оценке их во взаимосвязи, следует, что данный кредитный договор устанавливает различный объем полномочий в отношении использования способов разрешения споров и механизмов определения юрисдикции, в зависимости от того, кто является инициатором спора – кредитор (финансовая сторона) либо заемщик.

При этом кредитор, несущий соответствующие финансовые риски, наделен правом выбора использования заложенных в договоре механизмов определения порядка разрешения споров, включая возможность инициировать разбирательство в арбитраже, компетентном суде Англии либо в компетентном суде иной юрисдикции.

Соглашаясь с толкованием условий договора, данным судом апелляционной инстанции, судебная коллегия, принимая во внимание содержащийся в вышеуказанных пунктах договора акцент на защиту интересов финансовой стороны, полагает возможным учесть, что реализация права на обращение в любой компетентный суд в соответствии с его юрисдикцией может быть направлена в том числе на исключение для финансовой стороны необходимости нести издержки,

<sup>190</sup> *NBThree Shipping Limited v. Harabell Shipping Limited*, [2004] EWHC 2001 (Comm).

<sup>191</sup> Барбе Ж., Рошер П. Опционные оговорки о способах разрешения споров: анализ с точки зрения французского и английского права // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 110.

связанные с возбуждением процедуры признания и приведения в исполнение решений иностранных судов и арбитражей»<sup>192</sup>.

Этот подход был поддержан ив Постановлении Президиума ВАС РФ № 11196/11 от 14 февраля 2012 года, подтвердившим валидность опционного соглашения, допускающего право каждой из сторон при обращении за защитой нарушенного право самостоятельно осуществить выбор между судом и арбитражем.

Не встретит затруднений применение такой оговорки и в случае обращения истца в международный арбитраж. В деле № 41/2001 МКАС при ТПП РФ арбитраж столкнулся с контрактом, которым предусматривалось рассмотрение споров по выбору продавца либо в государственном суде Бельгии, либо в МКАС при ТПП РФ. Вот цитата из изложения этого решения:

«МКАС рассмотрел вопрос о том, может ли арбитражное соглашение считаться действительным, сохраняющим силу и могущим быть исполненным в условиях, когда оно не обладает абсолютным дерогационным эффектом, т.е. когда согласно его условиям за истцом сохраняется право обращения в государственный суд... МКАС отмечает, что арбитражное соглашение не обязательно должно обладать абсолютным и исключительным дерогационным эффектом: в силу принципа автономии воли стороны вправе договориться о любом приемлемом для них способе разрешения их споров, в том числе об альтернативных методах... В случае с рассматриваемой альтернативой обращение истца в государственный суд превращает арбитражное соглашение в соглашение, которое не может быть исполненным. Однако при обращении истца в арбитраж (третейский суд) арбитражное соглашение, предусматривающее подобную альтернативу, продолжает действовать»<sup>193</sup>.

Так как истец обратился именно в международный арбитраж, в своем решении от 14 ноября 2001 г. по делу № 41/2001 МКАС при ТПП РФ указал, что обладает компетенцией по рассмотрению данного спора.

Впрочем, ответ на вопрос о действительности опционного арбитражного соглашения, по крайней мере – в российском государственном суде, может оказаться и иным. Это произойдет в том случае, если спор связан с правоотношениями, в которых нет стороны, по определению принимающей на себя повышенные риски (например, банка), и право выбора органа,

<sup>192</sup> Постановление ФАС МО от 12 января 2010 г. № КГ-А40/14014-09.

<sup>193</sup> Цит. по: *Розенберг М.Г.* Действительность альтернативной арбитражной оговорки // Экономика и жизнь – Юрист. 2002. № 24.

разрешающего спор, предоставлено лишь одной из сторон. В качестве примера можно привести следующее дело.

Компании «Sony Ericsson Communications Rus» и «Русская Телефонная Компания» (РТК) заключили в 2009 соглашение на поставку телефонов. Соглашение было подчинено английскому праву. Согласно арбитражной оговорке все возникающие споры должны были быть рассмотрены в Лондоне по Правилам примирения и арбитража Международной Торговой Палаты (МТП). В дополнение, у компании «Sony Ericsson RUS» было право подачи иска в любой суд компетентной юрисдикции. В то же самое время компании РТК было предоставлено право предъявить иск только в международный арбитраж.

Тем не менее, в связи с возникшим из этого соглашения спором РТК предъявила иск именно в Арбитражный суд города Москвы. Он был оставлен без рассмотрения со ссылкой на п.5 ч. 1 ст. 148 АПК, определение государственного арбитражного суда первой инстанции поддержали апелляция и кассация. Однако Президиум ВАС РФ своим Постановлением № 1831/12 от 19 июня 2012 года судебные акты нижестоящих судов отменил и направил спор для рассмотрения по существу в первую инстанцию. Причиной такого подхода (очевидно, не совпадающего с подходом Постановления ФАС МО от 12 января 2010 г. № КГ-А40/14014-09, описанным выше в настоящем параграфе), явилось то, что, по мнению Президиума, такая опционная арбитражная оговорка закрепила неравенство процессуальных прав сторон, и потому должна быть признана недействительной. Ссылки при этом были сделаны на Постановления Конституционного Суда, рассматривавшие вопросы о соответствии Конституции РФ различных норм российского права, хотя арбитражная оговорка в этом споре была очевидно подчинена английскому праву<sup>194</sup>. Отметим, что ранее в том же 2012 года Президиум ВАС РФ не поставил под сомнение действительность опционной оговорки, предусматривавшей обращение истца по своему выбору в третейский или государственный суд – но в этом случае у обеих сторон договора были равные права<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> Также ссылки были сделаны на различные акты ЕСПЧ, которые, однако, не имеют никакого отношения к спору, который находился на рассмотрении Президиума ВАС РФ. См. об этом: *Яременко М.* Опционная арбитражная оговорка признана недействительной. <http://arbitrations.ru/?i=news/item&id=318> (публикация от 7 сентября 2012 года).

<sup>195</sup> Постановление Президиума ВАС РФ № 11196/11 от 14 февраля 2012 года.

Пока еще рано судить, распространится ли такая практика на опционные арбитражные оговорки с участием банков, тем более, что мотивировка Постановления Президиума ВАС РФ № 1831/12 от 19 июня 2012 г. выглядит достаточно сомнительной<sup>196</sup>. Если распространится, то она очевидно пойдет вразрез с практикой иностранных судов по аналогичным делам, и риски иностранных кредиторов российских компаний только возрастут. Тем самым доступ российского бизнеса к иностранным кредитам, по определению менее дорогим, будет еще более затруднен.

► По своему *объему* арбитражные оговорки можно разделить на «широкие» и «узкие». Первая из этих категорий предусматривает рассмотрение в соответствующем арбитраже всех споров, потенциально вытекающих из договора, в том числе споров, связанных с его существованием, заключением, расторжением, недействительностью и взысканием связанных с ним убытков и упущенной выгоды. Как правило, именно такие «широкие» формулировки фигурируют в типовых арбитражных оговорках, рекомендуемых популярными арбитражными регламентами. По контрасту с «широкими» оговорками, на практике иногда встречаются «узкие» арбитражные соглашения, охватывающие лишь определенную категорию споров, связанных с договором, в который включена такая оговорка. В таких случаях может возникнуть ситуация, когда арбитры будут не вправе рассмотреть часть исковых требований, заявленных в деле, а если они выйдут за рамки своих полномочий, то такое арбитражное решение может быть отменено или не приведено в исполнение.

В качестве примера можно привести следующее дело. Между ОАО «УралаЗ» (продавцом) и ОАО «РусПромАвто» (покупателем) заключен договор купли-продажи 20% доли в уставном капитале российского общества с ограниченной ответственностью «ИВЕКО-УРАЛАЗ». Другой участник этой компании, ОАО «Газпром», полагая, что его преимущественное право как участника ООО «ИВЕКО-УРАЛАЗ» на приобретение указанной доли в капитале ООО нарушено, обратился в государственный Арбитражный суд г. Москвы в суд с иском о признании этого договора недействительным. Ответчики просили оставить исковое заявление без рассмотрения, так как в соответствии с п. 13.7 устава и п. 7.8 учредительного договора ООО «ИВЕКО-УРАЛАЗ» «...любое разногласие

---

<sup>196</sup> О различных толкованиях этого Постановления Президиума ВАС РФ см. *Ходыкин Р.М.* К вопросу о действительности опционных арбитражных оговорок: по следам Постановления Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12//Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 179; *Егоров А.В.* Ассиметричные оговорки о разрешении споров судебная практика заменяет на симметричные//Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 186.

или спор по мотивам толкования положений указанных учредительных документов, которые не могут быть разрешены по взаимному согласию, должны разбираться исключительно третейским судом по правилам Арбитража и Примирения Международного Центра Федеральной Экономической Палаты в городе Вене».

Президиум ВАС РФ указал, что спор должен быть рассмотрен в государственном арбитражном суде по существу, в частности, потому, что

«...предметом заявленного иска является требование о переводе прав и обязанностей покупателя по договору от 15.08.2001, в то время как уставом и учредительным договором ООО «ИВЕКО-УРАЛАЗ» предусмотрена возможность передачи на рассмотрение третейского суда лишь споров, касающихся толкований положений указанных учредительных документов. Возникший между сторонами спор под третейскую оговорку не подпадает»<sup>197</sup>.

► По своим *формулировкам* арбитражные оговорки делятся на совпадающие с типовой оговоркой, рекомендованной соответствующим арбитражным регламентом, и модифицированные. Надо отметить, что все арбитражные регламенты допускают внесение сторонами дополнений, изменений и уточнений в их тексты. Обычно это делается в арбитражном соглашении, и состав арбитража, сформированный для рассмотрения соответствующего спора, должен будет учитывать те модификации, которые были внесены сторонами в регламент. Отметим только, что важно, чтобы стороны не злоупотребили своим правом на внесение изменений в регламент и не получили бы в итоге «патологическую» арбитражную оговорку, которая не может быть исполнена (см. подробнее в § 2.8). Принимая во внимание слабое знакомство российских судей даже с типовыми арбитражными оговорками, рекомендуется в договоры с участием российских компаний включать только стандартные тексты оговорок, иначе возможно возникновение существенных осложнений<sup>198</sup>.

► По *виду международного арбитража*, к которому отсылает арбитражное соглашение, выделяются институциональные (или институционные) арбитражи и арбитражи *ad hoc*. В институциональном арбитраже постоянно действуют орган, осуществляющий техническое сопровождение процесса, и орган, осуществляющий назначение арбитров и рассмотрение отводов. В случае с МКАС при ТПП РФ первым из таких органов является Секретариат, а вторым – Президиум. Большинство популярных

<sup>197</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 31 мая 2005 г. № 11717/02.

<sup>198</sup> Постановление ФАС МО от 21 сентября 2009 г. № КГ-А40/9109-09.

арбитражных регламентов являются именно институциональными, так как наличие таких органов, содействующих скорейшему и справедливому рассмотрению дела, в большинстве случаев практически оправданно. К числу институциональных арбитражей, помимо МКАС при ТПП РФ, относятся МАК при ТПП РФ, ЛМТС, Арбитражный институт ТПС, МАС МТП, Международный Центр Федеральной Экономической Палаты в Вене, МКАС при ТПП Белоруссии, МКАС при ТПП Украины и многие другие известные арбитражные институции.

Однако самый известный арбитражный регламент *ad hoc* – Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, все равно остается весьма популярным. С учетом внесенных в него в 2010 г. изменений, он позволяет сторонам обеспечить в высшей степени беспристрастное и независимое рассмотрение дела, и при этом, если стороны воспользуются предложенными в нем дополнительными механизмами, направленными на ускорение рассмотрения спора и разрешение возникающих процессуальных сложностей, то у него практически не будет никаких организационных недостатков, для устранения которых и существуют арбитражные институции<sup>199</sup>.

► Наконец, по процессуальным механизмам арбитражные оговорки разделяют на «прямые» и «мультимодальные». Все рекомендуемые типовые арбитражные оговорки являются прямыми, т.е. допускают право на обращение в арбитраж без соблюдения каких-либо дополнительных процедур. По контрасту с ними «мультимодальные» арбитражные соглашения требуют, чтобы сторона, которая считает, что ее право нарушено или может быть нарушено, сперва осуществила бы определенные процессуальные действия, направленные на урегулирование спора (ведение переговоров, проведение медиации, направление письма с предупреждением о намерении обратиться в арбитраж), и лишь потом, если эти усилия не увенчались успехом, обратилась бы в арбитраж<sup>200</sup>.

Многие арбитражные соглашения, включаемые в сложные контракты (об осуществлении инвестиций, совместном управлении активами, подряде на капитальное строительство) содержат в себе определенные доарбитражные процедуры. Иногда в их рамках недостаточно просто проведения переговоров между сторонами по сделке – необходимо обращение к посредникам, экспертам, инженерам. Но если эта стадия

---

<sup>199</sup> См. Комаров А.С. Новая редакция Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в контексте современной практики международного арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 38.

<sup>200</sup> Содерлунд К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 3. С. 100.

доарбитражного урегулирования истцом будет пропущена, то состав арбитража просто откажет в рассмотрении его иска, и потеря времени и денег будет еще больше.

В том случае, когда право на обращение в арбитраж обусловлено соблюдением определенных доарбитражных процедур, истец должен позаботиться о том, чтобы иметь возможность представить составу арбитража доказательства того, что он сделал все, что от него требовалось, для урегулирования спора до обращения в арбитраж.

Контрольные вопросы к § 2.11.

1. Возможно ли закрепление в арбитражном соглашении права на обращение в международный арбитраж или в государственный суд по выбору истца?
2. В чем состоит специфика «мультимодальных» арбитражных соглашений?
3. В чем состоят основные отличия институциональных арбитражей от арбитража *ad hoc*?

Контрольные вопросы к Главе 2 в целом.

1. Влияют ли нормы права, регулирующие вопросы действительности арбитражного соглашения, на решение вопроса об арбитрабельности предмета спора?
2. Могут ли две российские компании без иностранных инвестиций передать споры, вытекающие из заключенного между ними договора, на рассмотрение иностранного арбитража?
3. Можно ли считать расторгнутой включенную в договор арбитражную оговорку в связи с прекращением действия этого договора ввиду завершения исполнения предусмотренных им обязательств?

## Глава 3. Арбитражное разбирательство

### § 3.1. Общие подходы

При проведении арбитражного разбирательства стороны занимают не только противоположные позиции (основанные на различном понимании фактов, приведших к спору, и применимых к этим фактам норм материального права), но зачастую имеют и различные процессуальные интересы.

Процессуальные интересы истца, как правило, состоят в следующем:

- ▶ 1. быстрое формирование состава арбитража;
- ▶ 2. быстрое проведение устного слушания; и
- ▶ 3. быстрое вынесение арбитражного решения с минимизацией арбитражных издержек.

Как ни странно, эти интересы полностью соответствуют интересам *добросовестного* ответчика, полностью убежденного в правоте занимаемой им в споре позиции, он также заинтересован в скорейшем вынесении объективного арбитражного решения, так как рассчитывает на то, что в удовлетворении исковых требований будет отказано. К сожалению, такие «идеальные» позиции и «идеальные» стороны встречаются нечасто, и если ответчик не уверен в правоте своей позиции по существу спора и не заявляет встречный иск, то его процессуальные интересы зачастую прямо противоположны интересам истца и, как правило, состоят в следующем:

- ▶ 1. всемерное затягивание процесса, что, с одной стороны, ведет к его удорожанию (есть шанс, что истец не осилит процесс с финансовой точки зрения, см. § 3.3 и 3.4 ниже), а с другой стороны, затягивает вынесение арбитражного решения;
- ▶ 2. заявление процессуальных возражений – иногда дефекты арбитражного соглашения и ошибки, допущенные истцом и составом арбитража в ходе арбитражного разбирательства, сулят ответчику больше шансов на успех, нежели аргументы, связанные с фактами и материально-правовой стороной дела;
- ▶ 3. разделение процедуры арбитражного разбирательства на части – это удлиняет процесс и дает ответчику дополнительные шансы на оспаривание отдельного арбитражного решения по вопросу о компетенции (если арбитраж вынесет такое отдельное решение, признав в нем наличие у него компетенции).

К анализу возможных вариантов поведения ответчика мы еще вернемся далее в § 3.7, а пока сформулируем тот комплекс процессуальных задач, которые обычно приходится решать в ходе арбитражного разбирательства, причем как истцу, так и ответчику.

В ходе арбитража *от сторон* спора требуется:

- ▶ 1. дать оценку арбитражному соглашению;
- ▶ 2. оценить затраты в связи с предстоящим арбитражным разбирательством;
- ▶ 3. решить вопрос о том, кто будет представлять сторону в ходе арбитражного разбирательства;
- ▶ 4. использовать права, предоставленные каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража.

Теперь рассмотрим каждую из сформулированных задач подробнее, исходя из инвариантности практикуемых во внешнеэкономических сделках арбитражных соглашений и различных процессуальных задач, которые ставят перед собой истец и ответчик.

Контрольные вопросы к § 3.1.

1. В чем совпадают и в чем различаются процессуальные цели, которые ставят перед собой участники арбитражного разбирательства?

### § 3.2. Оценка арбитражного соглашения

Вообще-то гораздо правильнее говорить об оценке арбитражного соглашения со стороны состава арбитража, именно такой постановке вопроса способствует норма п. 1 ст. 16 Закона о МКА, закрепляющая принцип «компетенции компетенции», в соответствии с которым

«Третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения».

Однако в силу норм ст. 34 и 36 Закона о МКА и п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции выводы состава арбитража о наличии у него компетенции по рассмотрению спора между сторонами (каковые выводы делаются именно на основании оценки

арбитражного соглашения составом арбитража) подлежат проверке в государственном суде, рассматривающем вопрос либо об отмене арбитражного решения, либо о его приведении в исполнение.

Тем не менее процедура арбитражного разбирательства всегда начинается именно с подачи искового заявления, а перед тем, как такое заявление подавать, истец должен оценить имеющееся в деле арбитражное соглашение и убедить состав арбитража в правильности своей оценки.

Идеальным для истца вариантом представляется случай, когда в контракте, подписанном уполномоченными надлежащим образом представителями сторон, содержится типовая арбитражная оговорка, причем сформулированная «широко», так, чтобы охватить все споры, которые истец собирается включить в исковое заявление (об объеме арбитражного соглашения см. § 2.11 ранее), и подлинный экземпляр такого договора имеется в делах истца. К сожалению многих истцов, на момент возникновения спора зачастую выясняется, что арбитражная оговорка, составленная в последний момент (и без привлечения квалифицированного юриста-международника), указанным выше критериям не соответствует. Тем не менее, если такой «идеальный» вариант не просматривается, это не означает, что международный арбитраж невозможен и за защитой нарушенного права истцу придется обращаться в государственный суд по месту нахождения ответчика или его имущества.

Многие недостатки арбитражных соглашений не носят фатального характера<sup>201</sup>. Даже составленные не в полном соответствии с типовыми оговорками, рекомендуемыми арбитражными институциями, арбитражные соглашения, как правило, признаются действительными и исполнимыми, если ясно, каким регламентом международного арбитража следует руководствоваться, и если «нестандартные» формулировки, включенные в арбитражное соглашение, не превращают его в «патологическое», т.е. неисполнимое (*incapable of being performed*) или недействительное (*invalid*), когда слишком нечеткая, туманная формулировка не позволяет установить истинные намерения сторон в отношении арбитражного механизма разрешения спора.

В качестве примера «патологического» арбитражного соглашения, которое не может быть исполнено, можно привести прецедент, описанный в п. 13 Обзора судебно-

---

<sup>201</sup> Кушниц А.А. Симптомы, профилактика и лечение патологических арбитражных оговорок // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2. С. 173.

арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц<sup>202</sup>, когда государственный суд признал неисполнимой арбитражную оговорку, в соответствии с которой все споры должны были рассматриваться в «парижском институте». Так как ни стороны в данном деле, ни государственный суд не смогли понять, какой институциональный арбитраж имеется в виду, спор был рассмотрен государственным судом по существу. Другим примером неисполнимости арбитражного соглашения может послужить дело № 195/2000, рассмотренное в МКАС при ТПП РФ, о котором шла речь выше в § 2.8, в котором предусматривалось рассмотрение спора МКАС при ТПП РФ в составе трех арбитров в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты.

Не только неясность формулировок превращает иногда арбитражные оговорки в «патологические». Юристы часто пользуются тем, что все наиболее популярные арбитражные регламенты позволяют сторонам по своему соглашению видоизменять их нормы. При этом важно не переусердствовать и не превратить арбитражное соглашение в неисполнимое: например, если в деле о взыскании нескольких десятков миллионов долларов перед арбитрами будет поставлена задача вынести решение за три месяца и без проведения устного слушания, вполне возможно, что при таких обстоятельствах не найдется специалистов, которые согласятся исполнять функции арбитров.

Неточность в наименовании арбитражного органа (а именно это является наиболее распространенным дефектом арбитражного соглашения) в последнее время не рассматривается в России как порок, превращающий арбитражное соглашение в «патологическое», а арбитражное решение – в неисполнимое.

Например, ОАО «Оренбургский комбикормовый завод», проиграв дело во МКАС при ТПП РФ, возражало против выдачи исполнительного листа со ссылкой на то, что в договоре «стороны предусмотрели рассмотрение споров в Международном арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации», а не во МКАС при ТПП РФ, так как в наименовании этой арбитражной институции было пропущено слово «коммерческий». ФАС УО отклонил такой аргумент, указав при этом, что

«Международный коммерческий арбитражный суд является единственным международным арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации и не возникает затруднений при определении суда, на

---

<sup>202</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 // ВВАС РФ. 1998. № 4.

разрешение которого необходимо передать споры, могущие возникнуть из данного контракта»<sup>203</sup>.

Другой подобный пример. Арбитражный суд Саратовской области отказал в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного Международным арбитражным судом при Палате экономики Австрии по иску фирма Хебенштрайт-Рапидо ГмбХ к открытому акционерному обществу «Кондитерская фабрика "Саратовская"» по той причине, что в арбитражной оговорке стороны закрепили передачу спора на рассмотрение «в арбитражном порядке Палатой промышленности и коммерции в Вене (Австрия) в соответствии с ее Регламентом». Отменяя Определение суда первой инстанции, Президиум ВАС РФ указал следующее:

«по существу, суд первой инстанции отказал в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения по формальному основанию несовпадения наименования иностранного арбитража, указанного в арбитражной оговорке, с наименованием международного арбитражного суда, вынесшего решение, и применения последним при рассмотрении спора правил своего Регламента.

...сторонами бесспорно и однозначно было согласовано место любого 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 то, 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»<sup>204</sup>.

Еще одним примером может послужить Постановление Президиума ВАС РФ № 1787/11 от 14 июня 2011 г., которым признано и приведено в исполнение арбитражное решение, вынесенное Международным Арбитражным Судом при Палате Экономики Австрии по иску австрийской компании HIPP GmbH & Co. Export KG к двум российским

---

<sup>203</sup> Постановление ФАС УО от 28 июня 2006 г. по делу № Ф09-5423/06-С6.

<sup>204</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 22 сентября 2009 г. № 5604/09 по делу № А57-8082/2008-116. При этом отметим, что вместо того, чтобы поручить арбитражному суду первой инстанции выдать исполнительный лист, Президиум ВАС РФ зачем-то направил дело туда на новое рассмотрение.

хозяйственным обществам. В этом деле в одном из заключенных договоров фигурировала клаузула, в соответствии с которой возникающие между сторонами споры выносятся на рассмотрение «арбитражного суда страны поставщика». Опираясь на эту формулировку, российские ответчики пытались возражать против права Международного Арбитражного Суда при Палате Экономики Австрии на рассмотрение спора, по их мнению, выбор был сделан в пользу государственного суда, а не международного коммерческого арбитража. Арбитры отвергли этот аргумент, сославшись на то, что в Австрии (стране поставщика) существует лишь один институциональный арбитражный (третейский) суд, уполномоченный рассматривать внешнеторговые споры, и это именно Международный Арбитражный Суд при Палате Экономики Австрии. Однако Арбитражный суд г. Москвы и ФАС МО ответчиков поддержали и отказались исполнять иностранное арбитражное решение со ссылкой на то, что оно было вынесено арбитрами, не имевшими необходимых полномочий. Но в конце концов Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ эти аргументы отверг и поручил выдать исполнительный лист – таким образом, после долгих мытарств это иностранное решение было исполнено, несмотря на то что содержание арбитражной оговорки (по крайней мере, в переводе на русский язык) было далеко от совершенства<sup>205</sup>.

Отметим также, что неточность в наименовании арбитражного органа не всегда используется ответчиком для оспаривания компетенции арбитража. Иногда в своем возражении против заявленных исковых требований ответчики сразу переходят к содержательной части дела, не оспаривая компетенции соответствующего арбитражного органа. В таком случае можно констатировать, что в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона о МКА арбитражное соглашение считается заключенным в надлежащей письменной форме и в том случае, если оно зафиксировано *путем обмена иском и отзывом на иск* (см. об этом подробнее в § 2.2 ранее). Следовательно, если ответчик оспаривает юрисдикцию международного коммерческого арбитража, заседающего в России, по причине отсутствия арбитражного соглашения, он должен это сделать в отзыве на иск *до обсуждения существования иска* (см. п. 2 ст. 16 Закона о МКА), в противном случае само его участие в арбитражном разбирательстве приведет к утрате

---

<sup>205</sup> До сих пор в практике российских государственных арбитражных судов нередки случаи, когда судьи неверно понимают текст нестандартной арбитражной оговорки. См., напр., *Хоцанов Д.А.* Действительность арбитражного соглашения: очередные судебные ошибки//Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 38.

права на оспаривание юрисдикции арбитров в связи с отсутствием арбитражного соглашения<sup>206</sup>. Такой подход был поддержан в обобщении практики ВАС РФ<sup>207</sup>.

Отметим также, что практически во всех арбитражных регламентах есть положения, требующие заявления сторонами своих аргументов без необоснованной задержки, особенно если эти аргументы касаются оспаривания компетенции состава арбитража. Поэтому ни в коем случае не следует рассчитывать на то, что сторона, участвовавшая в арбитражном разбирательстве и проигравшая его, сможет потом успешно выдвинуть новый, не использованный в арбитраже, аргумент против валидности арбитражного соглашения. Это будет не только нарушением соответствующего арбитражного регламента, но и принципа процессуальной добросовестности, в равной степени распространяющегося на рассмотрение дел в частных арбитражах и в государственных судах.

Если местонахождение сторон арбитражного соглашения и характер их взаимоотношений позволяют рассчитывать на применение к их спору норм ст. IV Европейской конвенции, возможно устранение разночтений и заполнение пробелов арбитражного соглашения путем обращения в Специальный комитет, действующий в рамках этой Конвенции. Правда, автору пока неизвестно ни одного случая такого обращения по инициативе российской компании.

Как правило, арбитражные оговорки, включаемые во внешнеэкономические контракты, позволяют установить подсудность спора определенному международному арбитражу. Следует только обратить внимание на то, что в ряде случаев право на обращение в арбитраж обусловлено проведением между сторонами официальных переговоров о внесудебном урегулировании споров, и даже обращением к посреднику (медиатору), только после провала всех таких попыток урегулирования истец может обращаться в арбитраж. Такие арбитражные оговорки часто встречаются, особенно в больших контрактах, в специальной литературе они именуется «мультимодальными»<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Аналогичная статье 16 Закона о МКА норма содержится не во всех национальных законах государств, на чьей территории часто проводятся заседания международных арбитражей, например, его нет в английском Arbitration Act 1996 года. Впрочем, это не означает, что в Англии нет принципа процессуальной добросовестности – он существует, причем как в отношении арбитражных разбирательств, так и в отношении дел, рассматриваемых в судах. Несвоевременно заявленный аргумент может быть признан недопустимым, если только представившая его сторона не сумеет обосновать разумных и добросовестных причин, по которым этот аргумент был заявлен несвоевременно.

<sup>207</sup> См.: п. 20 Обзора практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 18 января 2001 г. № 58.

<sup>208</sup> Содерlund К. Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 3. С. 100.

(об этом см. подробнее в § 2.11). Наличие в контракте требования о поэтапном урегулировании спора не превращает четко сформулированное арбитражное соглашение в недействительное, но при этом арбитры должны обратить внимание на аргументы ответчика о том, что истец не соблюдает предусмотренный соглашением сторон поэтапный метод урегулирования спора. Если арбитры согласятся с ответчиком, что истец до обращения в арбитраж не пытался урегулировать спор путем переговоров и/или с участием посредников, в рассмотрении исковых требований может быть отказано по такому формальному основанию. Следовательно, если в контракте фигурирует «мультимодальная» арбитражная оговорка, истец должен позаботиться о сборе и фиксации доказательств того, что все предусмотренные ею фазы урегулирования спора, предшествующие обращению в арбитраж, им уже пройдены.

Любое исковое заявление, подаваемое в международный коммерческий арбитраж, обязательно должно содержать текст того арбитражного соглашения, на которое опирается истец в своем мнении о подсудности спора определенному арбитражу. На этапе подачи искового заявления достаточно просто цитаты, но если ответчик впоследствии будет возражать против действительности арбитражного соглашения, от истца могут потребоваться дополнительные доводы, обосновывающие наличие у арбитров компетенции по рассмотрению данного спора.

#### Контрольные вопросы к § 3.2.

1. Что такое «патологическое» арбитражное соглашение?
2. Если в арбитражном соглашении есть неточность в наименовании арбитражной институции, означает ли это, что такое арбитражное соглашение неисполнимо или недействительно?

#### *§ 3.3. Оценка затрат в связи с предстоящим арбитражным разбирательством*

Одним из ключевых отличий международного коммерческого арбитража от рассмотрения спора в российском государственном арбитражном суде (или суде общей юрисдикции) является то, что затраты, связанные с его проведением, и по своей структуре, и по размерам отличаются от тех официальных издержек, к которым привыкли российские предприниматели, обращающиеся в российские государственные суды.

Специалисты должны быть готовы с самого начала разъяснять своим клиентам сущность таких отличий.

Прежде всего в связи с проведением арбитража придется уплатить *арбитражный сбор*. В его состав входят гонорарный сбор и административный сбор, в состав последнего засчитывается небольшой *регистрационный сбор*, уплачиваемый одновременно с обращением в арбитраж (например, в МКАС при ТПП РФ регистрационный сбор составляет 1000 долларов США (если иск исчислен в иностранной валюте) или 30000 рублей, в ЛМТС – 1500 фунтов). Регистрационный сбор ни при каких условиях не возвращается.

После изучения поданного в институциональный арбитражный орган заявления (в случае обращения в МКАС при ТПП РФ это исковое заявление, в других ведущих арбитражных центрах – Request for arbitration, просьба об арбитраже), секретариат такого органа предложит сторонам уплатить арбитражный сбор. Без уплаты арбитражного сбора рассмотрение дела в международном арбитраже невозможно, а освобождение сторон(ы) от его уплаты регламентами международных арбитражей не предусматривается.

Арбитражный сбор используется для уплаты вознаграждения арбитрам, покрытия административных расходов арбитражной институции, связанных с ведением дела, и для покрытия других расходов, связанных с проведением арбитража (посылка почтовых отправлений, аренда помещений, питание в ходе устных слушаний и т.п.).

В МКАС при ТПП РФ 100% арбитражного сбора уплачивает истец, в случае его полной победы в деле эта сумма будет возмещена ему ответчиком на основании арбитражного решения. В случае подачи встречного иска по Регламенту МКАС при ТПП РФ взимается арбитражный сбор и с лица, которое подает встречный иск, т.е. получается, что, рассматривая встречные исковые требования в рамках единого процесса, МКАС при ТПП РФ взимает со сторон двойную плату. Кроме того, если сторона спора, рассматриваемого в МКАС при ТПП РФ, желает назначить для участия в деле арбитра, который проживает за пределами Москвы, ей придется внести сумму, необходимую для покрытия расходов такого арбитра, связанных с участием в деле, эта сумма в состав арбитражного сбора не засчитывается.

В других ведущих арбитражных центрах<sup>209</sup> подход к арбитражному сбору принципиально иной. Там принято делить сумму арбитражного сбора пополам между сторонами (за исключением случаев, когда в деле с собственными аргументами и требованиями участвует более двух лиц) и предлагать каждой стороне внести свою долю. Лишь если ответчик откажется внести свою часть арбитражного сбора, доплатить за него будет предложено истцу. При этом отказ от уплаты своей доли арбитражного сбора не лишает ответчика права на защиту его позиции – он может представлять отзывы на позицию истца, назначать арбитров (если это предусмотрено соответствующим арбитражным регламентом – см. § 3.6 далее), предъявлять доказательства. Но для предъявления встречного иска доля подающего его лица должна быть оплачена – отказ от уплаты причитающейся ответчику доли арбитражного сбора трактуется как его отказ от встречного иска. В зарубежных арбитражных центрах обычно в состав арбитражного сбора закладываются все расходы, связанные с поездками арбитров, и внесения дополнительных депозитов для этого не требуется. В арбитражном решении отражается распределение расходов по оплате арбитражного сбора в зависимости от успеха стороны в отстаивании ее позиций. Например, если иск отклонен в полном объеме, истец будет обязан возместить ответчику все уплаченные им в счет арбитражного сбора суммы.

В большинстве ведущих арбитражных институций оценка размера арбитражного сбора производится *исходя из цены иска*. Некоторую сложность представляют иски о вынесения так называемых declaratory awards (см. § 3.10 далее), но и в случае с ними арбитражный сбор исчисляется исходя из денежной оценки соответствующего права, на защиту которого направлен иск (в практике МКАС при ТПП РФ такие дела очень редки). В случае, если дело носит особенно сложный характер и связано с изучением большого количества документов и аргументов, арбитражная институция может обратиться к сторонам с просьбой о доплате арбитражного сбора, который в любом случае должен быть достаточным, чтобы покрыть все издержки арбитров и арбитражной институции в связи с рассмотрением данного дела.

Исключением из указанного выше порядка следует считать ЛМТС, где исчисление арбитражного сбора осуществляется *исходя из почасовых ставок* участвующих в деле арбитров и сотрудников Секретариата ЛМТС. По этой причине размер арбитражного

---

<sup>209</sup> Здесь излагается лишь общий подход, в каждой арбитражной институции действуют свои правила и имеются определенные особенности, для получения квалифицированной консультации следует обращаться к специалистам. Разъяснения по вопросу об уплате арбитражного сбора могут быть бесплатно получены путем обращения в соответствующий институциональный арбитражный центр.

сбора в деле, рассматриваемом по Регламенту ЛМТС, зависит от количества времени, которое потребуется для разрешения спора – если ответчик от участия в деле уклоняется и свою позицию не защищает, то дело окажется «дешевым», если же он активно возражает против заявленных исковых требований – «дорогим», и в этом случае, если разбирательство затянется, от сторон может потребоваться доплата арбитражного сбора в ходе разбирательства. Но можно ответственно заявить, что в среднем арбитражные сборы по Регламенту ЛМТС вполне сопоставимы с арбитражными сборами, взимаемыми в других ведущих европейских арбитражных институтах по делам аналогичной сложности<sup>210</sup>.

Особую сложность представляет собой оценка арбитражного сбора в случае, если арбитражное соглашение предусматривает рассмотрение спора по Регламенту ЮНСИТРАЛ. Если в нем при этом указано, что администрирование процесса будет осуществлять определенная арбитражная институция, то, как правило, размер и порядок уплаты арбитражного сбора будут соответствовать стандартам, принятым по регламенту такой институции, например, если это будет ЛМТС, то исходя из почасовых ставок, а если Арбитражный институт ТПС – то в качестве основы будут приняты его ставки, основанные на цене иска. Наконец, если в арбитражной оговорке предусмотрено проведение арбитража *ad hoc* по Регламенту ЮНСИТРАЛ, но администрирующий разбирательство орган не назначен и стороны не согласятся его назначить, то может возникнуть ситуация, в которой соответствующие решения (зачастую непредсказуемые) о размере арбитражного сбора и порядке его уплаты будут принимать сами арбитры, чего в случае рассмотрения споров по регламентам институциональных арбитражных институций никогда не бывает.

До полной уплаты арбитражного сбора дело остается без движения и рассмотрено не будет, поэтому истец при рассмотрении спора по любому регламенту должен быть готов к тому, что ему как стороне, заинтересованной в вынесении арбитражного решения, придется самостоятельно оплатить требуемый арбитражный сбор.

Но – и это главное при оценке затрат в связи с предстоящим арбитражным разбирательством – расходы по оплате арбитражного сбора (даже если истцу придется внести 100% такого сбора) представляют собой далеко не самую существенную статью расходов на арбитраж. Гораздо выше любых арбитражных сборов расходы по оплате

---

<sup>210</sup> См.: Карабельников Б.Р. Рассмотрение споров по Регламенту Лондонского международного третейского суда // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 104.

представителей, которые будут вести соответствующее дело. Тут, конечно, все опять-таки будет зависеть от сложности и продолжительности дела, но *в целом расходы на оплату юристов в разы (иногда в десятки раз) превышают суммы арбитражного сбора*. По подсчетам МТП, на арбитражный сбор приходится обычно менее 20% общих расходов сторон на арбитраж<sup>211</sup>. Поэтому составление хотя бы приблизительного бюджета на проведение арбитражного разбирательства невозможно до решения вопроса о том, кто будет представлять в деле интересы соответствующего лица.

Ведущие специалисты не раз обращали внимание на то, что иногда из-за недостаточно квалифицированных (или недобросовестных) действий сторон арбитражное разбирательство может потребовать неразумно больших затрат денег. Борясь с этим, ЮНСИТРАЛ<sup>212</sup> и МТП<sup>213</sup> опубликовали свои рекомендации о том, как ограничить арбитражные расходы сторон при рассмотрении дел в международных коммерческих арбитражах: этими рекомендациями следует пользоваться при разрешении практически любых дел, подсудных международным арбитражам<sup>214</sup>.

#### Контрольные вопросы к § 3.3.

1. В чем состоит различие в подходах к уплате арбитражного сбора в МКАС при ТПП РФ и в ведущих западных арбитражных институциях?
2. Как следует оценивать предстоящие расходы по уплате арбитражного сбора в случае, если арбитражное соглашение предусматривает рассмотрение спора по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ?

---

<sup>211</sup> ICC Publication 843 – Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, P.6, доступно бесплатно в сети Интернет по адресу <http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id2882/index.html#available>.

<sup>212</sup> Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, 1996 г., доступны бесплатно на русском языке по адресу [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral\\_texts/arbitration/1996Notes\\_proceedings.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1996Notes_proceedings.html).

<sup>213</sup> ICC Publication 843 – Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration Second edition 2012.

<sup>214</sup> См. *Хомич М.С.* Оптимизация расходов сторон на проведение арбитражного разбирательства//Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 85.

*§ 3.4. Кто будет представлять сторону в ходе арбитражного разбирательства*

Многие российские бизнесмены и даже руководители юридических департаментов крупных компаний не понимают, что международный коммерческий арбитраж – сложная и комплексная дисциплина, которую в России преподают всего в нескольких учебных заведениях, да и то выпускнику такого института все равно нельзя доверять самостоятельное ведение дела в арбитраже, как нельзя выпускнику мединститута доверять самостоятельное проведение сложной хирургической операции. Процессуальные (а зачастую и материально-правовые) задачи, возникающие в ходе международного арбитража, на порядок сложнее задач, которые российские юристы обычно решают при рассмотрении дел в российских государственных судах, так как в отличие от государственного суда, оставляющего сторонам очень малое пространство для процессуального маневра, в ходе международного арбитража допускается и даже приветствуется гибкий подход к сбору и оценке доказательств, определению порядка слушания дела, заявлению процессуальных ходатайств и отводов и т.д. Но пользоваться всеми такими процессуальными возможностями может только опытный специалист, не один год проработавший в специализированной юридической фирме, на практике изучивший процессуальную специфику того арбитражного регламента, который указан в контракте.

Разумеется, нельзя не сказать о том, что в МКАС при ТПП РФ в большом количестве дел, связанных с рассмотрением исков российских компаний, их интересы представляют штатные юрисконсульты этих компаний, и (иногда) даже их директора, не имеющие юридического образования. К сожалению, это является постсоветской традицией ведения бизнеса, в соответствии с которой расходы на ведение судебных и арбитражных дел отдельно не бюджетировуются, и считается, что вести их должен сам штатный юрисконсульт. Результатом такого некачественного представительства является то, что дела в МКАС при ТПП РФ часто переносятся слушанием, зачастую стороны не пользуются всем арсеналом средств правовой защиты, который был бы в их распоряжении, если бы их представлял знающий адвокат, имеющий опыт работы в сфере международного

арбитража. Впрочем, отметим, что даже в «средних» по своему масштабу делах, рассматриваемых во МКАС при ТПП РФ, российские компании в последнее время все чаще нанимают профессиональных адвокатов, имеющих, к сожалению, в основном опыт выступления в российских государственных арбитражных судах и далеко не всегда сведущих в международном арбитраже. Российские арбитры МКАС при ТПП РФ к такой ситуации привыкли и зачастую «просвещают» выступающих перед ними представителей сторон, хотя, нет сомнения в том, что и в делах, рассматриваемых этим институциональным арбитражем, сторона, представленная более квалифицированным представителем, имеет более высокие шансы на выигрыш. В западных же арбитражных институциях на «лекции» со стороны арбитров сторонам рассчитывать не приходится.

В больших процессах, где речь идет о миллионах долларов, а объем материалов дела превышает 10 томов (такие дела в практике МКАС при ТПП РФ пока редки), интересы сторон, как правило, представляют международные юридические фирмы, причем оплата их услуг почти всегда осуществляется на основании почасовых ставок, при этом ставка партнера может превышать 500 и даже 600 долларов. В 2011 г. в тендере, проведенном Федеральной таможенной службой Российской Федерации для представления ее интересов в арбитраже в Стокгольме, в качестве ориентира была указана партнерская ставка в размере 1050 долларов США в час, причем эта ставка, согласно проведенному ФТС маркетинговому исследованию, применяется именно той международной фирмой<sup>215</sup>, которая уже много лет представляет интересы России в инвестиционных арбитражах. Если же для участия в процессе дополнительно привлекается барристер<sup>216</sup>, то расходы становятся еще выше. По большим проектам на каждую сторону работают команды юристов, иногда насчитывающие до 10 человек.

Но в больших и сложных делах это оправданно. Во-первых, «победитель» процесса, как правило, получает полное или почти полное (пропорционально

---

<sup>215</sup> <http://www.arbitrations.ru/?i=news/item&id=189>

<sup>216</sup> Барристер – специалист по ведению дел в судах и арбитражах. В Англии объединяются в специальные палаты (chambers), клиентами барристеров выступают, как правило, юридические фирмы, представляющие интересы компаний и физических лиц в соответствующем процессе. В английских судах высших инстанций интересы сторон могут представлять только барристеры. Барристеры часто привлекаются к ведению дел в ЛМТС, иногда и в других арбитражных центрах.

«чистоте» его победы) возмещение своих расходов на ведение дела через представителей<sup>217</sup>. Во-вторых, за исключением «олигархических» структур, мало какая компания может позволить себе держать в своем штате высококлассных юристов-международников, специализирующихся на ведении арбитражных дел, производственным компаниям (кроме, пожалуй, строительных, которые особенно часто участвуют в арбитражных процессах) это просто не по карману. В-третьих, только адвокат высокой квалификации, сам имеющий опыт работы в качестве арбитра, может эффективно возглавить работу команды и успешно провести большое дело в международном арбитраже. Все это сказывается на размере арбитражных издержек, и иногда недобросовестные истцы или ответчики сознательно перегружают процесс ненужными аргументами и документами с целью «обескровить» противоположную сторону, ведь оплата работы юристов должна осуществляться на регулярной основе, иначе аргументы оппонента останутся без своевременного ответа.

Поэтому при решении вопроса о защите своих интересов в арбитраже каждая из сторон должна прежде всего выделить соответствующий бюджет, и уже в рамках такого бюджета искать подходящих юристов. В то же время надо отметить, что даже самый большой бюджет, выделенный стороной, не гарантирует ее победы в процессе – ведь арбитры, давая оценку аргументам каждой из сторон, естественно начинают испытывать раздражение по отношению к той из них, которая откровенно злоупотребляет своими правами, нагружая дело не имеющими отношения к нему бумагами и выступлениями. Но в отличие от разбирательства в российских государственных судах (как общей юрисдикции, так и арбитражных), где судьи, как правило, приходят в процесс, не изучив предварительно всех материалов дела, и по мере ознакомления с ними в ходе заседания сразу заявляют о том, кажется ли им разумным тот или иной аргумент, арбитры в международном коммерческом арбитраже ни в ходе подготовки к устному слушанию, ни в ходе самого слушания, как правило, никак не сообщают

---

<sup>217</sup> Исключением является МКАС при ТПП РФ – в его практике присуждение победившей в разбирательстве стороне возмещения ее расходов на ведение дел с привлечением посторонних юристов, как правило, ограничивается достаточно скромной (по сравнению с реальными издержками) суммой. Это связано с тем, что большинство арбитров МКАС при ТПП РФ никогда не занимались частной практикой и не считают разумными те почасовые ставки, которыми пользуются ведущие юридические фирмы.

сторонам своих оценок позиций сторон. О том, что объемная (и дорогостоящая) аргументация, построенная адвокатами, провалилась, сторона узнает из окончательного арбитражного решения, которым победившей стороне присуждается возмещение понесенных ею издержек – они будут тем выше, чем больше был объем аргументации, представленной проигравшей стороной.

Чтобы ограничить арбитражные издержки в особо сложных делах процесс разбивается на стадии – состав арбитража не предлагает сторонам обмениваться аргументами по следующей стадии процесса до тех пор, пока не вынесено решение по предыдущей, но это происходит только в действительно больших делах, которые к тому же поддаются такому делению на стадии (например, компетенция состава арбитража – факт нарушения обязательств по договору – оценка понесенного ущерба). Впрочем, в России такие дела очень редки.

В арбитраже далеко не всегда побеждает более богатая сторона – верх одерживает, как правило, та сторона, которой удалось выстроить более эффективную позицию, в которой аргументы по своей сути были направлены «точно в цель». А это зависит в первую очередь от того, какие юристы вели процесс. Известны случаи, когда результатом разбирательства становится вынесение арбитражного решения, по которому именно истец оказывается должен возместить ответчику значительную сумму, представляющую расходы последнего на защиту от необоснованного иска – в итоге именно истец оказывается в конечном счете должником. Об этом следует помнить российским истцам, привыкшим к тому, что отказ в удовлетворении иска, поданного в российский государственный арбитражный суд, как правило, не влечет за собой возмещения сколько-нибудь серьезных сумм в пользу победившего ответчика. В международном арбитраже картина противоположная: распределение издержек сторон, как правило, пропорционально степени успешности в представлении своей позиции каждым из участников процесса.

Выбор юридического представителя – ключевая задача в международном коммерческом арбитраже, полном специфических сложностей, и многие российские компании с нею не справляются и, как следствие, проигрывают свои дела.

Разумеется, выбор представителя в первую очередь обуславливается сложностью дела и размером исковых требований. Простое дело, связанное с повседневной деятельностью компании, вполне может провести ее штатный юрисконсульт, особенно если это компания российская, а дело рассматривается во МКАС при ТПП РФ и по российскому материальному праву. Однако если материальным правом договора является иностранное право и место проведения арбитража находится за границей, то возникает необходимость в обращении в специализированную юридическую фирму, имеющую опыт ведения такого рода дел по соответствующему арбитражному регламенту.

Как ее выбрать? Тут универсального рецепта нет. Назовем по крайней мере *три типовые ошибки, которые чаще всего совершают российские компании:*

► 1. стремясь избежать общения с иностранными юристами и расходов на дополнительные поездки за границу и переводы, руководители российских компаний зачастую обращаются в российские адвокатские конторы и российские юридические фирмы, которые указывают в своей рекламе, что имеют опыт ведения дел в международном коммерческом арбитраже. На самом деле, как правило, серьезным опытом такого рода они не обладают, и весь их «багаж» в этой сфере сводится либо к ведению небольших дел во МКАС при ТПП РФ, либо к воспрепятствованию приведению в исполнение арбитражных решений в российских государственных судах. Проще всего будет оценить опыт юридической фирмы, задав вопрос о том, в каких делах ее юристы (хотя бы бывшие) *выступали в качестве арбитров*. Если таких дел в активе сотрудников фирмы нет или их немного, то вряд ли такая фирма может эффективно защищать интересы своих доверителей в большом международном арбитраже. Отметим также, что почасовые ставки партнеров многих российских юридических фирм ничуть не уступают ставкам партнеров международных фирм – оставим этот факт без комментариев, обратив при этом внимание читателя и на то, что цена услуги и в некоторых известных международных фирмах далеко не всегда адекватна ее качеству.

► 2. если контракт, спор из которого передан в арбитраж, составлялся юридической фирмой, особенно международной, российские клиенты зачастую

поручают ведение арбитража этой же юридической фирме, если в ее составе имеется арбитражная группа. В этом коренится серьезная ошибка, так как арбитражная группа будет неизбежно стремиться к покрытию ошибок, допущенных договорной группой той же фирмы при составлении контракта. Для ведения арбитража в большинстве случаев *следует избирать другую фирму*, которая будет строить стратегию поведения «с чистого листа», не будучи связанной соображениями «защиты чести мундира». Разумеется, было бы желательно обеспечить контакт и взаимодействие между обеими юридическими фирмами, так как те юристы, которые составляли контракт, могут оказаться ценными свидетелями, и им могут быть уже известны сведения, на сбор которых у сторонних специалистов ушло бы много времени (и денег). Но все-таки представитель стороны в арбитраже должен иметь полную свободу маневра в оценке работы коллег, которые составляли спорный контракт.

► 3. зачастую российские бизнесмены излишне доверяют выбранным им знаменитым международным юридическим фирмам, особенно имеющим в своем составе российских партнеров и офисы в Москве или Санкт-Петербурге, и не контролируют избранную ими тактику. В итоге, помимо оплаты счетов своих юристов за построение ими юридических конструкций, которые никому не кажутся убедительными, в случае проигрыша таким бизнесменам придется оплатить и расходы другой стороны на опровержение неубедительных аргументов, причем чем больше таких аргументов заявляется, тем выше будут издержки.

Не имея опыта участия в международном арбитраже и полагаясь лишь на опыт, полученный в российских государственных арбитражных судах, которые, как правило, вообще не возмещают сторонам серьезные расходы по привлечению адвокатов и зачастую готовы выслушивать любые аргументы, иногда совершенно безграмотные, некоторые российские клиенты поручают своим юристам из международной юридической фирмы придерживаться избранной линии «любой ценой», не понимая, что тем самым существенно увеличивают свои расходы на арбитраж. Такая ошибка является «оборотной стороной медали» отсутствия контроля со стороны клиента за действиями его юристов.

В моей практике арбитра был случай, когда российский ответчик, защищаясь против иска на 3 млн. долларов, потратил полтора миллиона на услуги знаменитой международной фирмы, которая на многих сотнях страниц пыталась ввести состав арбитража в заблуждение в отношении элементарных вопросов российского права. Дело было проиграно, и вместо 3 млн. ответчик заплатил более 6 – помимо суммы иска и оплаченного им счета «своих» юристов, с него были взысканы еще и 1,5 миллиона юридических издержек истца, чьи юристы также потратили немало времени на разоблачение уловок представителей ответчика. Пришлось ему также возмещать истцу его долю в оплате арбитражного сбора, который из-за продолжительности и интенсивности разбирательства также оказался выше, чем обычно по делам с такой относительно небольшой ценой иска. Не берусь судить, по своей ли инициативе юристы ответчика «изобретали колесо» или они лишь выполняли указание доверителя всеми силами затруднить процесс. Может быть проще было просто признать иск?

Вопрос о добросовестности и профессиональной состоятельности юристов (в том числе и международных фирм, представленных в России) – очень деликатный и всякий раз должен формулироваться, исходя из конкретных обстоятельств дела. Не пытаясь давать на него исчерпывающий ответ, сформулируем один универсальный совет: *российский клиент юридической фирмы (российской или международной – не важно) всегда должен знать, какую линию выстраивает эта фирма и насколько эта линия может оказаться успешной.* Если в штате российской компании нет юриста достаточной квалификации, который мог бы постоянно следить за тем, что делает нанятая юридическая фирма, следует привлечь к контролю за ней внешнего консультанта. Такие дополнительные расходы себя оправдают – слишком много известно случаев, когда юридические фирмы, и международные, и российские, пользуясь отсутствием контроля, выставляли своим российским клиентам огромные счета за весьма слабую работу.

И еще. Между избранной юридической фирмой и ее клиентом должно быть полное доверие, юристы должны иметь доступ к любым документам и фактам, которые кажутся им полезными для дела, их работу не должен тормозить внутренний бюрократический механизм движения бумаг, принятый у клиента,

особенно вмешательство служб безопасности, которые у крупных российских компаний иногда находятся в перманентном бюрократическом конфликте с юридическими департаментами.

Поиск подходящей юридической фирмы следует начинать немедленно после возникновения конфликта, чреватого обращением в арбитраж (этот совет, естественно, относится в первую очередь к ответчику – ведь истец, разумеется, раньше найдет специалистов, которые будут обращаться в арбитраж от его имени). Ни один арбитражный регламент не предоставляет сторонам льготных сроков на поиск юристов – и хотя при надлежащем обращении к составу арбитража, как правило, можно добиться перенесения установленных для подачи отзыва на иск сроков на 10 дней или пару недель, лучше не ждать до последнего, ведь качество аргументов защиты не в последнюю очередь зависит от срока на изучение материалов дела, который будет предоставлен юристам.

Срок оформления отношений между ведущей международной юридической фирмой и крупной компанией может по объективным причинам составить несколько недель. Он включает в себя несколько стадий:

- ▶ 1. исключение конфликта интересов и (при необходимости) получение согласия на ведение дела этой фирмой от ее других клиентов, если среди клиентов этой фирмы есть потенциальные конкуренты нового клиента;
- ▶ 2. прохождение административного согласования внутри самой юридической фирмы, формирование команды юристов, которая будет работать по делу. Иногда для крупных арбитражных дел международные фирмы могут перебрасывать специалистов из других стран, даже с других континентов, на что также требуется время;
- ▶ 3. уплата первого взноса на оплату юридических услуг, который, как правило, взимается авансом.

Чем крупнее фирма, тем более длительными окажутся первые две из указанных стадий. Если оплата будет осуществляться из России, то российский банк потребует составления договора (обычно западные фирмы работают с клиентами на основании простого обмена письмами) и составления паспорта сделки – все это также отнимает время.

Смена юристов в ходе арбитражного разбирательства крайне нежелательна, она не только затягивает его и влечет за собой дополнительные расходы, возмещать которые придется стороне, по чьей вине происходит задержка, но и, как правило, раздражает арбитров, вынужденных вносить коррективы в свои планы из-за возможного переноса слушаний.

После выбора юридической фирмы представитель клиента должен принять активное участие в выработке стратегии поведения в ходе арбитражного разбирательства, именно от такой стратегии будет зависеть не в последнюю очередь то, насколько эффективно эта сторона воспользуется имеющимися в ее распоряжении процессуальными правами. Об этом пойдет речь в следующих параграфах настоящей Главы.

Контрольные вопросы к § 3.4.

1. Какие типичные ошибки совершают российские компании при выборе юристов, которые будут представлять их интересы в международном арбитраже?
2. Какова процедура установления клиентских отношений с крупной международной юридической фирмой?

*§ 3.5. Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – общий анализ*

Каждой из сторон, участвующей в международном коммерческом арбитраже, предоставлен определенный набор стандартных процессуальных прав, причем ответчик может использовать их (за исключением права на подачу встречного иска, о котором уже шла речь ранее в § 3.3), вне зависимости от того, уплатил он свою долю арбитражного сбора или нет. Это следующие права:

- ▶ 1. право на внесение изменений в существующее между сторонами арбитражное соглашение, в том числе право на изменение места и регламента проведения арбитражного разбирательства. Эти правом стороны пользуются редко, так как на этапе, когда одна из них уже обратилась в арбитраж, вероятность достижения между сторонами компромиссов (даже по сугубо процессуальным вопросам) невелика. Чаще всего стороны

на этом этапе согласовывают изменения в арбитражную оговорку, предусматривающую разрешение спора по Регламенту ЛМТС – вместо «стандартной» оговорки, предусматривающей назначение всех трех арбитров Судом ЛМТС, стороны договариваются, что каждая из них «номинарует» (т.е. предложит) по одному арбитру. Тем не менее нередки случаи, когда стороны, стремящиеся к минимизации своих расходов в ходе разбирательства, договариваются об изменении языка, на котором ведется процесс, требований, предъявляемых к арбитрам, сроков на обмен письменными заявлениями. Все это в рамках международного арбитражного разбирательства возможно и даже приветствуется арбитрами;

► 2. право на получение уведомления о всех процессуальных действиях, предпринимаемых противоположной стороной и обо всех решениях, в том числе процессуального характера, которые принимает состав арбитража. Разумеется, это право ответчика будет соблюдено только в том случае, если у арбитров и истца есть его адрес. Адреса обычно указывают в контрактах, причем в контрактах, как правило, также указывается, что все уведомления будут считаться доставленными по указанному в контракте адресу до тех пор, пока соответствующая сторона не известит контрагента о его изменении. Близкая по своему содержанию норма содержится и в ст. 3 Закона о МКА.

Таким образом, если ответчик не известил истца официально о смене своего адреса, все уведомления на его имя будут направляться по адресу, указанному в контракте, который мог устареть. Если ответчик не реагирует на направляемые в его адрес почтовые отправления, это должно стать для юристов истца и состава арбитража поводом для принятия разумных усилий, направленных на уточнение его местонахождения. Впрочем, если речь идет о российском ответчике, уведомления, направленные на его официальный юридический адрес будут расцениваться российскими государственными судами как сделанные надлежащим образом (см. п. 4 Информационного письма № 156);

► 3. право на участие в формировании состава арбитража, если избранная сторонами арбитражная оговорка предоставляет сторонам такое право; право на заявление арбитрам отводов в случае, если соответствующей стороне стали известны сведения, дающие повод для заявления отвода; право на заявление возражений о допущенных в ходе арбитражного разбирательства процессуальных нарушениях;

► 4. право на участие в выработке процессуальной модели разбирательства, связанной с обстоятельствами данного конкретного дела (если такие обстоятельства

диктуют необходимость в отступлении от стандартной процедуры обмена письменными заявлениями, предусмотренной соответствующим арбитражным регламентом), право просить о внесении изменений в такую модель;

► 5. право на представление в письменной форме своей позиции, на представление документов, свидетельских показаний и экспертных заключений; право на участие в устном слушании и перекрестном опросе экспертов и свидетелей, приглашенных процессуальным оппонентом;

► 6. право на получение арбитражного решения или решений (если по делу выносятся не одно решение), право на обращение в арбитраж с просьбой о толковании решения или об устранении допущенных в нем неточностей.

Все перечисленные выше права непосредственно связаны с собственно арбитражным разбирательством – по его завершении проигравшая арбитраж сторона как правило может обращаться в государственный суд с целью отмены арбитражного решения, а выигравшая – с целью приведения в исполнение арбитражного решения, о чем речь пойдет далее в главах 4 и 5.

Обратим внимание на то, что, как и в государственных судах, стороны должны иметь возможность воспользоваться *правом на справедливое разбирательство*. Основным проводником такого принципа является обязанность состава арбитража обеспечить равное отношение к истцу и ответчику. Вот как сформулирована эта норма в Законе о МКА:

«Статья 18. Равное отношение к сторонам

К сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции».

Эта норма Типового закона ЮНСИТРАЛ нашла свое отражение во всех арбитражных регламентах. Приведем несколько примеров. Вот как отражены требования к надлежащему ведению разбирательства в Регламенте ЛМТС 1998 г.:

«14.1 Сторонам предоставлено право (и рекомендуется) заключить соглашение о процедуре проведения арбитражного разбирательства, при условии неукоснительного соблюдения следующих общих обязанностей Составы арбитража:

(i) относиться ко всем сторонам справедливо и беспристрастно, предоставляя каждой стороне разумную возможность изложения своей позиции и возражений по поводу позиции оппонента, и

(ii) установить процедуру, соответствующую обстоятельствам данного разбирательства, избегая необоснованных задержек и расходов, и таким образом предоставить справедливые и эффективные средства для окончательного разрешения спора между сторонами.

Такие соглашения должны быть составлены в письменной форме или зафиксированы Составом арбитража в письменной форме по просьбе и с разрешения сторон.

14.2 Если стороны не достигнут в соответствии со Статьей 14.1 соглашения об ином, Состав арбитража обладает полной свободой исполнять свои обязанности по своему усмотрению, в соответствии с тем законом (законами) или правовыми нормами, которые он сочтет применимыми, в то время как стороны обязаны всегда предпринимать все необходимые меры для справедливого, эффективного и быстрого проведения арбитражного разбирательства»<sup>218</sup>.

Из приведенной цитаты видно, как обязанность арбитров обеспечить справедливое рассмотрение дела реализуется через предложение, обращенное к сторонам, к участию в выработке процессуальной модели разбирательства. Помимо собственно равного отношения к сторонам и беспристрастности, арбитры этой международной институции обязаны обеспечить участникам дела:

- ▶ 1. разумную возможность изложения своей позиции;
- ▶ 2. выработку процедуры слушаний, соответствующей обстоятельствам дела;
- ▶ 3. экономию времени и средств.

Несколько лаконичнее обязанности арбитров по обеспечению надлежащего проведения арбитражного разбирательства сформулированы в Регламенте МКАС при ТПП РФ:

«§ 21. Общие начала разбирательства

1. Арбитражное разбирательство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон.

2. Стороны и их представители должны добросовестно пользоваться принадлежащими им процессуальными правами, не допускать злоупотребления этими правами и соблюдать установленные сроки их осуществления».

---

<sup>218</sup> Неофициальный перевод автора.

Хотя тут формулировки несколько иные, идеи, изложенные в § 21 Регламента МКАС при ТПП РФ, вполне корреспондируют идеям, реализованным в ст. 14.1 и 14.2 Регламента ЛМТС – они отражают *основные принципы разбирательства дела в международных арбитражах, к числу которых относятся равноправие сторон, состязательность, использование модели процесса, соответствующей обстоятельствам дела, экономия времени и средств*. Еще лаконичнее изложил основные обязанности арбитров профессор Вильям Парк: по его мнению, такими обязанностями являются аккуратность, справедливость и эффективность<sup>219</sup>.

Прежде чем обратиться к анализу перечисленных выше процессуальных прав сторон, связанных с участием в арбитражном разбирательстве, обратим внимание на серьезное различие в том, как ими пользуются различные стороны разбирательства. Несомненно, что истец как сторона, заинтересованная в скорейшем вынесении арбитражного решения, будет активно пользоваться этими правами. Но будет ли пользоваться такими правами ответчик?

Для западного специалиста сама постановка вопроса о целесообразности использования со стороны ответчика прав, связанных с участием в арбитражном разбирательстве, представляется несерьезной. Разумеется, устранившись от участия в арбитраже, ответчик лишь упрощает задачи, стоящие перед истцом, позволяет ему быстрее и дешевле (так как меньше денег уйдет на оплату юристов) получить желанное арбитражное решение. Экономия же средств ответчика, отказавшегося от участия в арбитражном разбирательстве, кажется эфемерной – ему придется в полном объеме понести невыгодные последствия, связанные с удовлетворением всех исковых требований, в том числе носящих сомнительный характер, и к тому же еще оплатить арбитражные издержки истца. Дешевле будет просто сразу признать иск! А если уж ответчик иска не признает, то разумнее защищаться, чтобы хотя бы отчасти снизить размер исковых требований.

Так рассуждают западные юристы, но до недавних пор другой точки зрения придерживались *российские* предприятия-ответчики и представляющие их *российские* юристы. Их подход основывался на том, что защищать свои интересы в международном арбитраже дорого, а беспристрастный и профессиональный подход арбитров оставляет ответчику меньше шансов, чем будет у него в случае, если он попытается отменить вынесенное против него решение международного арбитража (если местом его вынесения

---

<sup>219</sup> Park W. Arbitration in Autumn, Journal of International Dispute Settlement, (2011), P. 5.

является Россия) или воспрепятствовать его приведению в исполнение в российском государственном арбитражном суде по месту своего нахождения, с которым у него уже налажен хороший контакт.

Такой подход во многом был основан на пренебрежительном отношении судей российских государственных арбитражных судов к международному арбитражу. Когда начиная с 1 сентября 2002 г. приведение в исполнение и оспаривание решений международных арбитражей в России было передано из судов общей юрисдикции в систему государственных арбитражных судов, их судьи оказались к этому не готовы. Им казалось, что международные арбитражи по своему статусу не отличаются от внутренних третейских судов, чьи решения по действовавшему до указанной даты АПК Российской Федерации 1995 г. государственные арбитражные суды могли пересматривать по существу и отменять в случае, если усматривали ошибку в применении права или установлении фактов.

Однако АПК 2002 г. основан на подходах Закона о МКА, который не допускает пересмотра существа арбитражного решения со стороны государственного суда. Пытаясь бороться с таким подходом АПК 2002 г., российские ответчики и некоторые судьи государственных арбитражных судов неверно применяли нормы ст. 34 и 36 Закона о МКА, пытались добиваться ревизии арбитражных решений под предлогом выявления «нарушения публичного порядка». Подробнее об этом речь пойдет далее в § 5.8, пока же отметим, что к 2011 г. ситуация существенно улучшилась по сравнению с той, какой она была в 2002–2003 гг., и новый уровень взаимодействия российских государственных судов с международными арбитражами был закреплен в 2013 г. в Информационном письме № 156.

Государственные арбитражные суды в России в основном осознали, что международные арбитражи (а равно и внутренние третейские суды) не являются «досудебной инстанцией», чье решение не обязательно для сторон и носит лишь рекомендательный характер<sup>220</sup>. Судьи стали применять аккуратнее нормы ст. 34 и 36 Закона о МКА, и, как следствие, все меньшее количество российских ответчиков надеется на помощь со стороны государственных судей в противодействии приведению в исполнение решения международного арбитража. Как следствие, стало возникать меньше

---

<sup>220</sup> Отметим, что на этом совершенно безосновательно до сих пор последовательно настаивает в своих многочисленных публикациях проф. Т.Н. Нешатаева, см.: *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс. М.: Дело, 2001. С. 120, 128; *она же*, Суд и арбитраж: о границах частного и публичного // Вестник ВАС РФ, 2010. № 11. С. 69.

сложностей в приведении в исполнение решений МКАС при ТПП РФ, который выносит больше решений против российских ответчиков, чем все зарубежные арбитражные институты вместе взятые.

Конституционный Суд Российской Федерации еще до принятия АПК 2002 г. разъяснил, что не противоречат конституционному праву на судебную защиту ни запрет, установленный на судебный пересмотр существа решения, вынесенного международным арбитражем (Определение от 9 декабря 1999 г. № 191-О и Определение от 26 октября 2000 г. № 214-О), ни передача спора на рассмотрение третейского, а не государственного суда (Определение от 21 июня 2000 г. № 123-О). КС РФ также отказался подвергнуть ревизии практику государственных судов по применению п. 1 ст. 35 Закона о МКА, согласно которой арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение (Определение от 15 мая 2001 г. № 204-О).

Наконец, в 2010 г. КС РФ при рассмотрении заявления стороны, проигравшей процесс в МКАС при ТПП РФ, разъяснил, что не противоречит конституционному праву на судебную защиту даже оформленный соглашением сторон запрет на судебное обжалование решения, вынесенного международным арбитражем:

«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 [имеются в виду нормы Конституции Российской Федерации о праве на судебную защиту. – Б.К.]<sup>221</sup>».

Но еще до улучшения ситуации в российской судебной системе почувствовали свою уязвимость крупные «олигархические» структуры, у которых имеется имущество за границей, где отношение государственных судов к международному арбитражу на порядок лучше, чем в России, и приведение в исполнение решения арбитража, как правило, не представляет трудностей – эти компании уже давно не уклоняются от участия в международных арбитражах и не рассчитывают на то, что симпатии по отношению к ним со стороны российских судей помогут уйти от ответственности<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> Определение КС РФ от 1 июня 2010 г. № 754-О-О.

<sup>222</sup> См.: *Soinco SACI (Argentina) and Eural Kft (Hungary) v. Novokuznetsk Aluminium Plant Yearbook Commercial Arbitration*. Vol. XXIII. P. 196, 795. После этого дела все компании, подконтрольные предпринимателю О. Дерипаске, уже не уклоняются от участия в международных арбитражах. О конфликте между акционерами «Норильского никеля», связанном с формированием Совета директоров этой компании, разрешенном

Тем не менее еще и сейчас встречаются российские ответчики, которые предпочитают под предлогом экономии средств в международном арбитраже участия не принимать, зато потом, в процессе приведения в исполнение его решения, доказывать, что их не уведомили о рассмотрении дела, что решение противоречит публичному порядку и т.п. Обо всех таких аргументах речь пойдет далее в Главе 5, пока же отметим, что эта линия, опирающаяся на презумпцию того, что местный судья российского государственного арбитражного суда будет защищать интересы отечественного бизнеса, *в принципе ошибочна*. Уклоняясь от участия в арбитражном разбирательстве, ответчик приобретает для себя достаточно эфемерные преимущества (которые в принципе вообще не возникнут, если адвокаты истца примут необходимые меры предосторожности – об этом см. далее в этом же параграфе), но при этом лишает себя возможности использовать все перечисленные выше преимущества, основанные на пользовании предоставляемыми сторонам арбитражного разбирательства процессуальными правами. Участие в арбитражном разбирательстве – право ответчика, а не его обязанность, и пренебрегать таким правом в большинстве случаев просто неразумно.

Остановимся на анализе тактики «уклоняющегося» от участия в разбирательстве ответчика. Повторим, что если по адресу, указанному в контракте, не удастся доставить ответчику документы и повестки, связанные с разбирательством, и такой ответчик является российской компанией, то все это должно стать поводом для беспокойства со стороны представителя истца и самого состава арбитража (если он уже сформирован). Очень часто западные юристы, полагаясь на то, что в контракте обычно оговариваются адреса сторон и обязанность по извещению контрагента об их изменении, не обращают на это внимания, полагая, что избранная ответчиком тактика позволит завершить арбитраж быстрее и дешевле. Однако в России государственные арбитражные суды до недавних пор обнаруживали мало желания применять на практике нормы п. 1 ст. 3 Закона о МКА, в соответствии с которой

«любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному местожительству или почтовому адресу; когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению

---

ЛМТС, см. Ведомости от 22 июня 2011 г., статья «UC Rusal проиграла», [www.vedomosti.ru/newspaper/article/262587/uc\\_rusal\\_proigrala](http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/262587/uc_rusal_proigrala).

коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения;

сообщение считается полученным в день такой доставки».

Практика несколько улучшилась после того, как в п. 23 Информационного письма № 96<sup>223</sup> Президиум ВАС РФ разъяснил, что направление уведомлений по адресу, указанному на бланке, использованному ответчиком в деловой корреспонденции с истцом, не может считаться ненадлежащим уведомлением ответчика:

«Признавая процедуру уведомления общества о заседании арбитража ненадлежащей, суд первой инстанции указал, что последним известным адресом общества, по которому должно было осуществляться его уведомление арбитражем, является адрес его государственной регистрации.

Между тем на бланках общества, которые оно направляло иностранной компании в процессе сотрудничества, был другой адрес.

Из имеющихся в материалах дела доказательств усматривалось, что на момент инициирования арбитражного разбирательства этот адрес был последним известным адресом ответчика. Более того, в деле имеются документы почтовой службы, свидетельствующие о том, что в начале арбитражного разбирательства общество по адресу государственной регистрации отсутствовало. Доказательств, свидетельствующих об уведомлении обществом арбитража и иностранной компании об изменении адреса, в материалах дела не имелось.

<...>

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в целях правовой определенности сделал вывод о наличии фактической возможности представления ответчиком своих объяснений арбитражу и отсутствии оснований для отказа в признании и приведении в исполнение решения арбитража».

Еще раньше ФАС МО разъяснил, что направление арбитражем корреспонденции в адрес представителя ответчика, имеющего доверенность на представление его интересов в

---

<sup>223</sup> Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 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», далее – Информационное письмо № 96.

соответствующем разбирательстве, также соответствует норме о надлежащем уведомлении ответчика<sup>224</sup>.

Тем не менее российские государственные арбитражные суды по-прежнему иногда пытаются покрывать местных ответчиков, которые утверждают, что их об арбитраже не уведомили<sup>225</sup>, но после разъяснения Президиума ВАС РФ о том, что если речь идет о российском ответчике, то уведомления, направленные на его официальный юридический адрес, должны расцениваться российскими государственными судами как сделанные надлежащим образом (см. п. 4 Информационного письма № 156), эта практика должна уйти в прошлое.

Надо отметить, что похожие проблемы встречаются также и в судах других стран, которые при рассмотрении дела в отсутствие ответчика отказывают в приведении в исполнение арбитражного решения, если ответчик сумеет доказать, что извещения направлялись по адресу, который впоследствии изменился, причем даже в том случае, если ответчик не поставил в известность истца об этом изменении. Такие случаи имели место в Германии в 2000 г.<sup>226</sup> и в Швеции в 2010 г.<sup>227</sup>, причем в обоих случаях было отказано в приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных МКАС при ТПП РФ против местных ответчиков, немецкого и шведского соответственно.

В обоих случаях суды указали, что вместо того, чтобы продолжать слать корреспонденцию по адресу, откуда ни разу не поступало отзыва (а ряд отправок вообще не был доставлен в связи с отсутствием там адресата, о чем курьерская служба уведомила отправителя), МКАС при ТПП РФ следовало лишь, пользуясь языком п. 1 ст. 3 Закона о МКА, уточнить местонахождение ответчика «путем разумного наведения справок». Германский суд указал, что разумно было бы обратиться к реестру компаний, но доказательств такого обращения представлено не было. Шведский суд привел к присяге менеджеров ответчика, которые дали показания, что их компания переехала из старого офиса еще до начала арбитража и никакой корреспонденции оттуда не получала. По мнению шведских судей, информацию о местонахождении ответчика истец (и МКАС

---

<sup>224</sup> Постановление ФАС МО от 19 февраля 2004 г. по делу № КГ-А40/594-04, выводы этого Постановления были поддержаны в Постановлении Президиума ВАС РФ от 22 мая 2005 г. № 14548/04 по делу № А40-47341/03-25-179.

<sup>225</sup> См., например: Постановление ФАС ЦО от 11 сентября 2006 г. по делу № А09-19423/04-20-16.

<sup>226</sup> *Bay ObLG*, 4Z Sch 50/99, 16 March 2000, *Yearbook International Commercial Arbitration* vol. XXVII, P. 448.

<sup>227</sup> Supreme Court of Sweden case O 13-09 *OAO Lenmorniiproekt v. Arne Larsson & Partner Leasing AB*, J. Hope and O. Zelepukina, Sweden: Avoiding Service Nightmares, *Global Arbitration Review*, vol. 5 iss. 3, 22 June 2010.

при ТПП РФ) мог получить хотя бы на сайте ответчика в Интернете, но вместо этого предпочел получить *ex parte* арбитражное решение.

Все это указывает на то, что в случае, если от ответчика в арбитраж не поступает никакой корреспонденции, особенно если почтовые отправления, направленные по его последнему известному адресу, не были доставлены, *истец должен предпринять дополнительные меры по его розыску*. В отношении российских компаний оптимальным является получение выписки из ЕГРЮЛ – уведомление, направленное по адресу, указанному в ЕГРЮЛ, никак не может быть признано ненадлежащим<sup>228</sup>. Если есть подозрение, что российский ответчик специально уклоняется от участия в разбирательстве, состав арбитража должен поручить истцу уточнить местонахождение ответчика согласно ЕГРЮЛ, а если состав арбитража таких указаний не даст, то инициативу должен проявить адвокат истца.

В моей практике был случай, когда я был назначен Судом ЛМТС арбитром в деле, в котором фигурировали американский истец и российский ответчик. Адвокаты американского истца (также американская юридическая фирма) слали всю корреспонденцию ответчику по его адресу, указанному в контракте, и ни разу она не была доставлена, хотя ответчик находился в «неформальном контакте» с истцом и поэтому об арбитраже знал. Тогда, следуя моему совету, состав арбитража предложил истцу уточнить местонахождение ответчика путем обращения в ЕГРЮЛ. Это обращение выявило наличие у ответчика другого адреса. Когда вся ранее отправленная корреспонденция была продублирована по этому адресу, поведение ответчика радикально изменилось. Поняв, что «спрятаться» за неверным адресом не удастся, ответчик начал активно участвовать в процессе, и в итоге дело было закончено взаимовыгодным мировым соглашением.

#### Контрольные вопросы к § 3.5.

1. Что понимается под «правом на справедливое разбирательство» в международном арбитраже?
2. Целесообразно ли ответчику уклоняться от участия в разбирательстве в международном арбитраже?

---

<sup>228</sup> В соответствии с п. 9 ч. 1 ст. 126 АПК адреса лиц, участвующих в разбирательстве в российском государственном арбитражном суде, должны быть подтверждены недавно полученной выпиской из ЕГРЮЛ.

3. Какие меры следует предпринять истцу и составу арбитража, если документы по делу, адресованные ответчику, по известному истцу адресу доставить не удалось?

*§ 3.6. Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – выбор и назначение арбитра, конфликт интересов, отводы*

Теперь обратимся к более подробному анализу некоторых (наиболее существенных) из процессуальных прав, предоставленных сторонам в связи с их участием в арбитраже.

Первым из таких прав является *право на назначение арбитра*. Хотя в стандартной арбитражной оговорке ЛМТС такого права сторонам не предоставлено, зачастую стороны, заключившие контракт с арбитражной оговоркой, отсылающей к Регламенту ЛМТС, договариваются о назначении каждой из сторон по одному арбитру либо еще при заключении контракта (т.е. отступают от стандартной оговорки, что, разумеется, не делает арбитражное соглашение недействительным), либо уже при обращении в арбитраж. В других ведущих арбитражных институтах каждая из сторон назначает одного из арбитров, а председателя назначает сама арбитражная институция (например, во МКАС при ТПП РФ это осуществляет его Президиум)<sup>229</sup>. Если же дело рассматривается по Регламенту ЮНСИТРАЛ, то назначение арбитров осуществляется следующим образом: каждая из сторон назначает по одному арбитру, а назначенные таким образом арбитры назначают председателя состава арбитража.

Отметим, что при рассмотрении дел по Регламентам ЛМТС и МТП стороны лишь предлагают (номинаруют) кандидатов на позицию арбитра в соответствующем споре, а назначение осуществляется соответствующей арбитражной институцией – Судом ЛМТС или Международным Арбитражным Судом МТП. Впрочем, как правило эти институции соглашаются с выбором стороны, если не существует очевидных препятствий к исполнению функций арбитра предложенным стороной кандидатом.

Разумеется, уклонение ответчика от участия в арбитражном разбирательстве, в результате чего он так и не назначит арбитра, не сорвет арбитраж – любой регламент предусматривает, что в таком случае второй арбитр будет назначен без участия ответчика.

---

<sup>229</sup> В отличие от всех других ведущих арбитражных институций, при рассмотрении дела во МКАС при ТПП РФ сторонами и Президиумом назначаются не только арбитры и председатель состава арбитража, но и запасные арбитры и запасной председатель.

Например, по Регламенту МКАС при ТПП РФ назначение арбитра (и запасного арбитра) за ответчика в таком случае произведет Президиум МКАС. При рассмотрении спора по Регламенту ЮНСИТРАЛ в случае, если ответчик не назначил арбитра в течение 30 дней с момента получения уведомления о назначении арбитра истцом, назначение будет осуществлено в соответствии со ст. 7 и 8 этого Регламента органом, которому предоставлены соответствующие полномочия.

Назначение арбитра является ключевым моментом в арбитражном разбирательстве. При этом следует помнить, что арбитр, назначенный определенной стороной, должен исполнять свои функции *независимо* (в том числе и от назначившей его стороны) и *беспристрастно*, т.е. ни в коем случае не должен рассматриваться осуществляющей назначение стороной в качестве еще одного адвоката, который будет защищать именно ее интересы. Кстати, некоторые юристы, особенно российские и азиатские, назначенные арбитрами сторонами, принадлежащими их соотечественникам, как раз так и поступают. Результаты такой излишне активной, зависимой позиции арбитра, как правило, оказываются плачевными, и вместо эффективного воздействия на других арбитров «изнутри» такие стороны добиваются лишь того, что два других арбитра, составляющие достаточное для вынесения решения большинство состава арбитража, поддерживают оппонента, который назначил в процесс действительно независимого и беспристрастного арбитра. Вот как описывается такая ситуация в одной из зарубежных публикаций:

«С практической стороны, арбитр, который проявляет себя как безоговорочный сторонник позиции одной из сторон, утратит свой авторитет в глазах двух других арбитров, особенно председателя»<sup>230</sup>.

Попробуем объяснить причины такого положения, которое часто (и совершенно обосновательно, как правило) обосновывается изначально предвзятым отношением западных арбитров к деятельности их азиатских и восточно-европейских коллег. Арбитраж в его современном виде – явление западной правовой культуры, и участвующим в нем юристам следует ее изучать, вместо того чтобы жаловаться на несправедливость западных юристов.

Как пишут Редферн и Хантер,

«Назначенный стороной арбитр должен быть способен обеспечить надлежащее понимание составом арбитража позиции стороны, которая его назначила; в

---

<sup>230</sup> Newman L., Zaslowski D. The Party-Appointed Arbitrator Dialectic. New York Law Journal, volume 242. No 20, July 29, 2009.

частности, этот арбитр должен быть способен гарантировать, что любое недопонимание, которое может возникнуть в процессе вынесения решения составом арбитража (например, связанное с юридическими или языковыми сложностями), будет разрешено до того, как оно сможет повлечь за собой несправедливость»<sup>231</sup>.

Стоит обратить внимание на сложную формулировку, к которой прибегли мэтры: *арбитр должен только «обеспечить надлежащее понимание позиции»* – но не защиту или дополнение такой позиции, не критику позиции другой стороны, не сбор доказательств и аргументов. Конечно, любой арбитр, назначенный стороной, особенно внимательно выслушивает аргументы именно этой стороны, и поэтому он может оказать другим арбитрам помощь в ознакомлении с ними, но не следует рассчитывать на то, что его позиция всегда будет совпадать с позицией назначившей его стороны и что он станет безоговорочным проводником идей такой стороны<sup>232</sup>. В этом случае действительно не было бы различий между арбитром и адвокатом, а такие различия имеются, и носят они принципиальный характер.

Большинство серьезных решений в международном арбитраже принимается составами из трех арбитров, причем два других арбитра, прекрасно видя предвзятость своего коллеги, меньше прислушиваются к тому, что он говорит, и просто пытаются согласовать позицию между собой. Разумеется, двум юристам гораздо проще прийти к консенсусу, нежели трем, и в результате интересы стороны, назначившей арбитра, плохо понимающего отличие его роли от роли адвоката, неизбежно страдают. Хорошо понимающий свою роль арбитр должен сознавать, что он гораздо ближе находится к своим коллегам-арбитрам, нежели к другим участникам процесса. У каждой стороны есть, как правило, и сильные, и слабые аргументы, и безоглядная поддержка назначенным стороной арбитром всех аргументов этой стороны, желание подкрепить их собственными доводами, будут, несомненно, расценены председателем состава арбитража и третьим арбитром как признак непрофессионализма коллеги. Арбитр должен в первую очередь стремиться к установлению взаимопонимания и взаимного доверия с двумя другими арбитрами, особенно с председателем состава арбитража, и независимый и критический анализ материалов дела будет являться наилучшим подспорьем в решении такой задачи.

<sup>231</sup> Redfern & Hunter. Op. cit. P. 250.

<sup>232</sup> Стороны часто номинируют арбитров, имеющих одинаковое с ними гражданство, «...чтобы обеспечить понимание хотя бы одним членом состава арбитража культурных и правовых традиций соответствующей стороны» Peter Turner & Reza Mohtashami, A Guide to the LCIA Arbitration Rules, ¶ 4.50. Oxford University Press (2009).

Какого арбитра назначить, как найти подходящего кандидата? Ответ на этот непростой вопрос следует давать, прежде всего, исходя из сформулированной выше максимы о способности арбитра «обеспечить надлежащее понимание позиции» другими членами состава арбитража, т.е. из его способности добиться взаимопонимания с коллегами. Если такого взаимопонимания не будет достигнуто, то назначение следует признать неудачным – даже блестяще написанное особое мнение не поколеблет, скорее всего, юридической силы решения, вынесенного большинством голосов (об этом см. § 3.10 далее).

Кто же может рассчитывать на установление взаимопонимания с коллегами? Разумеется, опытный и квалифицированный юрист, имеющий за плечами большой опыт и обладающий безупречной профессиональной репутацией. «Идеальный» арбитр должен быть пожилым (старше 60 лет) специалистом, либо долгие годы практиковавшим в составе юридической фирмы, либо долгие годы занимавшимся научными исследованиями в соответствующей области права. Особенно эффективным оказывается назначение арбитров из числа бывших судей стран с хорошо развитой правовой системой, например, Англии. Долгие годы воспринимая аргументы оппонированных друг другу адвокатов, эти судьи вырабатывают в себе отличную способность отделять главное от второстепенного, помнить большой объем сведений, касающихся материалов дела. Кроме того, что немаловажно, за их плечами стоит авторитет английской судебной системы, а иногда и вынесенные ими решения, ставшие знаменитыми прецедентами. В таком случае участие в деле известного арбитра может предопределить исход процесса, подчинить себе мнение других арбитров, даже если он не является председателем состава арбитража<sup>233</sup>.

Должен ли подходящий кандидат знать ту систему права, которой подчинены правоотношения сторон? В идеале – должен, так как очень часто российские и другие восточно-европейские компании, выступающие ответчиками в международных арбитражах по контрактам, подчиненным западно-европейскому праву (английскому – наиболее популярному в сфере трансграничных контрактов, или шведскому либо швейцарскому, признаваемым наиболее «нейтральными»), хотят обосновать свою позицию ссылками на свой *lex societatis*, и поэтому пытаются выдвигать в состав арбитража юриста, специализирующегося именно на праве соответствующего восточно-европейского государства.

---

<sup>233</sup> Отметим, что российское законодательство о статусе судей запрещает судьям, как действующим, так и в отставке, выступать в качестве арбитров (третейских судей) (подп. 1 п. 3 ст. 3 Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 (ред. от 29 марта 2010 г.) «О статусе судей в Российской Федерации»).

Таковую практику следует признать правильной только в том случае, если этот юрист сумеет наладить надлежащий контакт и взаимодействие со своими коллегами-арбитрами, если его не разделяет с ними ни мировоззрение, ни личный опыт, ни язык. Если же найти такого специалиста по, например, казахстанскому или украинскому праву, не удастся, лучше назначить сугубо западного юриста, а в доказывании содержания норм незнакомого арбитрам *lex societatis* ответчика полагаться на помощь авторитетных экспертов (об этом см. далее § 3.8).

Назначение арбитра является очень важным процессуальным правом лиц, участвующих в арбитражном разбирательстве, и нужно обеспечить, чтобы все стороны имели возможность воспользоваться им в полной (или, в крайнем случае, равной) мере. Но если в деле участвует несколько лиц, то иногда это вызывает затруднения. Например, если в деле участвует два ответчика (каждый из которых намерен заявить собственную линию защиты и «свалить вину» на другого ответчика), достижение ими договоренности о номинировании или назначении единого кандидата в арбитры довольно проблематично. Традиционно, в таких случаях назначение арбитра за нескольких ответчиков осуществлялось институциональным арбитражным органом. Однако в деле *BKMI and Siemens v. Dutco* французские государственные суды отменили вынесенное во Франции международное арбитражное решение МТП по той причине, что компания Dutco самостоятельно номинировала арбитра, в то время как BKMI и Siemens были вынуждены против своего желания согласовывать между собой взаимоприемлемую кандидатуру. По мнению французских судов, тем самым был нарушен принцип процессуального равенства сторон в арбитраже<sup>234</sup>.

После этого дела ведущие арбитражные институции мира внесли в свои регламенты изменения, в соответствии с которыми, если несколько истцов (или ответчиков) не смогут согласовать между собой взаимоприемлемую для них единую кандидатуру арбитра, то арбитров как за истца (истцов), так и за ответчика (ответчиков) назначит соответствующая арбитражная институция (ст. 10 Регламента МТП 1998 г., ст. 12.8 Регламента МТП 2012 г., ст. 8 Регламента ЛМТС, п. 8 § 17 Регламента МКАС при ТПП РФ). Но такие дела все-таки довольно редки, и, как правило, стороны могут сами назначить или номинировать арбитра.

---

<sup>234</sup> French Cass. Civ. 1-ere, 7 January 1992. По этому вопросу см. публикацию на русском языке: Рубинина Е.А. Многосторонний арбитраж: проблема формирования состава арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 41.

Еще раз повторим вопрос: как найти подходящего кандидата? Разумеется, специалисты международных юридических фирм знают ведущих специалистов и готовы посоветовать, кого выбрать, а юристы, не специализирующиеся в международном арбитраже, вряд ли подадут правильный совет. Но в назначении знаменитого и востребованного в мире арбитра кандидата могут быть и свои теневые стороны. Не секрет, что при значительном объеме дел, рассматриваемых международными арбитражами в мире (причем в кризисы количество дел может за год вырасти в полтора-два раза), число опытных арбитров невелико, иногда их график расписан вперед на многие месяцы, а то и годы<sup>235</sup>. Кроме того, следует помнить, что опытный арбитр, как правило, не молод – при этом назначающая его сторона полагается на его внимание, красноречие, готовность многие дни и даже недели провести в напряженном процессе и написании арбитражного решения.

Кроме этого, существенным фактором, дополнительно снижающим количество готовых к работе арбитров, является проблема «конфликта интересов». С нею сталкивались все, кто хотя бы раз обращался за помощью в международную юридическую фирму – прежде чем принять нового клиента, там проводится проверка, не является ли такой клиент конкурентом уже обслуживаемой компании или физического лица. Однако в сфере арбитража вопрос о «конфликте интересов» ставится более остро – в какой степени арбитр может считаться независимым и беспристрастным, если он ранее уже имел дело с кем-то из участников процесса или их представителей, а равно и с другими арбитрами? Попытка утаить соответствующую информацию может свидетельствовать о недобросовестности арбитра и (теоретически) повлечь за собой отмену арбитражного решения или отказ в его приведении в исполнение, раскрытие же такой информации арбитром иногда влечет за собой заявление арбитру отвода (об этом см. ниже в настоящем параграфе).

Рассмотрение вопроса о независимости и беспристрастности арбитра дополнительно осложняется отсутствием единых критериев конфликта интересов и оценочными категориями, которыми руководствуются как сами арбитры, так и стороны, участвующие в процессе, а равно и органы, рассматривающие отводы.

---

<sup>235</sup> С 2009 г. МАС МТП перед тем, как назначить номинированного арбитра, стал требовать предоставления им сведений о его загрузке на ближайшие годы. Таким образом, кандидаты в арбитры МТП должны быть готовы к тому, чтобы сообщить об общем количестве судебных и арбитражных дел, которые они ведут на момент номинирования. Разумеется, о том, что это за дела, кандидат в арбитры вправе не сообщать.

Основным источником сведений, которые подлежат учету и анализу, являются IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, одобренные 22 мая 2004 г. Советом IBA (далее – IBA Guidelines<sup>236</sup>). В соответствии с этим документом существуют несколько перечней фактов и обстоятельств, которые должны приниматься во внимание при анализе возможного конфликта интересов:

1. *зеленый перечень*, содержащий обстоятельства, которые безусловно не препятствуют принятию функций арбитра и не подлежат раскрытию арбитром. Это, в частности, наличие контактов с другим арбитром или представителем стороны, не связанных с данным делом, научная деятельность, в ходе которой арбитр изучал вопросы, похожие на те, которые возникли в данном деле, участие фирмы, в которой работает арбитр (без его вовлечения) в другом процессе против одного из участников настоящего разбирательства;

2. *оранжевый перечень*, содержащий обстоятельства, которые не препятствуют принятию функций арбитра, но подлежат раскрытию арбитром. Если в течение 30 дней после раскрытия таких обстоятельств ни одна из сторон не выразит недоверия арбитру, то согласно IBA Guidelines такие обстоятельства уже не могут в будущем использоваться для того, чтобы служить возражением против приведения в исполнение арбитражного решения или основанием для его отмены. Если же какая-либо из сторон сочтет, что имеющиеся обстоятельства препятствуют принятию функций арбитра, но заявленный ею отвод не будет удовлетворен, арбитр все-таки может принять назначение, понимая, что положенные в основу такого отвода доводы могут быть вновь использованы в государственном суде в ходе процедуры приведения в исполнение или отмены арбитражного решения. В оранжевый перечень входят, в частности, такие обстоятельства: арбитр или фирма, в которой он работает, в течение последних трех лет оказывали услуги по другому делу одной из сторон процесса, арбитр назначался одной из сторон или ее представителем арбитром по другим делам в других процессах два и более раз за последние три года, арбитр исполняет или исполнял в течение последних трех лет функции арбитра по взаимосвязанному делу или делам, юридическая фирма арбитра или связанная с ней фирма оказывает услуги одной из сторон или ее аффилированному лицу; другой юрист из фирмы арбитра является арбитром по делу с участием одного или более лиц, участвующих в настоящем разбирательстве, арбитр связан тесными дружескими или

---

<sup>236</sup> Неофициальный перевод на русский язык: Руководство Международной ассоциации юристов по конфликту интересов в международном арбитраже // Третейский суд. 2008. № 2. С. 44. Рекомендую все-таки по возможности пользоваться английским оригиналом.

профессиональными отношениями с лицом, являющимся руководителем одной из сторон настоящего процесса;

3. *условный красный перечень*, содержащий обстоятельства, которые препятствуют принятию функций арбитра и подлежат раскрытию арбитром. Арбитр должен их раскрыть и отказаться от принятия предложенных ему функций, но если все стороны этого процесса выразят ему доверие и попросят в деле участвовать, то он может принять функции арбитра. В условный красный перечень входят, в частности, следующие обстоятельства: арбитр вовлекался в рассмотрение данного дела в качестве консультанта или эксперта одной из сторон, он сам или его юридическая фирма консультирует одну из сторон или ее аффилированное лицо, арбитр или его близкий родственник связан с одной из сторон настоящего разбирательства;

4. *безусловный красный перечень*, содержащий обстоятельства, при наличии которых арбитр однозначно отказывается от принятия функций арбитра. Это финансовая связь арбитра с одной из сторон, его личная заинтересованность в исходе дела, оказание им самим или его фирмой услуг одной из сторон в связи с настоящим разбирательством, причем плата за такие услуги является существенной.

Все перечни (причем для полного ознакомления с ними следует не ограничиваться приведенными выше краткими извлечениями из них и обращаться непосредственно к тексту IBA Guidelines) не являются исчерпывающими, более того, в разных странах существует различная практика их применения<sup>237</sup>. Возможно, по этой причине ТПП РФ своим Приказом от 27 августа 2010 г. утвердила Правила о беспристрастности и независимости третейских судей, рекомендованные для рассмотрения конфликтов интересов, связанных как с международными арбитражами, так и с разбирательствами во внутренних третейских судах на территории РФ, причем проходящими не только под эгидой ТПП РФ (Правила ТПП)<sup>238</sup>.

Правила ТПП, несомненно, логически связаны с IBA Guidelines, но при этом организованы иначе: в них нет обозначенных цветами перечней и есть лишь три списка обстоятельств, связанных с принятием функций арбитра (в терминологии Правил – осуществлением полномочий третейского судьи):

---

<sup>237</sup> Scherer M. The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: The First Five Years 2004–2009, Dispute Resolution International, 2010, vol. 4. No 1; Петрик Н.М. Предвзятость арбитра как основание для отмены и отказа в исполнении арбитражного решения // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2. С. 161.

<sup>238</sup> См. Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2. С. 130.

1. *обстоятельства, безусловно препятствующие принятию функций арбитра*, в частности, денежные или коммерческие отношения арбитра с одной из сторон, участвующих в этом разбирательстве, или представление ее интересов в этом разбирательстве, или участие арбитра или его ближайших родственников в капитале одной из сторон, если доля в капитале превосходит 5% капитала соответствующего лица;

2. *обстоятельства, требующие раскрытия* (причем если по итогам такого раскрытия арбитра будет заявлен отвод, орган, уполномоченный рассматривать вопрос об отводе, не обязан его удовлетворять), включающие в себя, в частности, тот факт, что в течение трех лет, предшествовавших этому разбирательству, арбитра получал от одной из сторон или ее представителя вознаграждение по трудовым или гражданско-правовым договорам, представлял ее интересы в другом разбирательстве; фирма арбитра оказывает или оказывала в течение трех лет, предшествовавших этому разбирательству, услуги одной из сторон настоящего разбирательства или ее представителю; арбитра находится или в течение трех лет, предшествовавших разбирательству, находился в отношениях должностной зависимости с другим арбитром, представителем стороны или участвующим в деле экспертом, или работал или работает в той же организации; наличие академических связей между арбитром и участвующим в деле лицом.

3. *обстоятельства, не требующие раскрытия*, включающие в себя, в частности, участие арбитра в одной ассоциации, общественном объединении или списке арбитров с представителем или представителями сторон<sup>239</sup>, арбитра назначался избранной его стороной этого разбирательства арбитром по другим делам, не связанным с этим разбирательством, или связанным с ним, но при этом начатым одновременно.

Очевидно, что Правила ТПП РФ проще и утилитарнее IBA Guidelines. К сожалению, в них допущено одно (по крайней мере одно) прямое противоречие с IBA Guidelines: согласно Правилам о назначении стороной данного процесса арбитра в состав арбитража по другим делам, не связанным с настоящим разбирательством, сообщать *не надо*, в то время как согласно IBA Guidelines, если арбитра назначался одной из сторон или

---

<sup>239</sup> См. Определение ВАС РФ от 10 июня 2010 г. № ВАС-6228/10, в котором судьи ВАС РФ согласились с мнением судей ФАС МО о том, что включение арбитра в список третейских судей некоего третейского суда, председателем которого является руководитель юридической фирмы, которая представляла в деле интересы истца, не является поводом для сомнений в беспристрастности арбитра. Вот как сформулирован такой вывод:

«...не представлено доказательств, подтверждающих заинтересованность арбитра В. в разрешении спора в пользу общества, а также наличия трудовых или клиентских отношений с лицами, участвующими в третейском разбирательстве. Сам по себе факт включения конкретных физических лиц в список арбитров не образует между этими лицами служебной связи».

Поэтому арбитра не должен раскрывать информации о том, что он состоит в таком списке.

ее представителем арбитром по другим делам в других процессах два и более раз за последние три года и/или арбитр исполняет или исполнял в течение последних трех лет функции арбитра по взаимосвязанному делу или делам, то это обстоятельство входит в так называемый оранжевый перечень и *требует раскрытия*. Поэтому, если предполагается возможность приведения в исполнение арбитражного решения, которое выносится в России, за рубежом, арбитрам рекомендуется следовать более строгим требованиям IBA Guidelines и такие факты раскрывать.

К тому же выводу нас приводит анализ пункт 11 Информационного письма № 156, которым закреплено, что раскрытие арбитром информации о том, что одна из сторон ранее в течение последних трех лет уже не раз избирала его арбитром, не повлечет за собой отказа в приведении в исполнение вынесенного впоследствии с его участием арбитражного решения. При этом пояснено, что если заинтересованное лицо не заявило арбитру своевременного отвода в связи с раскрытой информацией, то оно утратило право в дальнейшем ссылаться на такие обстоятельства. Соответствующие положения мы найдем в регламентах всех ведущих арбитражных институций, в Регламенте ЮНСИТРАЛ и в статье 4 Закона о МКА. Ясно, что Президиум ВАС РФ обращает внимание сторон по делу и арбитров на необходимость соблюдения именно IBA Guidelines, а не противоречащих им в этом вопросе (о неоднократном назначении в течении трех лет) Правил ТПП.

В общем, жесткие требования как IBA Guidelines, так и Правил ТПП в первую очередь ограничивают возможности юристов, работающих в составе юридических фирм, особенно международных, выступать в качестве арбитров. В самом деле, вряд ли можно рассчитывать на беспристрастность партнера фирмы в отношении интересов истца (или ответчика), чье аффилированное лицо является крупным клиентом одного из офисов фирмы. Поэтому юристы крупных фирм в международном арбитраже чаще всего выполняют функции представителей сторон, а большинство арбитров – это либо ушедшие из фирм опытные юристы, более не связанные с фирмой конфликтами интересов, либо ученые, либо отставные судьи. Отдельно следует выделить английских барристеров, на которых правила конфликта интересов, как правило, не распространяются, так как их клиентами являются чаще всего юридические фирмы, а не непосредственно истцы и ответчики, поэтому в списках арбитров мы видим много барристеров.

Как узнать, есть ли у потенциального арбитра конфликт интересов, есть ли у него время и заинтересованность в участии в процессе? Для этого представитель стороны,

находящейся в поиске арбитра, может обратиться к соответствующему кандидату, и, сообщив ему лишь общие сведения о деле и его сторонах и их представителях, достаточные для решения вопроса о конфликте интересов и наличии у арбитра необходимой квалификации и возможности принять назначение, получить ответ на вопрос о том, готов ли такой кандидат к участию в деле. Иногда для обсуждения этих вопросов можно провести телефонные переговоры или даже личную встречу (в п. 9.7 Правил ТПП она называется «собеседованием»), причем о таких переговорах потенциальный арбитр в процессе его назначения имеет право никому не сообщать. Но для этого информация, сообщаемая кандидату в процессе «собеседования», должна быть только самой общей, чтобы арбитр не получил раньше времени сведений о сущности позиции номинирующей/назначающей его стороны<sup>240</sup>. Впрочем, к процедуре «собеседования» есть смысл прибегать лишь в действительно крупных и сложных делах, назначение арбитров в делах мелких, как правило, осуществляется без каких-либо его контактов с номинирующей/назначающей стороной.

Отметим также, что у ряда арбитражных институций (у МКАС при ТПП РФ, например), имеются списки арбитров, из которых сторонам предлагается выбирать назначаемых ими кандидатов в арбитры. Такие списки не препятствуют назначению арбитрами других лиц, «которые обладают необходимыми знаниями» для исполнения функций арбитра (п. 1 § 3 Регламента МКАС при ТПП РФ). Если назначенный стороной арбитр не входит в список арбитров соответствующей арбитражной институции, он должен одновременно с подписанием заявления о принятии функций арбитра предоставить свою биографию.

Но – и это гораздо важнее биографии – любой потенциальный арбитр при принятии полномочий должен подписать *заявление о независимости и беспристрастности*, в котором он обязуется следовать принятым в международном арбитраже стандартам, и раскрыть всю информацию о своих связях с другими участниками процесса (включая как стороны и их представителей, так и других арбитров), которые предусмотрены IBA Guidelines или, по крайней мере, Правилами ТПП. Если такая информация раскрыта не будет, но при этом соответствующие связи будут выявлены, это может привести к отводу арбитра. Более того, обязанность арбитра по

---

<sup>240</sup> Во время «собеседования» важно не «перегнуть палку» и не вызвать у потенциального арбитра антипатии. Например, один известнейший арбитр рассказывал (не называя имен, разумеется), как в ходе собеседования его спросили, каков процент дел, в которых назначившая его сторона одерживала победу. Арбитр ответил, что такой статистики не ведет и в любом случае назначения от этой «любопытной» стороны не примет.

раскрытию информации о конфликте интересов является длящейся – с вступлением в процесс новых лиц (сторон, их представителей, других арбитров) от арбитра может потребоваться осуществлять раскрытие информации вновь и вновь, так как с новыми лицами у него могут иметься контакты, о которых он не сообщил при составлении первоначального заявления о независимости и беспристрастности<sup>241</sup>. При этом повторим, что самый факт раскрытия информации об имевшемся контакте с участвующими в деле лицами о пристрастности и зависимости арбитра не свидетельствует, а нераскрытие информации, которая фигурирует в условном красном или оранжевом перечне IBA Guidelines, напротив, может рассматриваться как аргумент в пользу того, что арбитр пристрастен и должен быть отведен.

Примером последствий, к которым может привести нарушение арбитром обязательства о раскрытии информации, может послужить дело апелляционного суда штата Техас *Karlseng v. Cooke*, No. 05-09-01002-CV, 2011 Tex. App. LEXIS 4868 (Tex. App. Ct. June 28, 2011), отменившего арбитражное решение по следующим причинам.

Судья в отставке г-н Ф. был назначен арбитром, и в соответствии с правилами раскрытия информации сообщил, что хотя юридическая фирма, представлявшая интересы истца, назначала его арбитром по другому делу в течение последних пяти лет, это не мешает ему рассматривать этот спор независимо и беспристрастно. На этом начальном этапе разбирательства эта фирма была представлена в процессе г-жой Б. и г-ном Х. Но спустя пять дней после того, как арбитр Ф. подписал свое заявление о независимости и беспристрастности, в дело вступил еще один юрист этой фирмы, г-н Дж. Арбитр Ф. не стал подавать в арбитражную институцию новое заявление, раскрывающее наличие у него тесных дружеских контактов с г-ном Дж. Арбитраж закончился вынесением решения в пользу истца. Но к концу процесса ответчик узнал о дружбе Ф. и Дж., и обратился в государственный суд с заявлением об отмене арбитражного решения. Заявление было удовлетворено, так как тот факт, что арбитр Ф. не раскрыл свои контакты с юристом истца, позволил заподозрить его в пристрастном отношении к истцу, интересы которого защищал его друг<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Нарушение этого правила уже стало причиной (или одной из причин) отмены решения МКАС при ТПП РФ в 2011 г., см. Постановление ФАС Московского округа от 10 октября 2011 г. по делу № А40-35844/11-69-311 (*НЛМК против Максимова*).

<sup>242</sup> О более сложных материях, связанных с оценкой независимости и беспристрастности арбитра, см. *Park W. Rectitude in International Arbitration*. *Arbitration International*. 2011 vol. 27 P. 473; *Уолли Т., Тейтельбаум Р.* Решения Лондонского международного третейского суда по вопросу отвода арбитров: введение//Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 170. В том же номере журнала опубликованы переводы на русский язык некоторых решений Суда ЛМТС по вопросу об отводе арбитров.

Право на отвод арбитра может быть использовано участвующими в деле сторонами только *своевременно*, т.е. сразу после того, как соответствующей стороне стали известны какие-либо обстоятельства, дающие основания усомниться в независимости и беспристрастности арбитра. Предусмотренный в оранжевом перечне IBA Guidelines 30-дневный срок на заявление отвода арбитра является лишь рекомендательным, и для уточнения срока, применяемого в соответствующем разбирательстве, следует обратиться к его регламенту.

Согласно регламентам МКАС при ТПП РФ (п. 1 § 18), ЮНСИТРАЛ (ст. 11.1), Арбитражного института ТПС (ст. 15.2) и ЛМТС (ст. 10.4) отвод (обязательно содержащий изложение положенных в его основание мотивов) должен быть заявлен *в течение 15 дней* после того, как сторона узнала об обстоятельствах, которые могут служить основанием для отвода. Согласно же Регламенту МТП (ст. 11.2 редакции 1998 г. и ст. 14.2 редакции 2012 г.) отвод должен быть заявлен в течение 30 дней с момента, когда соответствующая сторона получила (или должна была получить) сведения, положенные в основание отвода<sup>243</sup>.

Если отвод не будет заявлен своевременно, то соответствующая сторона будет считаться отказавшейся от права на заявление данного отвода – такие правила есть во всех арбитражных регламентах и в национальных законах, основанных на Типовом законе ЮНСИТРАЛ (см. ст. 4 Закона о МКА). Поэтому сведения, которые могут быть положены в основание отвода арбитра, не могут быть «спрятаны» в качестве запасного аргумента, к которому сторона прибегает, только убедившись в том, что разбирательство складывается для нее неудачно. Такой вывод следует и из сопоставления между собой теоретических примеров, приведенных в пунктах 11 и 12 Информационного письма № 156: в первом из этих дел заинтересованная сторона отвода в процессе арбитража не заявила, в связи с чем утратила право ссылаться на несоответствие состава арбитража принципам независимости и беспристрастности; во втором случае отвод был заявлен и отклонен, что не помешало

---

<sup>243</sup> В реже применяемых в делах с участием российских компаний Швейцарском регламенте (на русском языке см: Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 96) и Венских правилах не содержится указания на пресекающий срок, в течение которого может быть заявлен отвод арбитра, однако не следует полагать, что в арбитражах по таким регламентам отвод может быть заявлен когда угодно. Согласно ст. 15.6 Швейцарского регламента участники процесса должны действовать добросовестно, а согласно его ст. 30 участвующая в разбирательстве сторона, которая не заявила незамедлительно возражения против возможного нарушения процедуры, считается отказавшейся от права на такое возражение. Такие нормы по сути также требуют незамедлительного заявления отвода арбитра, как только стороне станет известно, что существуют сомнения в его независимости и беспристрастности. В Венских правилах есть аналогичные нормы, и, кроме того, в ст. 11.3 этого регламента указано, что не допускается отвод, поданный с «неуместным опозданием».

стороне, проигравшей арбитраж, успешно возражать против приведения в исполнение арбитражного решения, в принятии которого принимал участие пристрастный арбитр.

В деле об отмене решения МКАС при ТПП РФ судьи ВАС РФ разъяснили (Определение ВАС РФ от 18 апреля 2011 г. № ВАС-2861/11 по делу № А40-86253/10-69-758):

«В силу положений статьи 4 Закона [«О международном коммерческом арбитраже»], если сторона знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, 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».

Жесткие пресекательные сроки на заявление отвода требуют большого внимания при анализе информации, раскрытой арбитром в его заявлении, сделанном при принятии полномочий арбитра, а также информации, доступной в других источниках. Прямо скажем, иногда поводы (по крайней мере – формальные) для отвода арбитров существуют, например, если процедура анализа конфликта интересов была проведена арбитром некачественно и он не сообщил (потому что не знал этого или по другой причине), например, о том, что новозеландский офис его фирмы обслуживает аффилированное лицо участника процесса, или что его жене принадлежит крупный пакет акций истца или ответчика<sup>244</sup>. Поэтому отвод надо заявлять безотлагательно (если, конечно, сторона сомневается в беспристрастности и независимости арбитра), иначе он может быть отвергнут по формальному признаку несвоевременности.

Если в ходе разбирательства из какого-либо источника информации, который ранее был недоступен, станет известно о наличии у арбитра конфликта интересов, о чем он своевременно информации сторонам не предоставил, отвод может быть заявлен и в середине, и в конце процесса. Это относится в первую очередь к отводу арбитра,

---

<sup>244</sup> В Правилах ТПП (ст. 5.2) указывается, что принадлежность арбитру или его родственникам более 5% уставного капитала участника процесса безусловно препятствует принятию им функций арбитра; IBA Guidelines указывают, что владение арбитром «незначительным количеством акций, находящихся в публичном обращении, одной из сторон разбирательства или ее аффилированного лица» относится к зеленому перечню, т.е. не является препятствием к осуществлению функций арбитра и раскрытия не требует (п. 4.5.2). Тут также заложено определенное противоречие между IBA Guidelines, содержащими различные подходы к акциям публичных компаний и к доступу к органам управления прочих компаний, и Правилами ТПП, содержащими лишь 5-процентный критерий.

номинированного или назначенного оппонентом стороны, заявляющей отвод. Главное для заявляющей отвод стороны будет объяснить, почему сведения, на которых основан отвод, попали в ее распоряжение не сразу после формирования состава арбитража, когда участники процесса изучают биографии арбитров и раскрытую ими информацию о возможном конфликте интересов, а позже. Если источник информации является открытым (например, публикация арбитра в журнале, его выступление на конференции и т.п.), но заявившая отвод сторона просто не сразу его нашла, скорее всего отвод будет отклонен, так как органы, рассматривающие отводы, как правило, стремятся к тому, чтобы не замедлять разбирательство<sup>245</sup>.

В российской судебной практике вставал вопрос о том, можно ли считать арбитра пристрастным или зависимым, если он выступал на конференции или семинаре, спонсированном участвующей в процессе юридической фирмой, и не сообщил сторонам об этом при принятии функций арбитра. После некоторых колебаний российские государственные арбитражные суды пришли к мнению, что такое выступление не создает связи между арбитром и юридической фирмой, и сведения о нем раскрываться не должны<sup>246</sup>. Это разумно, так как ведущие арбитры принимают каждый год участие в нескольких конференциях, у каждой из них много спонсоров, и запоминать их всех (и раскрывать об этом информацию) арбитрам просто непосильно, тем более, что никакого вознаграждения за выступление на публичном мероприятии они, как правило, не получают и контактов со спонсорами не поддерживают. Впоследствии такой подход был отражен в Правилах ТПП (п. 8.2.9).

Если после заявления отвода арбитр не возьмет самоотвод (что прекращает его полномочия) или если другая сторона не поддержит заявленный отвод (что также прекращает полномочия арбитра), то отвод подлежит рассмотрению органом, уполномоченным на это в соответствии с подлежащим применению регламентом

---

<sup>245</sup> В качестве примера такого несвоевременно заявленного отвода можно рассматривать дело российских лыжниц против Международной федерации лыжного спорта (FIS) и Международного олимпийского комитета (ИОС), рассмотренное Спортивным арбитражным судом в Лозанне (САС). Отвод арбитрам по причине того, что они ранее работали по другим делам вместе с юристами, представлявшими интересы FIS и ИОС, был отклонен как несвоевременный, так как он был заявлен лишь в конце арбитражного разбирательства. Верховный Суд Швейцарии, в котором оспаривалось решение САС, позицию арбитража поддержал, указав, в частности, следующее: «Вся информация касательно личных обстоятельств, на которые истицы пожелали сослаться как на основание для отводов, была опубликована на сайте САС в Интернете в то время, как были поданы жалобы в САС». См. перевод решения Верховного Суда Швейцарии от 27 мая 2003 г. в журнале «Международный коммерческий арбитраж». 2005. № 4. С. 140.

<sup>246</sup> См. Постановление ФАС МО от 27 августа 2009 г. № КГ-А40/8155-09, хотя ранее в Постановлениях ФАС МО от 26 июля, 13 августа 2007 г. № КГ-А40/6775-07 по делу № А40-4577/07-8-46, № А40-4582/07-8-47 и № КГ-А40/6616-07 по делу № А40-4576/07-69-46, № А40-4581/07-69-47 был сформулирован противоположный подход.

арбитража. Обычно в институциональных арбитражах отводы рассматриваются тем органом арбитражной институции, который осуществляет назначение арбитров (в МКАС при ТПП РФ это Президиум, в ЛМТС – лицо или лица, назначенные Судом ЛМТС<sup>247</sup>, в МТП – Международный Арбитражный Суд МТП, в Арбитражном институте ТПС – Правление ТПС<sup>248</sup>). При рассмотрении дела по Регламенту ЮНСИТРАЛ решение в отношении отвода арбитра принимает назначающий орган, определяемый в соответствии с арбитражной оговоркой и процедурой, предусмотренной ст. 6 этого Регламента<sup>249</sup>. Перед рассмотрением вопроса арбитру, которому заявлен отвод, предоставляется возможность сообщить свои соображения по существу отвода в письменной форме, при необходимости могут быть получены письменные объяснения других арбитров и сторон.

Решение органа, рассматривающего вопрос об отводе, не может быть обжаловано в государственный суд. Кроме того, такие органы, как правило, не мотивируют свои решения или мотивируют лишь решения, в которых в удовлетворении заявления об отводе арбитра отказывается. Тем не менее сторона, заявившая отвод, который не был удовлетворен, не утрачивает права ссылаться впоследствии при оспаривании арбитражного решения или его приведении в исполнение на то, что один из арбитров был пристрастен или зависел от другой стороны, что свидетельствует о том, что процедура разбирательства не соответствовала соглашению сторон. Иногда (очень редко) государственные суды при рассмотрении дел о приведении в исполнение арбитражных решений указывают, что заявленный отвод следовало удовлетворить, и (если отвод был отклонен) отказывают в приведении в исполнение арбитражного решения, в принятии которого участвовал арбитр, получивший заявление отвод<sup>250</sup>. Такой случай приведен в п. 12 Информационного письма № 156, причем, по мнению автора, этот случай смоделирован при подготовке этого письма и не основан на материалах дела, связанного с международным арбитражем.

<sup>247</sup> О практике Суда ЛМТС по рассмотрению отводов см. *Thomas W. Walsh and Ruth Teitelbaum, The LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: An Introduction, Arbitration International, (Kluwer Law International 2011 Volume 27 Issue 3). P. 283.*

<sup>248</sup> О практике Правления ТПС по рассмотрению отводов см. *Линдстрем Н. Отвод арбитров. Решения Правления ТПС в 2008–2010 годах // Третейский суд. 2011. № 5. С. 60.*

<sup>249</sup> Если на территории России проходит международный арбитраж *ad hoc*, в котором отсутствует согласованная сторонами процедура рассмотрения отвода арбитра, то в соответствии со ст. 13 Закона о МКА отвод будет рассмотрен самим составом арбитража, а если в удовлетворении заявления об отводе будет отказано, то окончательное решение по отводу будет принято Президентом ТПП РФ.

<sup>250</sup> *Rechtbank Amsterdam. 27 August 2002. Goldtron Limited v. Media Most B.V.* Решение суда было опубликовано: *Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXVIII (2003). P. 814–820.* См. об этом деле подробнее: *Хобер К. Решение Окружного суда Амстердама от 27 августа 2002 г. по вопросу о признании и приведении в исполнение решения МКАС при ТПП РФ от 19 ноября 2001 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 111.*

Повторим, что если сторона участвовала в разбирательстве и не заявила своевременно отвод арбитру, в независимости и беспристрастности которого были основания усомниться, то она тем самым утрачивает право ссылаться на это как на нарушение процедуры арбитража. Приведем пример. ОАО «Мелеузовские минеральные удобрения» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об отмене решения МКАС при ТПП РФ от 29 июля 2008 г. по делу № 130/2007 по иску Asterix Overseas Corp. к ОАО «Мелеузовские минеральные удобрения», в числе оснований для его отмены заявителем было указано, что процедура формирования состава арбитража не соответствовала соглашению сторон. Арбитражный суд г. Москвы, а вслед за ним и ФАС МО в удовлетворении заявления отказали, указав следующее:

«О составе арбитража ОАО «Мелеузовские минеральные удобрения» стало известно с момента официального уведомления его об этом до начала арбитражного разбирательства.

Согласно § 46 Регламента МКАС, применение которого стороны согласовали в п. 5.2. контракта, если сторона не заявляет в предусмотренный срок или, когда таковой не установлен, без неоправданной задержки, возражение против несоблюдения в процессе состоявшегося в МКАС арбитражного разбирательства какого-либо положения настоящего Регламента, арбитражного соглашения или применимых норм законодательства о международном коммерческом арбитраже, от которых стороны могут отступать, она считается отказавшейся от своего права на возражение.

В обжалуемом судебном акте указано, что в процессе рассмотрения спора в МКАС при ТПП РФ ОАО «Мелеузовские минеральные удобрения» не заявляло о несоблюдении процедуры формирования состава арбитража, *не заявляло отводов кому-либо из арбитров* [выделено мною. – Б.К.], а также не возражало против рассмотрения спора в данном составе.

При таких обстоятельствах Арбитражный суд г. Москвы пришел к обоснованному выводу о том, что ОАО «Мелеузовские минеральные удобрения» согласилось с составом арбитров, рассмотревшим дело и принявшим решение, то есть состав арбитров соответствовал соглашению сторон»<sup>251</sup>.

При этом отметим, что если об обстоятельствах, позволяющих усомниться в беспристрастности арбитра, стало известно уже по завершении арбитражного

---

<sup>251</sup> Постановление ФАС МО от 28 января 2009 г. № КГ-А40/13179-08.

разбирательства, тот факт, что арбитр при своем назначении скрыл соответствующую информацию, может быть использован в качестве основания для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения.

Так, этот вопрос встал при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения внутреннего третейского суда, но это дело может быть использовано в качестве иллюстрации, так как нормы Закона о МКА и Закона о третейских судах о независимости и беспристрастности арбитров и раскрытии ими информации о возможном конфликте интересов совпадают по своему содержанию. ОАО «Улан-Удэнский авиационный завод» возражало против выдачи исполнительного листа на исполнение решения Арбитража при Московской Торгово-промышленной палате от 8 апреля 2009 года по делу № А-2008/12, которым с него в пользу ЗАО «ВАО "Интерпрофавиа"» была взыскана денежная сумма. Основанием для возражения было то, что председателем третейского суда при рассмотрении этого дела был назначен г-н Б., который подписал декларацию о независимости и беспристрастности при принятии полномочий третейского судьи и не раскрыл никакой информации о наличествующих у него связях с участниками процесса. Однако уже после вынесения решения третейского суда выяснилось, что г-н Б. был адвокатом, представлявшим интересы компании ЗАО «ВАО "Интерпрофавиа"» в другом судебном процессе, который проходил в государственном арбитражном суде. Исходя из этого факта, ФАС МО в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа отказал, указав при этом следующее:

«Поскольку сообщение о любых обстоятельствах, вызывающих сомнение в объективности и беспристрастности судьи, включая третейского судью, является ... обязанностью, а, отнюдь, не правом судьи, ибо иное решение в данном случае противоречило бы принципам правосудия, то судебная коллегия приходит к выводу о том, что при формировании третейского суда для рассмотрения возникшего третейского спора по настоящему делу со стороны Б. были допущены нарушения ... норм права и регламента данного третейского суда, касающиеся беспристрастности и независимости судей, а поэтому выдача исполнительного листа во исполнение принятого таким третейским судом решения в силу ст. 239 АПК РФ невозможна»<sup>252</sup>.

В данном случае незаявление арбитру отвода в ходе арбитражного разбирательства не повлекло за собой утрату права заинтересованного лица ссылаться на пристрастность

<sup>252</sup> Постановление ФАС МО от 3 февраля 2010 г. № КГ-А41/14512-09.

арбитра, так как о его связи с истцом он узнал только после вынесения решения третейского суда. Похожая ситуация может иметь место в том случае, если выяснится, что рассмотревший спор третейский суд был тесно связан с одной из сторон разбирательства<sup>253</sup>.

Завершая рассмотрение вопроса о назначении арбитров и заявлении им отводов, отметим, что заявленные арбитрам отводы редко удовлетворяются и еще реже ссылки на якобы имевшую место предвзятость арбитров помогают проигравшим арбитраж сторонам бороться с приведением в исполнение арбитражных решений. Это связано с тем, что абсолютное большинство арбитров являются опытными юристами и тщательно соблюдают требования к устранению конфликта интересов, изложенные в IBA Guidelines. Так стоит ли заявлять отводы? Ответ на этот вопрос следует давать, исходя из серьезности сведений, на основании которых у стороны возникли сомнения в беспристрастности и независимости арбитра. Если сомнения эти основаны на домыслах, отвод скорее всего удовлетворен не будет, зато арбитр, которому он был заявлен, вполне возможно будет обижен заявленными против него претензиями, что лишь затруднит для соответствующей стороны ведение процесса.

Контрольные вопросы к § 3.6.

1. Чем отличается номинирование арбитра от назначения арбитра?
2. Какую информацию о своей связи с другими участниками процесса должен раскрывать арбитр?
3. В каких случаях и в какие сроки следует заявлять отвод арбитру?

*§ 3.7. Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – участие в выработке процессуальной модели разбирательства, заявление процессуальных возражений*

Продолжаем анализ наиболее существенных процессуальных прав, предоставленных сторонам в связи с их участием в арбитраже.

---

<sup>253</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 22 мая 2012 № 16541/11 по делу № А50-5130/2011 (ООО "ЛУКОЙЛ-ЭНЕРГОСЕТИ" против ООО «МК»). Хотя это дело касается сугубо внутреннего третейского разбирательства, его обстоятельства напоминают п. 12 Информационного письма № 156.

Каждый арбитражный регламент содержит определенную модель обмена письменными заявлениями сторон, к которой следует обращаться в том случае, если состав арбитража по своей инициативе или по просьбе сторон не решит от нее отступить и предусмотреть специальную процедуру, которая будет применяться в рамках данного дела. При этом следует обратить особое внимание на то, какими еще процессуальными аспектами (помимо чисто хронологических) следует руководствоваться при анализе поведения сторон, участвующих в разбирательстве.

Так, согласно Регламенту МКАС при ТПП РФ, процесс в этой арбитражной институции начинается с подачи искового заявления, в котором полностью излагается позиция истца, а в течение 30 дней с момента получения копии искового заявления ответчик должен представить свой отзыв на исковое заявление, содержащий позицию ответчика (и его возможный встречный иск) (§ 9 и 12 Регламента МКАС при ТПП РФ). Определенная хитрость здесь заключается в том, что согласно п. 2 § 14 этого Регламента по каждому иску истец обязан уплатить авансом в полном размере арбитражный сбор, и до его уплаты дело остается без движения, т.е. копия искового заявления Секретариатом МКАС при ТПП РФ ответчику не направляется и, как следствие, срок на представление отзыва на исковое заявление не начинает свое течение. Как правило, при подаче искового заявления уплачивается лишь небольшой регистрационный сбор, а окончательный расчет арбитражного сбора осуществляется уже после получения Секретариатом искового заявления, и на его уплату уходит еще две недели после поступления искового заявления в Секретариат или даже месяц (хотя иногда весь арбитражный сбор уплачивается сразу, вместе с подачей искового заявления – в целях ускорения процесса истцы иногда идут на то, чтобы немного переплатить арбитражный сбор – переплаченную сумму им все равно вернут по завершении арбитражного разбирательства).

Если стороны не договорятся об ином, весь обмен состязательными бумагами при рассмотрении дела в этой арбитражной институции, как правило, осуществляется через Секретариат МКАС при ТПП РФ<sup>254</sup>. Если в деле участвуют две стороны и оно рассматривается составом арбитража в количестве трех арбитров, то все документы представляются в шести экземплярах, если дело рассматривается единоличным арбитром – в четырех экземплярах (§ 15 Регламента МКАС при ТПП РФ).

---

<sup>254</sup> В принципе п. 2 § 16 Регламента МКАС при ТПП РФ допускает «передачу» в ходе арбитражного разбирательства документов сторонами друг другу, минуя Секретариат, но обычно это положение трактуется как допускающее непосредственную передачу сторонами документов друг другу в ходе устного слушания, хотя, в принципе, может охватывать и направление документов курьерской почтой до проведения устного слушания.

Таким образом, в МКАС при ТПП РФ Регламентом не предусмотрено представление каждой стороной более одного письменного заявления (соответственно искового заявления со стороны истца и отзыва на исковое заявление со стороны ответчика), и исковое заявление направляется ответчику только после полной уплаты истцом арбитражного сбора, т.е. остается без движения до того, как арбитражный сбор будет полностью уплачен. Отметим, что в крупных и сложных делах, рассматриваемых во МКАС при ТПП РФ, арбитры по просьбе сторон (и даже по собственной инициативе, правда, очень редко) увеличивают количество состязательных бумаг, которыми стороны обмениваются до проведения устного слушания, и продляют (по сравнению с предусмотренным в § 12.1 Регламента 30-дневным сроком на представление отзыва на исковое заявление) сроки на подготовку и представление соответствующих бумаг. Однако если стороны об этом не договорятся, арбитров об этом не попросят и арбитры сами не проявят соответствующей инициативы, то устное слушание в МКАС при ТПП РФ должно быть проведено на основании аргументов, обобщенных только в двух состязательных бумагах – исковом заявлении и отзыве на него, чего, конечно, недостаточно для полного исследования всех обстоятельств дела, представляющего сколько-нибудь существенную сложность, связанную с юридической аргументацией или с фактическими обстоятельствами спора.

На практике при рассмотрении споров во МКАС при ТПП РФ очень часто бывает, что, получив отзыв на исковое заявление, истец в порядке инициативы представляет свой ответ на него, а ответчик, в свою очередь, – еще один отзыв, и обмен такими состязательными бумагами затягивается вплоть до самого устного слушания. Иногда последние по сроку подачи состязательные бумаги поступают чуть ли не в день слушания, и арбитры вынуждены слушания по просьбе сторон переносить. Избежать такой ситуации позволило бы более активное применение § 29.1 Регламента МКАС при ТПП РФ, в соответствии с которым

«Председатель состава арбитража проверяет состояние подготовки дела к разбирательству и, если сочтет это необходимым, принимает дополнительные меры по подготовке дела, в частности, дает указания об истребовании от сторон письменных объяснений, доказательств и других дополнительных документов. Если принимаются дополнительные меры по подготовке дела, то устанавливаются сроки, в течение которых эти меры должны быть осуществлены».

К сожалению, повторим, что этими полномочиями, предоставленными Регламентом, председатели составов арбитража МКАС при ТПП РФ пользуются недостаточно активно.

Тем не менее очень важно учитывать нормы § 30 Регламента МКАС при ТПП РФ:

«§ 30. Изменение или дополнение иска или объяснений по иску

1. Любая сторона до окончания устного слушания дела может без необоснованной задержки изменить или дополнить свой иск или объяснения по иску.

2. Состав арбитража может установить срок представления сторонами письменных заявлений и доказательств в целях заблаговременного ознакомления каждой из сторон до устного слушания дела с представленными другой стороной документами и материалами.

3. В случае, если состав арбитража признает необоснованной задержку, допущенную стороной в изменении или дополнении иска или объяснений по иску, он может возложить на нее возмещение дополнительных расходов, а также издержек другой стороны, вызванных этой задержкой.

Состав арбитража может не разрешить такое изменение или дополнение иска или объяснений по иску с учетом допущенной задержки».

Если состав арбитража не воспользуется с самого начала полномочиями, предоставленными ему п. 2 § 30 Регламента МКАС при ТПП РФ, и не установит сроки и очередность подачи сторонами состязательных бумаг, то очень трудно решить, какие аргументы можно считать заявленными с «необоснованной задержкой», и, чтобы не давать поводов усомниться в своей беспристрастности, арбитры МКАС при ТПП РФ часто идут на перенос устного слушания, чтобы предоставить сторонам время, необходимое для уточнения их позиции.

В зарубежных арбитражных институциях, как правило, используется более сложная процессуальная модель ведения дела, предусматривается обмен бóльшим количеством состязательных бумаг, и отсутствует жесткая увязка между обменом состязательными бумагами и уплатой арбитражного сбора. Поэтому в них так важна роль ответчика – если он не будет активно участвовать в разбирательстве с самого начала, арбитраж примет процессуальную модель, более выгодную истцу, и при этом ответчику останется лишь пенять на самого себя.

Прежде всего отметим, что из ведущих мировых арбитражных институций *только во МКАС при ТПП РФ весь арбитражный сбор платит истец* – в зарубежных

арбитражных институциях арбитражный сбор обычно делится пополам между сторонами, и только если ответчик категорически отказывается внести свою долю, его половину сбора также уплачивает истец. Аналогичный подход отражен и в Регламенте ЮНСИТРАЛ, наиболее популярном регламенте арбитража *ad hoc*. При этом повторим, что отказ ответчика от уплаты его доли арбитражного сбора не лишает его никаких процессуальных прав, предоставляемых ему соответствующим арбитражным регламентом, за исключением права на подачу встречного иска.

Далее, количество и содержание состязательных бумаг в зарубежных арбитражных институциях также отличается от модели, предусмотренной в качестве стандарта Регламентом МКАС при ТПП РФ. То, каким образом обычно осуществляется подготовка к устному слушанию и его проведение во МКАС при ТПП РФ, радикально отличается от стандартов, практикуемых западными арбитражами.

Обычно в зарубежных арбитражных институциях истец сначала направляет просьбу об арбитраже (Request for Arbitration), на нее ответчик направляет свой отзыв (Response или Answer), и после формирования состава арбитража истец направляет свое исковое заявление (Statement of Case), излагающее его позицию по всем фактическим и юридическим обстоятельствам дела в полном объеме, на которое ответчик отвечает в полном объеме в документе, именуемом Statement of Defence (заявление о защите). При этом определение размера подлежащего уплате сторонами арбитражного сбора и его перечисление никак не тормозят разбирательства – с учетом, разумеется, того, что пока необходимая сумма арбитражного сбора не будет получена, состав арбитража не приступит к рассмотрению дела по его существу. Если стороны совместно попросят состав арбитража увеличить продолжительность времени, которое отводится на представление Statement of Case и Statement of Defence, это будет сделано на основе принципа процессуального равенства сторон, с тем чтобы стороны имели в своем распоряжении приблизительно равные сроки.

Таким образом, предполагается, что степень детализации позиции истца, отражаемая в его Request for Arbitration и Statement of Claim, не в последнюю очередь будет зависеть от позиции, которую займет ответчик. Разумеется, нет смысла обременять состав арбитража изучением многих сотен страниц документов, если ответчик не отрицает факты и юридические аргументы истца, заявленные в его Request for Arbitration. Современный международный коммерческий арбитраж, равно как и современное судопроизводство по гражданским делам в государственных делах – это *состязательный*

*процесс*, и поведение в нем ответчика в значительной степени предопределяет то, насколько детальную позицию следует обосновывать истцу в его письменных документах, представляемых в ходе разбирательства. При этом у состава арбитража (равно как и у государственных судей по гражданским делам) нет обязанности защищать позицию ответчика, который по каким-либо причинам уклоняется от участия в процессе или оказывается неспособен грамотно построить свою защиту. Отсутствие у ответчика средств на привлечение компетентного адвоката – не повод для отказа в иске, причем, повторим, это справедливо не только для рассмотрения дел в международных арбитражах, но и в государственных судах.

При этом начала состязательности отнюдь не позволяют какой-либо из сторон злоупотреблять своими процессуальными правами: *все аргументы должны быть заявлены своевременно*, с тем чтобы дать возможность другой стороне и составу арбитража их надлежащим образом оценить. Если аргумент или доказательство заявлены с неоправданной задержкой, и противоположная сторона возражает против их приобщения к делу, состав арбитража на Западе при рассмотрении спора такие аргументы и доказательства оценивать не будет и слушание дела переносить, в большинстве случаев, также не станет. Но это лишь общие начала арбитражного разбирательства: последовательность представления аргументов и сведений о фактических обстоятельствах дела в каждом споре разная и зависит, в первую очередь, от процессуальной стратегии, которую избирают стороны.

Процессуальная стратегия дела наиболее очевидно материализуется в том, каким образом строится процедура сбора доказательств до устного слушания. Как уже указывалось выше, в МКАС при ТПП РФ лишь в редких и исключительных случаях имеют место отступления от стандартной утилитарной модели, предусмотренной Регламентом этой арбитражной институции. В зарубежных центрах главенствует иной подход.

Наиболее очевидным образом он проявляется в Регламенте МТП, которым предусмотрено составление арбитрами с участием сторон так называемого Акта о полномочиях арбитров (Terms of Reference). Согласно ст. 18 этого Регламента в редакции 1998 г. (ст. 23 Регламента МТП 2012 г.), в этом документе указываются все вопросы, на которые должен дать ответ арбитраж, и согласованная сторонами процедура разбирательства, т.е. очередность и сроки представления сторонами состязательных бумаг. Этот Акт о полномочиях арбитров служит не только процессуальным стержнем

дела, но и отражает подход сторон к обоснованию занимаемой ими позиции, так как по формулировкам вопросов становится ясно, в чем совпадают и в чем расходятся позиции сторон. Если существование и валидность арбитражного соглашения не оспаривается, то в Акте о полномочиях арбитров отсутствует вопрос о компетенции состава арбитража по рассмотрению спора, если оспаривается – присутствует. Прочие предложенные сторонами вопросы также позволяют арбитрам сделать вывод о том, насколько длительным и напряженным будет разбирательство и сколько раз сторонам следует предоставить возможность письменно изложить свое мнение по новым аргументам, заявленным оппонентом.

Обычно составлению Terms of Reference предшествует предварительное устное слушание (preliminary hearing) и обмен между составом арбитража и сторонами проектами этого Акта о полномочиях арбитров. После этого состав арбитража (как правило, в лице его председателя) составит проект и постарается учесть в нем позиции каждой из сторон, ведь Terms of Reference – документ процессуальный, и, в отличие от окончательного арбитражного решения, определяющего, кто прав, а кто виноват, в нем возможен компромисс практически по любому вопросу.

В последнее время с развитием новых технологий иногда вместо предварительного слушания, требующего физического присутствия всех участников процесса в одном помещении, проводятся телефонные конференции, видеоконференции или конференции с применением технологии Skype, все это допускается Регламентом МТП. Однако так бывает не всегда – по самым большим и сложным делам, а также по делам, в которых взгляды сторон на процедуру разбирательства принципиально не совпадают, проводят предварительные слушания в традиционной форме, причем в сложных случаях такие предварительные заседания даже занимают несколько рабочих дней, и к участию в них арбитры приглашают не только адвокатов, но и сотрудников компаний<sup>255</sup>, между которыми возник спор, – это позволяет им лучше контролировать деятельность своих представителей в процессе.

В делах, рассматриваемых по Регламенту МТП, Terms of Reference подлежит подписанию не только арбитрами, но и сторонами по делу, причем такая подпись со стороны ответчика не обязательно означает его согласие с наличием у состава арбитража компетенции по рассмотрению данного спора: если он выразил свое возражение против такой компетенции, вопрос об этом включается в Terms of Reference как дискуссионный, и

---

<sup>255</sup> Статья 24(4) Регламента МТП 2012 г.

подпись под этим документом не лишает ответчика права против такой компетенции возражать. Если же возражения против компетенции арбитража своевременно (до составления Terms of Reference) заявлены не были и в нем не отражены, то подпись ответчика (его представителя) под таким документом фиксирует составление дополнительного (по отношению к тому, которое содержится в соответствующем договоре) арбитражного соглашения между сторонами, на которое можно будет опираться в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией в целях приведения в исполнение арбитражного решения<sup>256</sup>.

Регламентом ТПС (ст. 23) предусмотрено составление составом арбитража (опять-таки, с участием сторон) предварительного расписания (provisional timetable), первый проект которого обычно составляется председательствующим в процессе арбитром и после сбора пожеланий и отзывов сторон утверждается в качестве документа, оформляющего процессуальную модель разбирательства. В отличие от Регламента МТП, при рассмотрении дела по Регламенту ТПС подписи сторон на расписании не ставятся.

В делах, рассматриваемых по Регламенту ЛМТС, проведение предварительного слушания и составление отдельного процессуального документа, не обязательно – все зависит от личности арбитров (в первую очередь, председателя состава) и позиции сторон. Тем не менее и при разбирательстве по этому регламенту при рассмотрении крупных дел состав арбитража, как правило, издает Procedural Order (процессуальный приказ), в котором отражается последовательность и сроки представления сторонами состязательных бумаг и доказательств.

Еще раз следует подчеркнуть: в отличие от разбирательства дела в государственном суде, где судья сам решает почти все процессуальные и организационные вопросы так, как это *ему* удобно, в международном арбитраже *стороны являются хозяевами процесса*, и если они договорились, например, о продлении сроков на представление документов, предусмотренных в процессуальном приказе, состав арбитража, как правило, соглашается с ними. При этом отметим, что перенос сроков заранее назначенных устных слушаний в международном арбитраже на Западе имеет место весьма редко, и стороны обычно стараются этого избегать, так как арбитры – люди весьма занятые, и новая дата для проведения устного слушания может отстоять от

---

<sup>256</sup> Отказ ответчика от подписания Terms of Reference не приведет к срыву арбитража: в этом случае такой документ будет утвержден МАС МТП и разбирательство будет продолжено.

первоначально согласованной на много месяцев, прежде чем арбитры смогут найти подходящий для них момент.

При определении процессуальной стратегии разбирательства обычно проявляется различие в подходах к делу истца и ответчика. Истец, как правило, не ставит под сомнение наличие и валидность арбитражного соглашения (и, следовательно, наличие у состава арбитража компетенции по рассмотрению дела) и стремится сжато и четко изложить свою позицию по делу. Хотя (как это уже отмечалось выше) такой подход вполне отвечает интересам добросовестного представителя ответчика, на практике ответчики, видя слабость своих аргументов по существу дела и/или желая выиграть время, обычно пытаются удлинить разбирательство (и повысить его стоимость в надежде на то, что у истца не хватит денег), и делают это следующим способом:

1. разделение процесса 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 такая возможность у ответчиков есть при наличии серьезных возражений против компетенции состава арбитража, например, в делах, основанных на соглашениях о защите и поощрении капиталовложений, когда от истца требуется сначала доказать, что у него есть право прибегнуть к защите, предусмотренной для инвесторов соответствующим договором. Если такого права нет, то рассматривать иск по существу нет необходимости. Если такое право есть, состав арбитража выносит отдельное решение по вопросу о своей компетенции, и дело переходит во вторую фазу;

2. усложнение процесса, связанное обычно с представлением большого количества различных аргументов и доказательств. Например, при рассмотрении спора о нарушении обязательств по договору, это могут быть аргументы о недействительности или ничтожности договора, об отсутствии у представителей сторон необходимых для его заключения полномочий, о нарушении договором норм административного (таможенного, валютного, налогового и т.п.) права. Даже если речь идет просто о недопоставке обычной продукции сугубо безобидного характера, эти аргументы могут (хотя и редко) оказать влияние на исход дела, поэтому составу арбитража придется их выслушать.

Чем большее количество аргументов собираются использовать стороны, тем большее время уйдет на разбирательство и тем подробнее следует закреплять

последовательность обмена состязательными бумагами в процессуальном приказе. Иногда даже при кажущейся простоте дела сторонам (особенно представителям истца) есть смысл настаивать на составлении детализированного процессуального приказа – это позволит в дальнейшем исключить представление ответчиком «неожиданных» аргументов и документов и не отступать от ранее принятой стратегии ведения дела.

Если арбитры издали процессуальный приказ, которым предусмотрена последовательность представления сторонами их позиций и сроки на подачу состязательных бумаг, то, как правило, после завершения обмена такими бумагами считается, что *file is closed* (дело закрыто для приобщения новых материалов), и новые письменные доказательства и/или аргументы не допускаются или допускаются только с согласия другой стороны. Таким образом, следуя процессуальному приказу, стороны последовательно дискутируют друг с другом и оформляют все доказательства и юридические аргументы в письменном виде так, чтобы, ознакомившись с ними, арбитры полностью вошли бы в курс дела. Тем самым осуществляется подготовка дела к устному слушанию – если дело сложное, она может растянуться более чем на год.

При рассмотрении дела в арбитраже в Англии уже после обмена состязательными бумагами, содержащими собственно изложение фактов и аргументов каждой из сторон, иногда приходится составлять еще так называемые *Skeleton Arguments* (что можно перевести как «конспект позиции»), принятые в английских судах – обобщение каждой из сторон ее позиции по делу, со ссылками на те документы и аргументы, которые она считает наиболее важными. Это, с одной стороны, удорожает процесс, но с другой – облегчает арбитрам подготовку к устному слушанию и ознакомление с материалами дела. *Skeleton Arguments* подаются всеми сторонами одновременно за несколько дней до начала устного слушания и не предполагают направления на них отзыва другой стороной. Объем таких *Skeleton Arguments* обычно заранее ограничивается в процессуальном приказе – по простым делам он, как правило, составляет до 25 страниц (обязательно со ссылками на то место в материалах дела, где соответствующий аргумент представлен более развернуто), по сложным делам может достигать 75 страниц.

Общий объем правовых аргументов и документов, представляемых арбитрам, зависит от сложности дела. В сложных делах он может превышать 50 томов. Перед слушанием обычно стороны изготавливают так называемый *parties' agreed bundle* (согласованный сторонами набор документов), который используется в ходе устного слушания всеми его участниками во избежание различий в версиях представленных

документов. Этот parties' agreed bundle обычно направляется арбитрам за несколько дней до устного слушания или, по указанию арбитров, доставляется на место проведения устного слушания. Впрочем, в последнее время арбитры все чаще пользуются электронными версиями документов, и вместо десятков томов на столе перед ними стоит лишь компьютер.

Повторим, что в значительной степени порядок обмена сторонами состязательными бумагами определяется участниками процесса. Если им договориться не удастся, то процессуальные вопросы разрешают арбитры. Разумеется, они должны делать это, исходя из равного отношения к сторонам и предоставляя каждой из них реальную возможность для представления позиции. Если принятые арбитрами процессуальные решения нарушают права одной из сторон, то она должна немедленно заявить против этого протест и потребовать отвода состава арбитража. Если этого не будет сделано своевременно, право на возражение будет утрачено, как это было в деле ОАО «Мелеузовские минеральные удобрения», о котором шла речь в § 3.6 ранее<sup>257</sup>. Ключевой процессуальной нормой в такой ситуации является правило, закрепленное в ст. 4 Закона о МКА и присутствующее в том или ином виде во всех ведущих арбитражных регламентах:

«Статья 4. Отказ от права на возражение

Если сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, 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».

Если сторона считает, что какое-либо процессуальное решение состава арбитража ставит ее в невыгодное положение по сравнению с ее оппонентом или иным образом демонстрирует пристрастность арбитров, соответствующее возражение должно быть заявлено немедленно. Если этого сделано не будет, то эта сторона должна будет считаться отказавшейся от права на заявление арбитрам соответствующего отвода и уже не сможет заявить данный аргумент позднее, после вынесения арбитражного решения, в процессе его оспаривания или возражая против приведения в исполнение такого решения. Этот

---

<sup>257</sup> Аналогичный подход к применению ст. 4 Закона о МКА мы находим также в Постановлении ФАС МО от 31 июля 2008 г. № КГ-А40/6468-08 по делу № А40-4877/08-40-44.

механизм утраты процессуального права, отраженный в ст. 4 Закона о МКА, совершенно не характерен для российского процессуального законодательства, но реализован во всех западных правовых порядках, а равно в регламентах большинства ведущих арбитражных институций. Известен он и судьям ВАС РФ, что подтверждается сопоставлением пунктов 11 и 12 Информационного письма № 156: в первом случае иностранное арбитражное решение было приведено в исполнение, т.к. ответчик не заявил своевременного отвода арбитра, а во втором случае, несмотря на то, что в удовлетворении заявленного отвода было отказано, именно зависимость арбитра от истца стала причиной отказа в выдаче экзекватуры..

#### Контрольные вопросы к § 3.7.

1. Перечислите различия в процедуре представления письменных позиций сторон между МКАС при ТПП РФ и другими ведущими международными арбитражными институциями.
2. Роль Terms of Reference в арбитраже по Регламенту МТП.
3. В каких случаях есть смысл процесс арбитражного разбирательства на части?
4. Заявление процессуальных возражений в рамках статьи 4 Закона о МКА.

*§ 3.8. Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – представление позиции, сбор доказательств и представление экспертных заключений*

Разумеется, стержнем позиции каждой из сторон по существу спора является исковое заявление и отзыв на него. Абстрактно обсуждать эти документы не имеет смысла, так как они отражают специфику каждого конкретного дела. Необходимо только помнить, что *все имеющие отношение к делу доводы должны быть заявлены стороной без неоправданной задержки*, о чем уже говорилось выше.

Обратим внимание лишь на одну особенность разбирательства в международном арбитраже, неизменно вызывающую затруднения у российских юристов, не знакомых с международным арбитражем и не имеющим опыта ведения дел в зарубежных судах. Зачастую представители сторон формулируют *несколько средств правовой защиты*,

располагая их в определенном порядке: если арбитры отвергнут предыдущее, то им предлагается воспользоваться следующим<sup>258</sup>.

Например, истец просит признать ответчика нарушившим договор и взыскать с него соответствующие штрафные санкции; если это средство правовой защиты будет отвергнуто, он просит признать договор правомерно расторгнутым истцом и взыскать с ответчика убытки; наконец, если и это средство правовой защиты будет отвергнуто, истец просит состав арбитража обязать ответчика совершить определенные действия и/или воздержаться от совершения других действий. Ответчик, в свою очередь, прежде всего просит состав арбитража признать, что отсутствует действительное арбитражное соглашение и прекратить разбирательство; если в этом будет отказано, просит арбитров признать договор правомерно расторгнутым ответчиком ввиду его нарушения со стороны истца; наконец, если и в этом будет отказано, просит отказать во взыскании убытков ввиду того, что причиной неисполнения обязательств со стороны ответчика были обстоятельства форс-мажорного характера.

Такая конструкция позиций сторон напоминает план военной операции, где нападающая сторона варьирует средства нападения, а защищающаяся возводит эшелонированную оборону. Такой подход к ведению дел не характерен для российских судов. Иногда такие правовые конструкции встречаются в практике МКАС при ТПП РФ, впрочем, довольно редко. Но на Западе в крупных делах, которые ведут опытные юристы, такая стратегия применяется очень часто. По сути своей в рамках одного процесса стороны используют все имеющиеся у них правовые аргументы, самостоятельно ранжируя их по степени привлекательности, и в результате арбитражное решение ставит точку в данном споре, так как предъявление новых исков, основанных на тех же фактах, уже просто невозможно.

Этот учебник посвящен прежде всего процессуальным вопросам, связанным с ведением дел в международных коммерческих арбитражах. Тем не менее есть смысл обратить внимание на специфику применения такими арбитражами коллизионных норм российского материального права – на случай, если соответствующие правоотношения подчинены этому праву.

В п. 1 ст. 1186 Гражданского кодекса Российской Федерации читаем:

---

<sup>258</sup> Такая процессуальная тактика иногда обозначается термином *alternative relief*, что трудно перевести на русский, так как в нашем языке альтернативой называют лишь одно из двух, а предлагаемых сторонами средств правовой защиты может быть больше, чем два. Было бы терминологически верно назвать по-русски эту процессуальную тактику *тактикой множественных средств правовой защиты*.

«Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже».

Это не что иное, как отсылка к норме ст. 28 Закона о МКА:

«Статья 28. 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».

Правила, аналогичные ст. 28 Закона о МКА, мы находим в регламентах различных международных арбитражей, например, в § 26 Регламента МКАС при ТПП РФ:

«§ 26. Применимое право.

1. МКАС 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.

При отсутствии какого-либо указания сторон МКАС применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

Во всех случаях МКАС принимает решения в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

2. 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. При решении вопросов, не урегулированных ни настоящим Регламентом, ни соглашением

сторон, МКАС с соблюдением положений применимого законодательства о международном коммерческом арбитраже ведет разбирательство таким образом, какой считает надлежащим, соблюдая при этом равное отношение к сторонам и предоставляя каждой стороне необходимые возможности для защиты своих интересов».

Таким образом, при рассмотрении в международном коммерческом арбитраже дел, осложненных иностранным элементом, в которых могут возникать споры о применимом материальном праве, следует обратить внимание на то, что, в отличие от судей государственных судов, связанных коллизионными привязками национального законодательства *lex fori*, арбитры более свободны в решении вопроса о том, какое материальное право регулирует отношения сторон. С учетом отсылочной нормы п. 1 ст. 1186 ГК они могут отказаться от применения коллизионных норм третьей части ГК РФ в том случае, если полагают, что существуют другие коллизионные нормы, более подходящие для решения вопроса о применимом праве.

В Регламенте ЛМТС 1998 г. закреплена свобода арбитров в установлении материального права договора без непосредственного обращения к коллизионным нормам какого-либо национального права:

«22.3. Состав арбитража выносит решение в отношении спора между сторонами в соответствии с законом (законами) или правовыми нормами, которые стороны выбрали для применения к существу спора. В тех случаях и в той степени, в которой Состав арбитража определяет, что стороны не сделали подобного выбора, Состав арбитража применяет те законы и правовые нормы, которые он сочтет подлежащими применению<sup>259</sup>».

Впрочем, не следует преувеличивать это отличие арбитража от государственного суда (так как арбитры нередко так же, как и государственные судьи, пользуются коллизионными привязками, сформулированными в национальных законах), но о нем следует помнить, особенно в случае, если стороны по-разному подходят к вопросу о том, нормы какого национального закона должны применяться<sup>260</sup>. Следует обратить внимание на Рекомендации Ассоциации международного права в отношении установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже,

---

<sup>259</sup> Неофициальный перевод автора.

<sup>260</sup> См. Бардина М.П. Определение применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии выбора права сторонами / Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Л.Н. Галенской. СПб.: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2007. С. 531.

обобщающие опыт и специфику обращения ведущих арбитров к этому институту международного частного права<sup>261</sup>.

Теперь обратимся к вопросам о сборе и представлении доказательств в международном коммерческом арбитраже.

Стороны сами должны позаботиться о сборе свидетельских показаний, необходимых для доказывания фактов, на которые опирается их позиция. Состав арбитража не может обязать не желающего участвовать в деле свидетеля к даче показаний – впрочем, и в гражданских делах, рассматриваемых государственными судами, такое принуждение является редкостью. Конечно, не составит труда обеспечить участие в процессе свидетелей, которые являются сотрудниками соответствующей стороны, – но чаще всего приходится договариваться с людьми, которые в трудовых отношениях с участниками процесса не состоят и не имеют опыта выступлений перед арбитрами.

Помимо собственно фактов, имеющих отношение к спору, арбитры могут быть заинтересованы в представлении экспертных заключений, причем как по фактическим обстоятельствам дела (например, о возможной производительности нефтяной скважины), так и по юридическим аспектам (например, при решении вопроса о наличии между сторонами заключенного договора с точки зрения *lex contractus*). Хотя все арбитражные регламенты предполагают наличие у арбитража права самостоятельно назначать экспертов и задавать им вопросы, на практике обычно по каждому из вопросов, по которому целесообразно представление экспертного заключения, каждая из сторон выдвигает своего эксперта, и арбитры сопоставляют то, какие ответы эти эксперты дают на одни и те же или близкие по содержанию вопросы.

Часто вопросы применимого права доказываются сторонами со ссылками на экспертные заключения специалистов в области права, и арбитры вынуждены внимательно изучать такие юридические экспертные заключения, чтобы установить, какое толкование нормы закона является правильным и применимым к обстоятельствам дела.

В сложных делах экспертные заключения по техническим или экономическим вопросам, а также по вопросам применимого права часто играют ключевую роль. Ведь арбитры сами не являются инженерами или экономистами, они юристы, причем, как

---

<sup>261</sup> См. перевод этих Рекомендаций в журнале «Вестник международного коммерческого арбитража». 2010. № 1. С. 193 (автор перевода А.П. Гармоза).

правило, из разных стран, и может оказаться, что лишь один из них (или вообще ни одного) знаком с *lex contractus*, но и такой арбитр ввиду состязательных начал разбирательства не может играть активной роли в процессе, а должен лишь ограничиваться изучением представленных сторонами аргументов.

Эксперт занимает очень важную позицию между юристами-представителями сторон (по определению пристрастными) и арбитрами (по определению беспристрастными). От его поведения зависит, будут ли арбитры доверять ему и, как следствие, доверять его заключению, или не будут, что, как правило, будет означать проигрыш дела той стороной, которая привлекла этого эксперта. Обычно эксперты (равно как и свидетели) при проведении арбитражного разбирательства к присяге не приводятся, и основной целью адвоката противоположной стороны является посеять сомнения среди арбитров в профессиональной компетентности и человеческой честности эксперта в ходе перекрестного опроса.

В западных арбитражных институтах в настоящее время все свидетельские показания и экспертные заключения готовятся и подаются в письменной форме, причем если поставленные перед экспертами вопросы носят сложный характер, возможно составление экспертами второго заключения, в котором каждый из них выражает свое отношение к позиции, занятой в ранее поданном заключении экспертом противоположной стороны. Если в деле участвуют арбитры из числа английских судей, не исключено, что экспертам будет предложено попытаться составить общее заключение, в котором будут обобщены все вопросы, по которым эксперты достигли согласия, и все вопросы, по которым между ними имеются расхождения.

IBA Rules on The Taking of Evidence in International Arbitration<sup>262</sup> (Правила Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже) представляют собой обобщение практики сбора доказательств, подготовленное ведущими арбитрами. Многие рекомендации, сформулированные в этом документе, используются арбитрами в разных частях света даже в том случае, если стороны не согласовали между собой применение этих IBA Rules в качестве дополнения к регламенту, по которому осуществляется арбитражное разбирательство. При ведении разбирательства на Западе этот документ используется практически повсеместно.

---

<sup>262</sup> Версия 2010 г. доступна на [www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx) неофициальный перевод на русский язык этого документа см. журнал «Третейский суд». 2013. № 1. С 133.

Свидетельские показания и экспертные заключения подаются в сроки, предусмотренные процессуальным приказом о проведении подготовки к устному слушанию. Иногда (и очень часто) именно от оценки арбитрами этих документов зависит исход дела.

После того, как представление письменных свидетельских и экспертных показаний завершено, арбитры предлагают представителям сторон указать, кого из свидетелей и экспертов другой стороны они не желают подвергать перекрестному опросу (*cross examination*) в ходе устного слушания. Если противоположная сторона отказывается от права вызвать на перекрестный опрос свидетеля или эксперта, чьи показания представлены процессуальным противником, это обычно означает, что показания данного свидетеля или эксперта не оспариваются. Если же сторона по делу желает опровергнуть показания свидетеля или эксперта оппонента, то она обязательно вызовет его на перекрестный опрос. Отказ свидетеля или эксперта от участия в перекрестном опросе ведет к тому, что состав арбитража будет с сомнением относиться к его показаниям, поэтому при подборе свидетелей и экспертов юристам сторон следует останавливать свой выбор на таких кандидатах, которые могут с успехом пройти через испытания перекрестного опроса.

Процедура *перекрестного опроса* (*cross examination*) состоит в том, что юристы противоположной стороны и арбитры задают свидетелю или эксперту вопросы, связанные с его показаниями, изученными им материалами дела и иными документами, которые могут иметь отношение к предмету показаний. Эта процедура в международном арбитраже практически полностью заимствована из англо-американской судебной системы, и большинство российских юристов не имеют о ней сколько-нибудь серьезных профессиональных сведений. Некоторые публикации по этой теме имеются в русскоязычных источниках<sup>263</sup>, но в целом имеющаяся на русском языке информация нельзя считать достаточной.

Постараемся кратко изложить суть проблемы. Арбитры, как и судьи, оценивают материалы дела по внутреннему убеждению. При этом судьи приводят свидетелей и экспертов к присяге (за рубежом) или уведомляют под роспись об ответственности за заведомо ложные показания (в России) – эти меры отчасти способствуют повышению точности сведений, которые получает суд. Теоретически, при проведении арбитража за

---

<sup>263</sup> Франсуа-Понсе С. Практические ориентиры для подготовки свидетелей для дачи показаний в международных коммерческих арбитражных разбирательствах // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 53.

рубежом возможно приведение свидетелей и экспертов к присяге (в России же ответственность за лжесвидетельство перед арбитрами законодательно не предусмотрена вообще) – но это делается редко, так как существенно затрудняет арбитраж, требуя параллельного ведения судебного заседания или обращения к нотариусу.

Арбитры, знакомясь с письменными показаниями свидетелей и экспертов, и слушая их ответы на вопросы, задаваемые в ходе перекрестного опроса, составляют себе мнение о личности свидетеля (эксперта) и о характере предоставленных им сведений. Если свидетель (эксперт) не производит впечатление правдивого человека, если складывается впечатление, что его показания на самом деле составлены не им, а юристами той стороны, которая его привлекла, то такие показания оказываются скорее вредными для позиции этой стороны. Если же свидетель (эксперт) демонстрирует честность, не уходя от ответа на самые неприятные и сложные вопросы, и при этом обнаруживает профессионализм и знакомство с обстоятельствами, важными для исхода спора, его показания могут иметь решающее значение, даже несмотря на слабость юридических аргументов стороны, которая привлекла к участию в деле этого свидетеля (эксперта).

В делах, по которым показания свидетелей и экспертов имеют решающее значение, перекрестный опрос занимает большую часть времени устного слушания. Один раз автору пришлось в качестве эксперта отвечать на вопросы в ходе перекрестного опроса более 10 часов, что заняло полтора дня слушаний – и это еще не рекорд продолжительности перекрестного опроса.

Так как процесс в международном арбитраже носит состязательный характер, обычно каждая из сторон самостоятельно доказывает те обстоятельства, которые кажутся ей важными. Тем не менее иногда американские адвокаты пытаются убедить европейских арбитров использовать американский механизм *discovery*, т.е. принудительного раскрытия процессуальному оппоненту всех документов, потенциально имеющих отношение к делу, которые не относятся к категории адвокатской тайны. Американские суды легко идут навстречу запросам о *discovery* по двум причинам: во-первых, сокрытие информации, которую американский суд велел раскрыть, чревато для виновной стороны серьезными санкциями, как материальными, так и связанными с длительными сроками заключения, поэтому невелик риск того, что сторона пойдет на обман суда; и, во-вторых, американские судьи не считают, что долгий (пока идет процедура *discovery* и изучение предоставленной информации, которая

может измеряться кубометрами документов) и дорогой (пока юристы читают все предоставленные документы) судебный процесс представляет собой помеху на пути к правосудию. Но европейские арбитры, как правило, критически относятся к таким методам сбора доказательств и несколько изменили механизм discovery для использования в международных арбитражах.

Если одна из сторон в международном арбитраже настаивает на принудительном раскрытии оппонентом документов, то, как правило, составляется Redfern Schedule, таблица, именуемая по имени ее изобретателя «таблицей Редферна». В ее первой (левой) колонке указывается, какие документы сторона хочет истребовать у оппонента, в следующей – объясняется, почему, по мнению заявителя, они нужны, в следующей колонке уже оппонент пишет о своем согласии или несогласии с требованием о раскрытии, и, наконец, в четвертой колонке состав арбитража решает, удовлетворять ли соответствующее требование, и если да, то в каком объеме и в какие сроки. Ниже приводится сокращенный и несколько упрощенный пример таблицы Редферна:

Что запрашивается стороной	Почему	Ответ оппонента	Решение состава арбитража
все документы о согласовании цен на аналогичные заказы	позволит установить процедуру согласования уровня цен	к делу не относится, так как спор ведется и в отношении одного заказа	предоставить за период за год до заключения контракта, спор в отношении которого рассматривается в арбитраже
все протоколы корпоративных органов управления в период заключения и исполнения контракта	позволит узнать, соответствовали ли закону корпоративные процедуры	слишком широкий запрос, представляет собой попытку узнать коммерческие тайны компании	предоставить только протоколы или выписки из них, относящиеся к контракту, спор в отношении которого рассматривается в арбитраже

Насколько это известно автору, при проведении международных арбитражей в России таблица Редферна пока не применялась, но в зарубежных делах с участием российских компаний с нею приходится сталкиваться все чаще.

Разумеется, в отличие от судей американских судов, арбитры не могут привлечь к уголовной ответственности сторону, которая не предоставила соответствующие документы. Но такой отказ сильно ударит по ее репутации – арбитры будут с настороженностью воспринимать аргументы лица, которое отказалось сотрудничать с арбитражем или просто уличено во лжи. Зная, что российские компании часто отказываются предоставить истребуемые документы со ссылкой на то, что их якобы не существует, западные оппоненты иногда специально включают в свои запросы некие документы, копии которых имеются в их распоряжении. В такой ситуации заявление о том, что документ не существует, может сильно повредить позиции российской стороны. Требования о раскрытии документов следует исполнять добросовестно и скрупулезно, иначе негативные последствия могут оказаться весьма серьезными.

Контрольные вопросы к § 3.8.

1. Материальное право, применимое составом арбитража для разрешения спора по существу.
2. Экспертные заключения по техническим, экономическим и правовым вопросам, показания свидетелей, перекрестный опрос.
3. В чем состоит специфика используемого в международных арбитражах механизма принудительного раскрытия документов?

*§ 3.9. Использование прав, предоставленных каждой из сторон регламентом соответствующего арбитража – участие в устном слушании*

Устное слушание является кульминацией арбитражного разбирательства и очень важным его элементом. Лишь в незначительном количестве дел, не представляющих собой сложности, арбитры могут (как правило – по просьбе сторон) отказаться от проведения устного слушания и вынести арбитражное решение на основании имеющихся

в деле письменных состязательных бумаг. Но в абсолютном большинстве дел устное слушание проводится и играет ключевую роль в определении исхода процесса.

В отличие от арбитражных разбирательств в МКАС при ТПП РФ, где стороны зачастую прибывают на слушание с новыми пакетами документов и аргументов, которые ни арбитры, ни оппоненты еще не видели (как указано выше, это часто ведет к переносу устных слушаний, проводимых под эгидой этой арбитражной институции), на Западе устное слушание готовится весьма тщательно и случаи переноса весьма редки. Издав процессуальный приказ о подготовке дела к устному слушанию, арбитры должны следить (и, как правило, тщательно следят) за соблюдением указанных в нем сроков. Даже если стороны в процессе представления состязательных бумаг «выйдут из графика», скорее всего это не сорвет устное слушание. Например, истец, не успевая вовремя представить очередное письменное заявление, попросит отсрочку на 10 дней, и если такая отсрочка будет ему дана, то аналогичную отсрочку получит и ответчик на представление своего отзыва на соответствующее заявление ответчика. В сумме отставание от графика составит 20 дней, но если в процессуальном приказе предусмотрено завершение обмена письменными заявлениями за два месяца до устного слушания, то переносить слушание не придется, времени для подготовки к нему хватит.

О месте и времени проведения устного слушания стороны извещаются повестками. Единой для всех арбитражных центров формы повестки не существует, важно лишь, чтобы стороны получили уведомление заблаговременно. Например, согласно § 32.2 Регламента МКАС при ТПП РФ,

«2. О времени и месте проведения устного слушания дела стороны извещаются повестками, которые должны быть направлены им с таким расчетом, чтобы каждая из сторон располагала сроком не менее 30 дней для подготовки и прибытия на устное слушание. По соглашению сторон этот срок может быть сокращен».

Российские компании, проигравшие дела в международных арбитражах, неоднократно пытались сослаться на то, что не были должным образом уведомлены о дате и месте проведения слушания. Наиболее типичным примером может служить дело *Loral Space & Communications Holdings Corp. против ЗАО «Глобал Тел»*, в котором российский ответчик жаловался на то, что ЛМТС уведомил его о проведении слушания ненадлежащим образом. В самом деле, вместо единой повестки ответчик получил из Лондона три письма, в одном из которых было указано, в какой день состоятся слушания,

в другом – место их проведения, и в третьем – время начала заседания. Постановление Президиума ВАС РФ от 20 января 2009 г. № 10718/08 по делу № А40-31732/07-30-319 разъяснило, что

«Место проведения третейского разбирательства в Лондоне было согласовано сторонами спора 14.09.2000 при заключении договора займа и подтверждено третейским судом в факсимильном сообщении от 09.11.2006. В нем же указана и дата слушания дела – 05/06.02.2007.

Следовательно, третейский суд уведомил общество о времени и стране проведения третейского разбирательства почти за три месяца до его начала, что является достаточным сроком для обращения за визой представителями общества, чье участие предполагалось в устных слушаниях.

Неуказание в факсимильном сообщении от 09.11.2006 часа, с которого начинается слушание дела, а также конкретного адреса его проведения в Лондоне не может рассматриваться в качестве юридически значимых сведений [об этом часе и адресе ответчик был уведомлен только 25 января 2007 года, всего за 10 дней до слушания. – *Б.К.*]».

Поэтому, решил Президиум ВАС РФ, ответчик был уведомлен надлежащим образом. О других возражениях против приведения в исполнение арбитражных решений, связанных с (не)уведомлением о месте и времени проведения слушаний, речь пойдет далее в § 5.4.

Место проведения устного слушания обычно определено в арбитражной оговорке, подписанной сторонами, – это место проведения арбитража (по крайней мере все рекомендуемые типовые арбитражные оговорки указывают место проведения арбитража). Если по каким-либо причинам в арбитражном соглашении сторон место проведения арбитража не указано, то, как правило, регламенты ведущих арбитражных институций указывают, где (при умолчании об этом оговорки) должно проводиться разбирательство или как должно быть определено такое место. Например, согласно статье 16.1 Регламента ЛМТС 1998 г., это будет Лондон, согласно статье 14.1 Регламента МТП 1998 г., если стороны не договорились о месте проведения арбитража, но подчинили разбирательство этому Регламенту, то такое место будет определено МАС МТП (аналогичная норма отражена в Регламенте МТП 2012 г. в ст. 18.1). Согласно § 22.1 Регламента МКАС при ТПП РФ местом арбитража по этому регламенту является Москва. При этом некоторые регламенты позволяют арбитрам проводить заседания и устные слушания с участием

сторон в любом удобном для них месте – все равно в решении в качестве места его вынесения будет указан город, избранный сторонами для проведения арбитража или определенный иным образом с помощью соответствующего регламента. Указание места вынесения арбитражного решения необходимо для того, чтобы у сторон была возможность обратиться в государственный суд с целью его оспаривания (см. § 4.2 далее).

Обычно при рассмотрении арбитражных споров в ведущих международных арбитражных институциях местом проведения устного слушания является здание, в котором расположена такая институция, в котором есть специальные помещения для проведения заседаний. Такими помещениями обладают МКАС при ТПП РФ, МАС МТП, ЛМТС. Арбитражный институт ТПС обычно предлагает сторонам и арбитрам свою помощь в аренде подходящего помещения в одном из офисных или гостиничных центров Стокгольма. Впрочем, стороны (или арбитры по своей инициативе) могут позаботиться об аренде более удобного помещения, нежели то, которое имеется в здании ЛМТС или МАС МТП, и эти арбитражные центры никогда против этого не возражают – исключением является МКАС при ТПП РФ, который пока ни разу не разрешал сторонам провести слушание в другом месте в Москве, даже несмотря на очевидную тесноту в его собственном помещении по адресу Ильинка, 6.

В идеале помещение для проведения устного слушания состоит из большого зала, в котором проводится само заседание, и нескольких изолированных комнат поменьше, по одной для каждой из сторон и состава арбитража, служащих местом проведения совещаний во время перерывов в слушании. В зале должны быть установлены микрофоны для записи стенограммы, кабинки для переводчиков-синхронистов, оборудование для проведения видеоконференций и показа слайдов. Правда, в МКАС при ТПП РФ стенограмма обычно не ведется (докладчик ведет протокол заседания) и синхронный перевод не осуществляется – однако оборудование для видеоконференций и показа слайдов там имеется.

Арбитраж представляет собой конфиденциальный метод разрешения споров, поэтому по общему правилу посторонние лица участвовать в заседании не могут. Чаще всего (в отличие от государственных судов) арбитры позволяют присутствовать в ходе заседания экспертам и свидетелям каждой из сторон. Обычно перед началом заседания устанавливаются личности всех присутствующих в зале.

В МКАС при ТПП РФ, как уже отмечалось выше, зачастую подготовка дела к слушанию ведется менее тщательно, чем это принято на Западе, и там иногда имеет место

заявление в ходе устного слушания каких-либо новых аргументов и документов. Если другая сторона, для которой такие аргументы и документы явились неожиданностью, не просит отказать в приобщении таких материалов на основании § 30 Регламента МКАС при ТПП РФ, то дело, скорее всего, будет отложено и будет проведено еще одно устное слушание. Поэтому перед началом заседания в МКАС при ТПП РФ председательствующий после стандартных вопросов о наличии отводов обычно спрашивает стороны о том, нет ли у них дополнительных процессуальных ходатайств.

После того как слушание объявляется открытым, стороны вкратце повторяют свои позиции, уже отраженные в письменных заявлениях по делу, после чего председатель состава арбитража предлагает сторонам ответить на вопросы друг друга. Далее арбитраж переходит к перекрестному опросу свидетелей и экспертов – в больших процессах именно на это уходит львиная доля времени устного слушания.

В принципе устное слушание (если оно надлежащим образом подготовлено) представляет собой достаточно рутинную и малоинтересную для стороннего наблюдателя процедуру: все аргументы сторон (фактические и юридические) уже известны, изложены и обсуждены письменно, новые (за редчайшими исключениями) заявлены быть не могут, таким образом, стороны просто еще раз повторяют перед составом арбитража свои позиции. Наибольший элемент «интриги» в заседание вносит перекрестный опрос свидетелей и экспертов. Содержание вопросов опрашиваемому и арбитрам заранее неизвестно, иногда, чтобы посеять сомнения в добросовестности и компетентности свидетеля или эксперта, ему задают вопросы на темы, не имеющие прямого отношения к рассматриваемому спору, и он вынужден на них отвечать.

Как правило, наибольшую активность при опросе свидетелей и экспертов проявляют адвокаты противоположной стороны, но иногда и сами арбитры пользуются возможностью задать вопрос. Вопросы арбитров имеют особое значение, так как только из таких вопросов можно сделать выводы о том, какие именно обстоятельства дела представляются составу арбитража наиболее значимыми.

После завершения перекрестного опроса стороны обмениваются краткими заключительными выступлениями, подводятся итог услышанному в ходе устного слушания. В больших делах вместо заключительных выступлений сторонам предлагается подать итоговые документы в письменном виде (так называемые closing statements) – они должны поступить одновременно, в срок, который стороны и арбитры согласовывают заранее.

В современном арбитраже устное слушание никогда не заканчивается оглашением резолютивной части решения, как это происходит в российских государственных судах. Иногда в зарубежных арбитражах сторонам предлагается по завершении устного слушания представить свой письменный анализ проанализированных в его ходе фактов и аргументов. По завершении устного слушания процесс вынесения решения может затянуться на долгие месяцы, в ходе которых арбитры должны будут в своем решении обобщить все заявленные сторонами позиции и оценить каждую из них.

Контрольные вопросы к § 3.9.

1. Назначение устного слушания и уведомление сторон о его проведении.
2. Вопросы, изучаемые в ходе устного слушания.

*§ 3.10. Вынесение арбитражного решения, исправление решения*

Основной задачей арбитров является вынесение арбитражного решения, которое может быть принудительно исполнено. Это нормативно закреплено в ст. 35 Регламента МТП 1998 г., ст. 41 Регламента МТП 2012 г. и ст. 32.2 Регламента ЛМТС и подразумевается всеми прочими арбитражными регламентами и законами. Хотя большинство арбитражных решений исполняется добровольно, все равно каждое из них должно быть пригодно к принудительному исполнению в рамках Нью-Йоркской конвенции и национального законодательства о приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории данного государства.

Следует также указать на то, что арбитраж (равно как и суд) не ставит перед собой цели примирить оппонентов, сформулировать взаимоприемлемый для них компромисс. Это юрисдикционный орган, выясняющий, кто из сторон прав, а кто – виноват. Хотя некоторые арбитражные регламенты допускают, что арбитры могут действовать в качестве «дружественных посредников» (*amiable compositeur*) (см., например, ст. 22.4 Регламента ЛМТС 1998 г.), для этого требуется внесение соответствующих полномочий арбитров в арбитражное соглашение, и на практике такое происходит весьма редко.

Причина состоит в том, что в отличие от профессиональных медиаторов (посредников), нацеленных на поиск компромисса, на сближение позиций сторон, у арбитров (равно как и у судей) другие процессуальные задачи, которые вряд ли можно

совместить с исполнением функций посредников. Поэтому на Западе, где медиация достаточно распространена, иногда заключают так называемые «мультимодальные» арбитражные соглашения, предусматривающие право на обращение в арбитраж только после того, как попытки посредничества провалились (см. об этом подробнее в § 2.11 ранее).

Разумеется, как и в ходе судебного разбирательства, стороны арбитражного процесса в любой момент до вынесения арбитражного решения могут заключить мировое соглашение, которое должен будет утвердить состав арбитража. В этом случае вместо арбитражного решения, выясняющего, кто, по мнению арбитров, прав, а кто виноват, будет вынесено так называемое «арбитражное решение на согласованных условиях» (award on agreed terms), закрепляющее достигнутый сторонами компромисс и не отражающее позиции самих арбитров по существу спора. Если это решение не будет исполнено добровольно, его можно будет принудительно исполнить, равно как и любое другое арбитражное решение.

Прежде чем перейти к описанию процедуры вынесения арбитражного решения, в целях упрощения ознакомления с материалом приведем *перечень видов* решений, которые могут быть вынесены международными арбитражами.

► По объему охваченных решением вопросов арбитражные решения делятся на:

1. *арбитражные решения, охватывающие все вопросы*, которые были подняты в ходе арбитражного разбирательства. Большинство арбитражных разбирательств заканчивается вынесением именно такого решения; и

2. *арбитражные решения, охватывающие часть вопросов*, подлежащих рассмотрению в ходе арбитража. Чаще всего такие решения выносятся в результате разделения процесса на части, например, если имеет место bifurcation of proceedings. В этом случае выносится отдельное решение о компетенции состава арбитража (award on jurisdiction, см. подробнее § 4.3 далее), и, если состав арбитража приходит к выводу, что он обладает компетенцией по рассмотрению предмета спора, то вслед за ним (как правило, после проведения отдельных слушаний) выносится решение по существу спора. Если же дело касается очень существенных сумм или сопровождалось значительными расходами на представление интересов сторон, то после вынесения решения по существу спора могут выноситься отдельные решения о размере подлежащих взысканию сумм и/или о возмещении арбитражных расходов (award on costs). Такие решения обычно

выносятся на основании изучения арбитрами письменных документов о расходах сторон, без проведения отдельного устного слушания.

Все эти решения относятся к категории *окончательных* арбитражных решений (final awards) даже в том случае, если по делу ожидается вынесение еще нескольких решений, и поэтому арбитры иногда называют те из них, за которыми последует еще одно (или несколько) решений, interim award (промежуточное решение) или partial award (решение по части исковых требований). Тем не менее, повторим, все такие решения являются *окончательными*, поскольку вопрос или вопросы, разрешенные в них, уже не будут заново исследоваться составом арбитража при вынесении последующих решений (если таковые последуют).

Причем к этой же категории относится и решение о взыскании со стороны, отказавшейся от внесения приходящегося на ее долю аванса на покрытие арбитражных расходов, соответствующей суммы аванса. В соответствии со ст. 45(4) Регламента ТПС состав арбитража имеет право выносить такие решения до рассмотрения существа иска. Такие решения также являются окончательными, так как в случае, если сторона, отказавшаяся от внесения своей части аванса, дело все-таки выиграет, такое ранее вынесенное решение о взыскании с нее доли аванса отменено не будет, просто соответствующая сумма будет добавлена к сумме, подлежащей уплате стороной, проигравшей арбитраж<sup>264</sup>.

- Арбитражные решения также можно разделить *по степени окончательности* на
1. окончательные арбитражные решения (о их различных разновидностях говорилось выше); и
  2. решения о принятии обеспечительных мер.

*Решения о принятии обеспечительных мер* с точки зрения классификации являются антитезой окончательным арбитражным решениям. Такие арбитражные решения вправе выносить все международные арбитражи, и по своей сути они направлены не на разрешение спора, а либо на сохранение *status quo*, либо на создание

---

<sup>264</sup> Поэтому несомненной судебной ошибкой является Постановление Президиума ВАС РФ от 5 октября 2010 г. № 6547/10 по делу *компании Living Consulting Group AB против ООО «Сокотель»*, в котором Президиум отказал в приведении в исполнение Арбитражного решения ТПС от 4 июня 2009 г. по арбитражному разбирательству № 142/2008 о понуждении ответчика возместить истцу уплаченные за него 33 тысячи евро аванса по арбитражным расходам. Президиум ошибочно квалифицировал такое решение как «промежуточный акт» арбитража, хотя норма ст. 45(4) Регламента ТПС убедительно свидетельствует об обратном – это было окончательное решение.

предпосылок для возможного принудительного исполнения еще не вынесенного окончательного решения.

В то же время отметим, что несмотря на то, что у арбитров, работающих в рамках распространенных международных арбитражных регламентов, как правило, есть право на вынесение решений об обеспечительных мерах<sup>265</sup>, на практике они выносят такие решения очень редко и только в случае, если с просьбой об этом к ним обращается одна из сторон, а чаще стараются ограничиться призывом к сторонам к сохранению *status quo* или воздержанию от совершения действий, которые могут затруднить исполнение арбитражного решения.

Существуют две причины, по которым арбитры стремятся воздерживаться от принятия обеспечительных мер. Во-первых, в большинстве развитых стран сами государственные суды быстро и эффективно удовлетворяют заявления о принятии обеспечительных мер, связанных с арбитражным разбирательством (см. об этом в § 1.8 ранее). При этом обращение в суд за обеспечительными мерами возможно еще до начала арбитражного разбирательства, судебное решение, которое выносится по месту нахождения имущества потенциального должника, проще и быстрее принудительно исполнить, нежели иностранное арбитражное решение, и, наконец, государственным судам проще работать с таким процессуальным инструментом, как встречное обеспечение, которое часто предоставляется лицом, инициировавшим принятие обеспечительных мер. Как правило, на Западе таким встречным обеспечением является банковская гарантия.

Во-вторых, международные арбитражи стремятся воздерживаться от принятия решений об обеспечительных мерах ввиду того, что такие арбитражные решения, в отличие от окончательных арбитражных решений, не относятся непосредственным образом к сфере применения Нью-Йоркской конвенции, и в различных странах суды по-разному решали вопрос о возможности их принудительного исполнения в рамках этой Конвенции и о самой возможности стороны арбитражного разбирательства обратиться в государственный суд с ходатайством о принятии обеспечительных мер. Результатом обобщения такой судебной практики стали изменения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ, одобренные ЮНСИТРАЛ на ее 39-й сессии в 2006 г., связанные с включением в него

---

<sup>265</sup> Нормы о непосредственном запрете арбитрам принимать обеспечительные меры включены в ГПК Греции (ст. 889), Италии (ст. 818).

главы IVA<sup>266</sup>. Эти изменения радикально расширяют возможности международных арбитражей по принятию обеспечительных мер<sup>267</sup>, хотя в ряде стран Европы и штатов США и без внесения изменений в законодательство не было проблем с принудительным исполнением решений о принятии обеспечительных мер, принятых составами арбитражей.

Подробнее о такой форме взаимодействия государственных судов и международных арбитражей, как принятие обеспечительных мер, говорилось ранее в § 1.8.

► По их содержанию арбитражные решения можно также классифицировать на

1. решения о взыскании денежных сумм, присуждению к исполнению обязательств в натуральной форме, по обязанности ответчика воздержаться от совершения определенных действий и т.п.; и

2. решения о признании права (*declaratory relief*), не связанные с взысканием денежных сумм и совершением или воздержанием от совершения определенных действий.

В практике российских судов, связанных с исполнением решений международных арбитражей, решения второй категории очень редки<sup>268</sup>, нет соответствующих исков и в МКАС при ТПП РФ. Однако в зарубежных арбитражных центрах ситуация иная – так, например, в ЛМТС исковых заявлений о присуждении *declaratory relief* в 2009 г. было подано 24% от общего числа исков, а в 2010 г. дел этой категории было уже 28%.

К этой категории дел относятся почти все корпоративные споры, столь популярные среди российских олигархических структур, дела о понуждении к исполнению договорных обязательств в рамках акционерных соглашений. В широком распространении таких исковых требований на Западе есть немало причин. Отчасти это связано с отличием западной правовой системы от постсоветского пространства, где

---

<sup>266</sup> Комаров А.С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 7.

<sup>267</sup> По состоянию на середину 2013 г. изменения, внесенные в Типовой закон ЮНСИТРАЛ в 2006 г., были имплементированы в законодательстве Брунея (2009 г.), Гонконга (2010 г.), Грузии (2009 г.), Ирландии (2010 г.), Коста-Рики (2011 г.), Маврикия (2008 г.), Новой Зеландии (2007 г.), Перу (2008 г.), Словении (2008 г.), Руанды (2008 г.) и штата Флорида (2010 г.). Такие изменения готовятся еще в ряде европейских стран. К сожалению, в России законопроект, основанный на изменениях, внесенных в Типовой закон ЮНСИТРАЛ в 2006 г., внесенный в Государственную Думу, значительно отличается от текста, предложенного ЮНСИТРАЛ – из него удалена статья о возможности принудительного исполнения арбитражных решений о принятии обеспечительных мер.

<sup>268</sup> В качестве примера из российской практики можно привести так и не дошедшее пока до конца дело «Симан Франсе» против АО «Сибцемент», см. Определение ФАС ЗСО от 8 ноября 2012 по делу № А27-781/2011.

принудительное исполнение арбитражного решения, не связанного с взысканием денег или отгрузкой продукции, может столкнуться с многочисленными препятствиями (следует помнить, что почти всегда акционерами крупнейших российских и украинских компаний являются западные инвесторы, domiciliрованные в странах, где принудительное исполнение арбитражного решения такого типа не встретит трудностей). Надо также помнить, что признание за истцом определенного права (в том числе основанного на договоре с ответчиком) гораздо легче доказать, нежели обосновывать упущенную выгоду, связанную с расторжением или нарушением договора, а решение арбитража, понуждающее ответчика воздержаться от определенных действий на будущее, может, например, положить конец корпоративному конфликту, мешающему развитию компании<sup>269</sup>.

От классификации видов арбитражных решений перейдем собственно к *процедуре вынесения арбитражного решения*.

После завершения устного слушания и получения от сторон closing statements (если предполагался обмен ими по завершении устного слушания) арбитры приступают к обсуждению и оценке собранных правовых аргументов, этот процесс обозначается труднопереводимым термином deliberations (дословно – неспешная оценка, взвешивание). Единой процедуры не существует, она зависит, во-первых, от убедительности позиций сторон и, во-вторых, от личности арбитров.

Если еще в ходе устного слушания арбитры пришли к общему мнению о том, что одна из сторон права, а вторая – нет, то подготовка арбитражного решения не встретит никаких затруднений. Арбитры лишь условятся о том, какие испрошенные сторонами средства правовой защиты следует предоставлять и в каком объеме, а также решат, кто из них какую часть решения будет писать. Иногда написание большей части решения берет на себя председатель состава, а иногда – арбитр, лучше знакомый с той системой права, которая регулирует правоотношения сторон, возможна ситуация, когда наибольший вклад

---

<sup>269</sup> Классическим примером declaratory award может служить арбитражное решение, вынесенное в 2011 г. Арбитражным институтом ТПС по иску AAR v. BP в связи с попыткой BP заключить договор о создании совместного предприятия и обмене акциями с компанией «Роснефть». По мнению истца (поддержанному составом арбитража), такая сделка с «Роснефтью» противоречила обязательствам BP по отношению к AAR, оформленным соглашением акционеров компании ТНК-BP. Состав арбитража разрешил британской компании и «Роснефти» обменяться акциями (5% на 9,3%) только при условии допуска ТНК-BP в арктическое СП с участием «Роснефти». Но при этом бумаги должны быть переданы в специальный трастовый фонд и признаны исключительно инвестиционным вложением, BP и «Роснефть» не смогут голосовать ими и избирать представителей в советы директоров друг друга. см. Ведомости, 17 мая 2011 г., [http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/260313/neft\\_na\\_troih\\_ne\\_delitsya](http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/260313/neft_na_troih_ne_delitsya). В итоге BP и «Роснефть» были вынуждены отказаться от задуманной сделки, так как заключить ее в рамках сформулированных арбитражем параметров не удалось.

в написание решения внесет тот арбитр, который просто свободнее коллег и располагает временем для написания проекта решения. Все это не принципиально – главное, что среди арбитров нет спора о том, кто из участников процесса прав, их мнение совпадает.

Совсем иначе дело обстоит в том случае, если арбитры в ходе устного слушания и изучения материалов дела к общей точке зрения не пришли. В этом случае процесс *deliberations* может затянуться, и особую роль в нем должен сыграть председатель состава арбитража. Его задача состоит в том, чтобы попытаться нащупать компромисс, который привел бы к тому, что решение будет принято единогласно всеми арбитрами. Если же такой компромисс невозможен, то председатель, как правило, просто примкнет к тому из арбитров, чья позиция представляется ему более правильной.

В принципе, валидность арбитражного решения не зависит от того, вынесено оно единогласно или большинством голосов. Теоретически, возможна ситуация, при которой у каждого из трех арбитров есть свое мнение, которое совершенно не совпадает с мнением коллег – в этом случае решение примет сам председатель (см., например, п. 2 § 38 Регламента МКАС при ТПП РФ, или ст. 26.3 Регламента ЛМТС). Если кто-то из арбитров не согласен с позицией, отраженной в арбитражном решении, он вправе приложить к этому арбитражному решению свое особое мнение (*dissenting opinion*), но решение с особым мнением «несогласного» арбитра имеет ту же законную силу, что и решение, принятое единогласно<sup>270</sup>. Кстати, если один из арбитров откажется подписывать решение, этот факт не сделает это решение недействительным.

Разумеется, все эти проблемы не встанут в том случае, если решение принимается единоличным арбитром. Он просто пишет решение, исходя из выводов, к которым он пришел по итогам рассмотрения дела.

В арбитражном решении должны быть четко освещены следующие вопросы:

► 1. процессуальная история дела: обмен между сторонами состязательными документами, назначение арбитров, уплата арбитражного сбора, когда и какие процессуальные аргументы были представлены сторонами (например, по вопросу о компетенции состава арбитража, о месте и сроках проведения устных слушаний и т.п.), какие процессуальные ходатайства были ими заявлены и были ли они удовлетворены;

---

<sup>270</sup> Автору известен лишь один случай, когда аргументация, изложенная в особом мнении арбитра, не согласившегося с большинством состава арбитража, была положена в основу заявления в шведский государственный суд об отмене этого арбитражного решения, в результате рассмотрения которого это решение было отменено. Но это исключительный случай, который не влияет на общий вывод о том, что приложенное к арбитражному решению особое мнение несогласного арбитра никак не влияет на его валидность.

- ▶ 2. суть исковых требований и возражений ответчика, причем носящих как процессуальный, так и материально-правовой характер. В случае использования сторонами тактики множественных средств правовой защиты (см. § 3.8 ранее), состав арбитража должен описать каждое из них в том порядке, в котором стороны ранжировали такие средства правовой защиты. В случае выдвижения ответчиком юрисдикционных возражений, они должны быть изложены и проанализированы составом арбитража в первую очередь;
- ▶ 3. содержание свидетельских и экспертных показаний, если они фигурируют в деле. Показания свидетелей и экспертов с каждой стороны должны быть сгруппированы по существенным вопросам и оценены составом арбитража;
- ▶ 4. выводы и резолютивная часть, которая суммирует итоги разбирательства, причем наряду с присуждаемыми победившей стороне суммами, основанными на применении норм материального права, арбитры должны распределить арбитражные издержки сторон таким образом, чтобы проигравшая сторона возместила бы их в пропорции, соответствующей степени успеха оппонента.

Разумеется, если по делу выносятся несколько решений (например, по вопросу о компетенции, по существу исковых требований и по расходам сторон), то каждое из них будет содержать лишь часть описанных выше вопросов, и при этом каждое из них является окончательным.

От указанной выше структуры арбитражного решения могут отступать так называемые арбитражные решения на согласованных условиях (*award on agreed terms*), которые могут выноситься арбитрами в случае, если стороны заключат мировое соглашение. Но и решения на согласованных условиях обязательно должны содержать в себе необходимый набор сведений о процессе, который требуется на основании применения норм соответствующего арбитражного регламента.

При составлении арбитражного решения арбитры опираются на материалы дела. В том случае, если выяснится, что какой-то вопрос недостаточно освещен, арбитры вправе предложить сторонам представить свои позиции по нему, и даже провести еще одно устное слушание – впрочем, такие случаи чрезвычайно редки, и, как правило, арбитражное решение выносится в течение нескольких месяцев после завершения устного слушания, на котором представлены позиции сторон по существу спора.

Единой формы международного арбитражного решения не существует, и порядок изложения вопросов, подлежащих освещению в решении, зависит от самих арбитров и традиций арбитражной институции.

Отметим, что если арбитражное решение выносится под эгидой определенного институционального арбитражного центра, то у арбитров может существовать обязанность по согласованию своего решения с таким центром.

Так, согласно п. 1 § 42 Регламента МКАС при ТПП РФ

«До подписания решения состав арбитража заблаговременно представляет проект решения в Секретариат МКАС. Секретариат МКАС, не затрагивая независимости арбитров в принятии решения, может обратить внимание состава арбитража на выявленные несоответствия проекта решения предусмотренным Регламентом требованиям по его оформлению. При неустранении таких несоответствий Секретариат МКАС вправе информировать об этом Президиум МКАС».

Подчеркнем, что указания Секретариата МКАС при ТПП РФ не могут касаться выводов состава арбитража по существу дела и ограничиваются техническими вопросами. На практике они сводятся к проверке правильности расчета уплаты арбитражного сбора, особенно если по результатам рассмотрения дела планируется возратить часть такого сбора истцу.

Похожим образом дело обстоит в ЛМТС, где арбитры указывают в решении расходы, связанные с рассмотрением дела, оплаченные за счет арбитражного сбора, после того, как их утвердит Суд ЛМТС (см. ст. 28.2 Регламента ЛМТС 1998 г.). Содержание арбитражного решения Суд ЛМТС не контролирует, хотя и может давать арбитрам рекомендации по его совершенствованию – как правило, такие рекомендации не выходят за рамки чисто технических аспектов решения.

Отметим, что вопрос о распределении между сторонами расходов по уплате арбитражного сбора не всегда напрямую увязан с вопросом о возмещении сторонам их издержек, связанных с привлечением к участию в деле представителей – сотрудников юридических фирм и барристеров. Как уже отмечалось, такие издержки обычно в разы превышают суммы, выплаченные в качестве арбитражного сбора.

В принципе, сторона, одержавшая полную победу в арбитраже (например, истец, которому присуждено 100% его исковых требований, или ответчик, добившийся полного отказа в иске), вправе рассчитывать на то, что ее расходы на привлечение представителей

будут возмещены арбитражем за счет проигравшей стороны полностью. Однако из этого правила бывают исключения – если арбитры посчитают, что некоторые аргументы «победителя» к делу не относились или что уплачиваемая юристам сумма не соответствовала качеству их работы, то возмещение расходов на привлечение представителей может быть неполным. Если дело заканчивается подписанием мирового соглашения, то, как правило, стороны самостоятельно оплачивают услуги своих юристов, и это также является частью сделки.

Отметим также, что расходы на оплату счетов юристов в значительной степени зависят от того, какую позицию занимал в процессе оппонент. Если ответчик активно защищался, приводил различные аргументы, представлял доказательства, то счет за услуги юристов истца будет, естественно, выше, так как все ведущие юридические фирмы мира работают на началах почасовой оплаты. Если же дело слушалось в отсутствие ответчика, который позиции по делу не представил, юристы истца потратят меньше времени.

Отметим также, что, в отличие от других ведущих институциональных арбитражных центров, МКАС при ТПП РФ обычно весьма консервативно подходит к вопросу о возмещении расходов по привлечению представителей. Впрочем, в значительной степени это связано с тем, что обычно в этом арбитражном центре рассматриваются небольшие (по международным меркам) иски.

Возвращаясь к вопросу о согласовании арбитражного решения с арбитражной институцией, под чьей эгидой рассматривается дело, надо отметить, что, в отличие от других арбитражных регламентов, в рамках Арбитражного регламента МТП проект решения подвергается проверке (*scrutiny*) *по своему существу*. В соответствии со ст. 27 этого Регламента в редакции 1998 г. и ст. 33 в редакции 2012 г:

«Прежде чем подписать любое решение, состав арбитража представляет его проект Суду. Суд может предложить внести изменения по форме решения. Не затрагивая свободу состава арбитража в принятии решения, он также может обратить внимание на вопросы, касающиеся существа дела. Решение не подписывается составом арбитража, пока оно не было одобрено Судом по его форме».

Несмотря на оговорку о том, что МАС МТП не затрагивает «свободу состава арбитража в принятии решения» и одобряет лишь его «форму», на практике получается, что содержание арбитражных решений, выносимых под эгидой МТП, контролируется

МАС МТП – в этом отличие данного регламента от всех других институциональных арбитражных регламентов, в соответствии с которыми институциональные органы уточняют и утверждают цифры, связанные с расходами на арбитраж, но не касаются существа арбитражных решений. Впрочем, МАС МТП объединяет авторитетных и беспристрастных специалистов из разных стран, и единственной целью, с которой они дают какие-либо указания составам арбитражей, является обеспечение исполнимости выносимых арбитражных решений.

После получения сторонами арбитражного решения, любая из сторон вправе обратиться к составу арбитража с просьбой об исправлении в решении ошибок и опечаток, а также с целью толкования положений решения, которые неясны. Такое происходит довольно редко. Арбитражные регламенты отводят сторонам 30 дней на такое обращение, в течение этого срока арбитры вправе внести исправления в свое решение и по собственной инициативе.

Регламент МКАС при ТПП РФ предусматривает также составление и подписание арбитрами протокола устного слушания. В соответствии с п. 1 § 33 этого Регламента, в таком протоколе должны быть отражены «краткое описание хода слушания». На Западе практикуется другой подход: там ход слушания по крупным делам оформляется дословной стенограммой, причем она готовится в ходе слушания практически в режиме реального времени и выводится на компьютеры адвокатов, позволяя им делать пометки и ссылаться на озвученные противником аргументы в ходе своих последующих выступлений. К сожалению, в России такая техника в течение обозримого будущего вряд ли появится.

#### Контрольные вопросы к § 3.10.

1. Классификация арбитражных решений: 1. по степени окончательности 2. по содержанию; 3. по объему охваченных решением вопросов.
2. Содержание арбитражного решения.
3. Согласование проекта арбитражного решения с арбитражной институцией.
4. Возмещение арбитражных расходов сторон согласно арбитражному решению.

Контрольные вопросы к Главе 3 в целом.

1. Сопоставьте роль арбитров и роль сторон арбитражного разбирательства.
2. Какую информацию о своих связях с другими участниками процесса и когда должен раскрывать арбитр, в каких случаях и в какие сроки следует заявлять отводы арбитрам?
3. Процедура обмена состязательными бумагами в свете обязанности сторон по своевременному представлению аргументов.
4. Свидетельские и экспертные показания в сопоставлении с состязательными бумагами, представленными сторонами арбитражного разбирательства.
5. Расходы, связанные с участием в арбитражном разбирательстве: их оценка, структура и возмещение согласно арбитражному решению.

## Глава 4. Процессуальные вопросы приведения в исполнение и оспаривания решений международных арбитражей

### § 4.1. Стратегия

После того, как арбитражное решение вынесено (и в него, при необходимости, внесены исправления), у проигравшей арбитраж стороны (а это может быть не только ответчик, но и истец – в случае, если в удовлетворении его требований отказано и решением арбитража с него взыскиваются понесенные ответчиком расходы) есть три варианта поведения:

- ▶ 1. исполнить арбитражное решение добровольно;
- ▶ 2. оспаривать арбитражное решение;
- ▶ 3. препятствовать его приведению в исполнение (разумеется легальным путем, в рамках ст. V Нью-Йоркской конвенции и имплементирующего ее национального законодательства, а не путем вывода активов, преднамеренного банкротства, воспрепятствования исполнению судебного решения и т.п., что никоим образом не может считаться правомерным и, более того, само по себе уголовно наказуемо)<sup>271</sup>.

В зависимости от поведения проигравшей стороны (а «первый ход» обычно остается за нею ввиду того, что сроки на оспаривание арбитражного решения гораздо короче срока на обращение в компетентный суд с целью приведения в исполнение арбитражного решения, см. § 4.5 далее), взыскатель определяет последовательность и содержание своих действий. Прежде чем перейти к анализу возможных вариантов и судебной практики, отметим, что на Западе абсолютное большинство арбитражных решений исполняется добровольно и безотлагательно, иначе компании портят свою отчетность (а информацию обо всех неисполненных решениях, судебных и арбитражных, требуется раскрывать) и рискуют переплатить большие деньги на процентах, как это случилось с Российской Федерацией, которая в результате начисления процентов была вынуждена уплатить фирме «Нога» почти в десять раз больше той небольшой суммы которая была первоначально присуждена международным арбитражем в Стокгольме. Из относительно недавних дел, которые были на слуху у российской аудитории, отметим иск принадлежащего российским олигархическим структурам консорциума AAR к компании

---

<sup>271</sup> Для наглядности варианты поведения сторон после вынесения арбитражного решения показаны графически на Схеме 2 в Приложении к учебнику.

British Petroleum (BP) о запрете сделки по обмену активами, подписанной BP с российской компанией «Роснефть» в нарушение акционерного соглашения, ранее заключенного BP с ААР. 24 марта 2011 г. арбитраж в Стокгольме вынес свое решение, и BP немедленно обещала его соблюдать<sup>272</sup>, несмотря на многочисленные заявления руководителей «Роснефти» о недопустимости вмешательства Стокгольмского арбитража в их деятельность.

Такая реакция находящейся под контролем российского правительства «Роснефти», увы, не случайна. До недавнего времени большинство арбитражных решений, вынесенных против российских компаний, не исполнялись добровольно и даже оспаривались, причем пример в таком подходе подает само Правительство РФ, оспаривающее все выносимые против России решения международных арбитражей, не считаясь при этом ни с ничтожными шансами на их отмену (пока ни одного решения отменено не было), ни с существенными финансовыми издержками, ни с имиджевыми потерями. И хотя «Роснефть» не была непосредственной участницей арбитражного разбирательства между ААР и BP, ее руководители и не пытались скрыть своего раздражения в связи с направлением иска в арбитраж.

И все-таки в последнее время частные российские компании все реже пытаются оспаривать вынесенные против них за рубежом арбитражные решения по месту их вынесения, хотя по-прежнему пытаются препятствовать их приведению в исполнение в России. Если же инвестиции в российскую экономику оформлены через иностранные компании, принадлежащие российским предпринимателям, то картина складывается иная: понимая уязвимость своих иностранных компаний, расположенных в государствах, где приведение в исполнение арбитражного решения не так затруднительно, как в России, иностранные дочерние структуры российских компаний стараются исполнять арбитражные решения без задержки. Впрочем, как правило, такие иностранные структуры, принадлежащие российским бизнесменам, участвуют в разбирательствах, связанных с корпоративными конфликтами, например вокруг исполнения акционерных соглашений, и реже сталкиваются с решениями, требующими уплаты ими существенных денежных сумм.

Отметим, что российское законодательство и судебная практика никак не препятствуют российским компаниям в добровольном исполнении вынесенных против

---

<sup>272</sup> Сделка века оказалась подсудным делом // Коммерсант. 25 марта 2011 г. <http://kommersant.ru/doc/1607492>

них арбитражных решений. Например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 3 апреля 2007 г. № 14715/06 по делу № А33-29391/2005 было разъяснено, что

«...решения третейского суда и международного коммерческого арбитража являются обязательными и окончательными для их добровольного исполнения сторонами третейского разбирательства».

В Постановлении Президиума ВАС РФ от 9 марта 2011 г. № 13211/09 по делу *Lugana Handelsgesellschaft mbH против ОАО «Рязанский завод металлокерамических приборов»*, о котором речь пойдет более подробно в § 4.7 далее, также разъяснено:

«...три года предоставлено для его [арбитражного решения. – Б.К.] добровольного исполнения либо предъявления в суд для принудительного исполнения».

Таким образом, высшая судебная инстанция России неоднократно указывала на возможность и законность добровольного исполнения арбитражных решений: к сожалению, примеров такого добровольного исполнения со стороны российских государственных компаний и самого российского государства пока не отмечено, что, несомненно, учитывается иностранными партнерами России при расчете коммерческих рисков.

Прежде чем детально рассмотреть процессуальные требования к подаче заявления об отмене решения международного арбитража и о приведении в исполнение такого решения, остановимся на одном вопросе, который имеет стратегическое значение. Дело в том, что, как это будет подробнее изложено в Главе 5 далее, основания для оспаривания решения международного арбитража и для отказа в его приведение в исполнение (ст. 34 и 36 Закона о МКА) *по своему содержанию совпадают*. При этом получается, что если сторона, добивавшаяся отмены арбитражного решения, вынесенного в России, например по причине недействительности арбитражного соглашения, это дело в российском государственном арбитражном суде проиграет, то сослаться на недействительность арбитражного соглашения как на основание для отказа в приведении в исполнение решения международного арбитража она будет уже не вправе в силу нормы ч. 2 ст. 69 АПК о преюдициальном характере обстоятельств, доказанных по ранее рассмотренному делу. Проиллюстрируем этот вывод следующим примером из практики.

Иностранная фирма Feuyline Limited обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об отмене решения МКАС при ТПП РФ, которым она обязывалась уплатить денежную сумму российской компании ОАО «Башкирская нефтехимическая компания».

По мнению заявителя, МКАС не известил ответчика о проведении арбитражного разбирательства, что создало ему препятствия в защите его законных интересов. Определением Арбитражного суда г. Москвы заявление было удовлетворено, а решение МКАС – отменено.

Российская компания в своей кассационной жалобе указала на имевшее в этом деле неправильное применение Арбитражным судом г. Москвы ч. 2 ст. 69 АПК, в соответствии с которой

«Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица».

Отменяя решения суда первой инстанции по этому делу, ФАС МО в своем Постановлении от 27 мая 2003 г. указал:

«... в материалах дела имеются незаверенные копии определений Арбитражного суда Республики Башкортостан ..., которыми удовлетворено ходатайство ... о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МКАС... Из содержания указанных определений усматривается, что Арбитражным судом Республики Башкортостан были исследованы и разрешены вопросы о компетенции МКАС при ТПП рассматривать возникший между сторонами спор; о надлежащем извещении ответчика как стороны, против которой принято решение о дне разбирательства дела; о соответствии решения законодательству.

Судом не проверена достоверность указанных документов и не дана им соответствующая оценка.

При указанных обстоятельствах обжалуемое определение суда подлежит отмене на основании п. 3 ч. 1 ст. 287 АПК РФ, поскольку судом неполно исследованы имеющиеся в деле доказательства»<sup>273</sup>.

При этом преюдициальностью для российских государственных арбитражных судов обладают только решения, вынесенные российскими государственными арбитражными судами. Нормы ч. 2 ст. 69 АПК не позволяют расценивать как обладающие

---

<sup>273</sup> Постановление ФАС МО от 27 мая 2003 года по делу № КГ-А40/3258-03. См. также Постановление ФАС МО от 27 марта 2006 г. по делу № КГ-А40/2138-06 и Постановление ФАС ДВО от 26 сентября 2006 г. по делу № Ф03-А73/06-1/3036, представляющие собой примеры обращения государственных арбитражных судов к нормам ч. 2 ст. 69 АПК в делах, связанных с оспариванием и приведением в исполнение решений международных арбитражей.

преюдициальной силой решения иностранных судов. Сформулируем простой вывод: *обращение с заявлением об отмене решения международного арбитража, вынесенного в России, ограничивает возможности проигравшей арбитраж стороны по выдвигению возражений против приведения в исполнение этого арбитража на территории России* (в терминологии АПК процедура приведения в исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории России, именуется процедурой «рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда», см. § 2 главы 30 АПК). Если в удовлетворении заявления об отмене решения международного арбитража будет отказано, то те основания, по которым заявитель просил это решение отменить, уже не смогут быть им использованы в качестве возражения против приведения в исполнение такого арбитражного решения.

Наконец, отметим, что не допускается представление новых аргументов, свидетельствующих о нарушении третейским судом каких-либо прав ответчика, на этапе кассационного обжалования судебного акта, которым отказано в отмене решения международного арбитража или которым это решение приведено в исполнение, так как в соответствии со ст. 286, 287 АПК оценка новых доказательств и установление обстоятельств находятся за пределами полномочий и компетенции суда кассационной инстанции. Все аргументы, на которые собирается сослаться сторона, добивающаяся отмены решения международного арбитража или возражающая против его приведения в исполнение, должны быть изложены сразу, при обращении в суд первой инстанции. Приведем пример такой процессуальной ошибки.

Решением Третейского суда Ассоциации российских банков от 1 марта 2010 г. по делу № 435/2009 с индивидуального предпринимателя Неверова О.В. в пользу компании Winslett Financial Services Limited (Кипр) была взыскана денежная сумма. Возражая против выдачи исполнительного листа на приведение в исполнение этого арбитражного решения, ответчик не указал, какие именно процессуальные нарушения были допущены международным арбитражем, и Определением Арбитражного суда Новосибирской области от 5 мая 2010 г. выдан исполнительный лист на принудительное исполнение этого решения международного арбитража. Только при подаче кассационной жалобы ответчик указал, что, по его мнению, он не был надлежащим образом уведомлен о дате рассмотрения дела третейским судом, а также не был уведомлен о смене состава третейского суда. ФАС СЗО Постановлением 7 июля 2010 г. по делу № А45-7709/2010 разъяснил ответчику, что эти аргументы следовало представлять еще в суде первой

инстанции, и оставил в силе Определение от 5 мая 2010 г. Арбитражного суда Новосибирской области.

*§ 4.2. Вопрос об отмене арбитражного решения вправе рассматривать только государственный суд по месту его вынесения*

Прежде всего отметим, что Нью-Йоркская и Европейская конвенции не регулируют вопросы отмены арбитражных решений – они касаются только *процедуры* их признания и приведения в исполнение и *оснований*, по которым в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано. Собственно вопросы отмены арбитражных решений регулируются национальным законодательством государства, на чьей территории вынесено соответствующее международное арбитражное решение, причем таким национальным законодательством регулируются и процедура отмены международных арбитражных решений, и собственно основания для их отмены. Например, если арбитражное решение вынесено в России, то процедура и основания для его отмены регулируются Законом о МКА, а не источниками международного права.

К сожалению, в России эту простую истину, очевидно следующую из прочтения текстов Нью-Йоркской и Европейской конвенций, усвоили не все и не сразу. Было отмечено несколько попыток отменить *иностранные* арбитражные решения *в России* под тем предлогом, что сделки, послужившие основанием для соответствующих разбирательств, были подчинены *российскому* материальному праву.

Возможно, причина попыток отмены в России иностранных арбитражных решений состоит в том, что в Нью-Йоркской конвенции указано, что арбитражное решение может быть отменено не только государственным судом («компетентной властью», как указано в Конвенции (подп. «е» п. 1 ст. V), или «судом», как указано в подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА) страны, *где* оно было вынесено, но и судом страны, «*закон которой применяется*» (как указано в Конвенции), или «в соответствии с законом которой [страны] оно было вынесено» (как указано в Законе о МКА). На первый взгляд может показаться, что на основании этих положений Конвенции и Закона о МКА возникает дополнительная возможность для оспаривания арбитражного решения, причем не только в той стране, где оно было вынесено, но и в стране, чье право применялось для разрешения спора. На самом же деле такая точка зрения *ошибочна*: вынесенное арбитражное решение может

быть отменено только государственным судом страны, на чьей территории оно было вынесено.

В противном случае вероятность отмены государственным судом арбитражного решения выросла бы по крайней мере вдвое (так как право на его отмену было бы не только у государственного суда по месту вынесения арбитражного решения, но и у государственного суда той страны, чье материальное право регулировало сделку), что вряд ли соответствует основным идеям Конвенции и Закона о МКА. Под «применявшимся законом страны» авторы Конвенции и Закона имели в виду не материальное право, которым регулировались отношения сторон в данном споре, а процессуальный закон страны, где проходило слушание; поэтому они дополнили Конвенцию указанным положением на случай, если место вынесения арбитражного решения неизвестно или же решение было вынесено в разных государствах, а оттуда это положение попало в Типовой закон ЮНСИТРАЛ и в российский Закон о МКА. Такая предусмотрительность оказалась излишней, а текст подп. «е» п. 1 ст. V – двусмысленным. Пока в мире известно совсем немного случаев, когда сторона, возражавшая против приведения в исполнение арбитражного решения, апеллировала к суду страны, чье материальное право применялось для рассмотрения спора, с просьбой об отмене такого решения, хотя арбитраж проходил и решение его было вынесено в другой стране. В абсолютном большинстве случаев подобные апелляции отклоняются.

По самому знаменитому из дел этой категории, имеющему прецедентный характер для толкования подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции, арбитражное решение было вынесено в Мексике против американской компании в пользу аргентинской (*International Standard Elec. Corp. v. Bidas Sociedad Anonima Petrolera, Industrial y Comercial*); применимым материальным правом было право США. В 1990 г. аргентинская компания обратилась в суд Нью-Йорка с ходатайством о приведении данного решения в исполнение, а американская подала встречное ходатайство об отмене арбитражного решения нью-йоркским судом на основании того, что спор был разрешен согласно американскому праву (со ссылкой на подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции). Однако американский судья отказал в удовлетворении ходатайства американской компании, указав, что, «поскольку местом проведения арбитража была Мексика, а применимым процессуальным законом – мексиканский, только мексиканский суд в соответствии с [Нью-Йоркской] Конвенцией

имеет право отменить такое решение»<sup>274</sup>. Судья при этом сослался также на авторитетного комментатора Конвенции, отмечавшего, что обсуждаемое положение Конвенции относится к «теоретическому случаю, когда на основании соглашения сторон решение подчинено арбитражному закону, который отличается от арбитражного закона страны, в которой вынесено решение»; тот же комментатор указал в другой публикации, что это положение Конвенции не было востребовано на практике и осталось «мертвой буквой»<sup>275</sup>. Данный прецедент впоследствии неоднократно цитировался судами различных государств при толковании подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции.

Несмотря на безоговорочную поддержку специалистами описанного выше прецедента американского суда по толкованию подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции, попытки использовать эту неудачную клаузулу для отмены «неудобных» для ответчика иностранных арбитражных решений не прекращаются. Одним из недавних примеров стало дело *Karaha Bodas Co. LLC v. Pertamina*. Поводом к нему стал спор между истцом, компанией, созданной на Каймановых островах для разработки геотермальных источников на острове Ява (Индонезия), и индонезийской государственной энергетической компанией «Пертамина», рассмотренный арбитражем в Швейцарии, который в конце 2000 г. присудил истцу возмещение в размере 111 млн долларов США реального ущерба и порядка 150 млн долларов США упущенной выгоды, каковые суммы должны были быть уплачены ответчиком за нарушение им договоров, заключенных с истцом. Проиграв арбитраж, «Пертамина» сначала пыталась отменить арбитражное решение по месту его вынесения в Швейцарии, но безуспешно. Тогда в марте 2002 г. она обратилась в окружной суд Джакарты, который отменил вынесенное в Швейцарии арбитражное решение, сославшись на то, что оно противоречит индонезийскому праву.

Тем временем взыскатель обратился в суды США с заявлением о признании и приведении в исполнение швейцарского арбитражного решения против «Пертамины». 12 марта 2004 г. Апелляционный суд Пятого округа США признал и привел в исполнение швейцарское арбитражное решение, несмотря на то что ответчик со ссылкой на подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции доказывал, что раз индонезийский суд это арбитражное решение отменил, то оно не может быть

<sup>274</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XVII. P. 645.

<sup>275</sup> Van den Berg A.-J. The New York Arbitration Convention of 1958. Kluwer, 1981. P. 350, 328.

признано и приведено в исполнение в США на основании Конвенции. Американский суд с такой позицией не согласился, разъяснив, что поскольку арбитраж проходил в Швейцарии, то «первичной» юрисдикцией<sup>276</sup> для его отмены обладают именно швейцарские, но никак не индонезийские суды. При этом американский суд сослался на прецеденты, когда в США приводились в исполнение иностранные арбитражные решения, которые были отменены в том числе и судами, имевшими «первичную» юрисдикцию<sup>277</sup> (см. об этом в § 5.10 далее). Аналогичным образом это арбитражное решение было признано и приведено в исполнение судом Гонконга. Убедившись в бесполезности попыток индонезийского правосудия в создании препятствий к исполнению иностранного арбитражного решения, Верховный суд Индонезии впоследствии отменил ошибочный акт суда Джакарты<sup>278</sup>.

В свое время индийские суды полагали, что они вправе отменять иностранные арбитражные решения, связанные с индийскими компаниями. При этом они исходили из расширительного толкования национального закона об арбитраже 1996 года, распространяя его нормы об оспаривании в индийских судах решений внутренних третейских судов на международные арбитражи<sup>279</sup>, но в 2012 году Верховный суд Индии признал такой подход ошибочным.

Другим «претендентом» на отмену иностранных арбитражных решений, вынесенных против местных ответчиков, к сожалению, стала Россия. В некоторой степени оправданием этому факту могут служить откровенно неудачные нормы ч. 5 ст. 230 и ч. 4 ст. 233 АПК, которыми «в предусмотренных международным договором Российской Федерации случаях» допускается оспаривание в

---

<sup>276</sup> По сложившейся в США терминологии в целях применения подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции под судом «первичной» юрисдикции имеется в виду суд, имеющий право отмены решения международного арбитража, а под судом «вторичной» юрисдикции – суд, решающий вопрос о его признании и приведении в исполнение.

<sup>277</sup> См.: Шор Л., Янг М., Вилске Ш. Межюрисдикционные баталии по отмене швейцарского арбитражного решения // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 3. С. 53.

<sup>278</sup> В 2011 г. американский суд также отказался рассматривать аргумент о том, что вынесенное в Париже арбитражное решение по спору, подчиненному катарскому национальному праву, которое потом было отменено катарским судом под предлогом якобы допущенной арбитром ошибки в применении катарского материального права, может по этой причине остаться без исполнения в рамках подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции. По мнению американского суда, катарский суд не имел права рассматривать дело об отмене иностранного решения, и вынесенный этим судом акт не препятствует приведению в исполнение этого арбитражного решения в США. *International Trading and Industrial Investment Co. v. DynCorp Aerospace Technology*, Civ. No. 09-791 (RBW) (D.D.C. Jan. 21, 2011).

<sup>279</sup> *Bhatia International v. Bulk Trading S.A.* AIR (2002) SC 1432; *Veeder V.V. From Florence to London via Moscow and New Delhi: How and Why Arbitral Ideas Migrate.* Journal of International Dispute Settlement, (2012), pp. 1-19.

российском государственном арбитражном суде иностранного арбитражного решения, вынесенного с применением норм российского права, и даже отмена этого решения. Очевидно, что поводом для их возникновения стало неправильное толкование подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции, поскольку никаких других международных договоров по этому вопросу у Российской Федерации не существует.

Как уже отмечалось выше, данное положение Конвенции применимо исключительно к гипотетическому случаю, когда стороны арбитражного разбирательства своим соглашением предусмотрели применение в ходе слушания процессуального права, отличного от процессуального права той страны, на чьей территории выносится решение международного коммерческого арбитража<sup>280</sup>. Другим доказательством правильности данного подхода является Типовой закон ЮНСИТРАЛ, разработанный в развитие норм Конвенции и одобренный Генеральной Ассамблеей ООН. Этим Типовым законом допускается возможность оспаривания международного арбитражного решения *только* в соответствии со ст. 6 Закона, которой предусмотрено определение компетентного государственного суда *того* государства, *на чьей территории* был проведен международный арбитраж, и запрещается (ст. 5) любое судебное вмешательство, непосредственно не установленное Типовым законом. Аналогичные положения вошли и в ст. 5 и 6 российского Закона о МКА.

Как следствие, ч. 5 ст. 230 АПК применима лишь в том случае, если стороны арбитражного разбирательства, проведенного за рубежом, согласились с применением к данному арбитражу российского *процессуального* права. На практике автору никогда не доводилось сталкиваться с подобным стечением обстоятельств, нет описания подобных прецедентов и в литературе. Это не удивительно, поскольку такой выбор применимого процессуального права может привести к коллизии с *lex arbitri* (процессуальным правом, которым регулируются правила проведения арбитража и которое зависит в том числе от места его заседания), применяемым в императивном порядке, что может повлечь за собой отмену арбитражного решения государственным судом по месту вынесения решения. Добросовестные и разумные стороны арбитражного разбирательства, заинтересованные в том, чтобы арбитражное решение носило окончательный

---

<sup>280</sup> См.: Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 653.

характер, никогда не пользуются предоставленной Конвенцией возможностью выбора не только материального, но и процессуального права, применимого при проведении арбитража, отличного от процессуального права страны, на чьей территории выносится арбитражное решение.

Постановление Президиума ВАС РФ от 30 марта 2004 г. № 15359/03 («*Мабетекс Прожект инжиниринг Индустрианлагенпланунг унд Эррихтунгс ГмбХ*», Австрия, против ОАО «*Стойленский горно-обогатительный комбинат*») представляет собой первый случай обращения российской высшей судебной инстанции к нормам ч. 5 ст. 230 АПК, теоретически допускающей возможность оспаривания в российском государственном арбитражном суде иностранных арбитражных решений в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации. В этом деле первая и кассационная инстанции отменили иностранное арбитражное решение, вынесенное в Швеции с применением материального права России, ссылаясь при этом на Европейскую конвенцию (кассационная инстанция) и Нью-Йоркскую конвенцию 1958 г. (суд первой инстанции). Президиум ВАС судебные акты нижестоящих судов отменил и производство по делу прекратил. При этом он разъяснил, что Нью-Йоркская конвенция 1958 г. вопросы отмены иностранных арбитражных решений вообще не регулирует, а Европейская конвенция 1961 г. не может касаться отмены арбитражных решений, вынесенных в государствах, которые к ней не присоединились (как, например, Швеция).

Таким образом, в этом Постановлении Президиума от 30 марта 2004 г. № 15359/03 Высший Арбитражный Суд признал, что у Российской Федерации отсутствует международный договор, который обосновал бы даже теоретическую возможность отмены арбитражного решения, вынесенного в Швеции, российским государственным арбитражным судом, и поэтому производство по делу подлежит прекращению.

Тем не менее, как справедливо было отмечено в специальной литературе, этот акт Президиума ВАС РФ по делу *Мабетекс* также заслуживает критики<sup>281</sup> – так как, прекратив производство по делу об отмене швейцарского арбитражного решения, Президиум при этом посчитал, что в принципе российские суды могут

---

<sup>281</sup> Жильцов А.Н. Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 16.

отменять иностранные арбитражные решения на основании норм Европейской конвенции, которая неприменима лишь в этом конкретном деле.

На самом деле согласно п. 2 ст. IX Европейской конвенции для стран, участвующих одновременно и в этой Конвенции, и в Нью-Йоркской конвенции, возможность применения подп. «е» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции ограничивается только теми случаями, когда причиной отмены арбитражного решения послужило одно из юрисдикционных или процессуальных нарушений, закрепленных в подп. «а»–«d» п. 1 ст. V Конвенции, описанных в настоящем параграфе. Иными словами, если суд государства – участника Европейской конвенции, на чьей территории было вынесено арбитражное решение, отменил его по каким-либо причинам, которые не подходят ни под одно юрисдикционное или процессуальное нарушение, предусмотренное п. 1 ст. V Конвенции, то суд другого государства, участвующего в Европейской конвенции, не имеет права отказать в приведении в исполнение данного решения на своей территории со ссылкой на подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции; для отказа в приведении в исполнение этого решения суду второго государства придется сослаться на какое-нибудь другое основание, установленное ст. V Конвенции.

Таким образом, Европейской конвенцией (постольку, поскольку она применима к обстоятельствам конкретного дела исходя из национального состава его участников и характера взаимоотношений между ними) существенно усилена обязательность арбитражных решений, вынесенных в соответствии с общепринятыми правилами международного арбитража и надлежащим образом зафиксированным арбитражным соглашением сторон: во-первых, эти решения получили шанс на приведение в исполнение даже вопреки их отмене государственным судом по месту вынесения, а во-вторых, государственные суды стран – участниц Европейской конвенции были поставлены перед необходимостью ограничить свое право на отмену по юрисдикционным и процессуальным основаниям арбитражных решений, вынесенных на их территории, только основаниями, предусмотренными подп. «а»–«d» п. 1 ст. V Конвенции (если, конечно, такие суды желают, чтобы их решения принимались во внимание судами других стран – участниц Европейской конвенции как *res judicata*).

Отмена арбитражного решения государственным судом по месту вынесения решения по другому юрисдикционному или процессуальному основанию хотя и не

противоречит букве Конвенции или Европейской конвенции, но не лишает сторону, выигравшую арбитраж, шансов на приведение в исполнение отмененного решения за рубежом, так как в силу п. 2 ст. IX Европейской конвенции данное отмененное решение все равно может быть исполнено в другом государстве – участнике Европейской конвенции; в этом случае факт отмены арбитражного решения по месту его вынесения не будет иметь преюдициальной силы для суда другого государства – участника Европейской конвенции. Поэтому эту Конвенцию можно рассматривать только в качестве дополнительного механизма, обеспечивающего обязательность исполнения иностранного арбитражного решения, но ни в коем случае не в качестве препятствия на пути его признания и приведения в исполнение за рубежом. А собственно механизм отмены арбитражного решения Европейская конвенция, равно как и Нью-Йоркская, не регламентирует.

Именно поэтому, а не потому, что арбитражное решение было вынесено в Швеции, которая в Европейской конвенции не участвует, оно не может быть отменено российским государственным судом со ссылкой на эту Конвенцию. Президиум ВАС РФ был прав, отказавшись отменять иностранное арбитражное решение, хотя при его принятии и применялись нормы российского материального права, но сделанная Президиумом ссылка на Европейскую конвенцию в контексте решения этого вопроса явно ошибочна.

Тем более огорчает, что материалы Постановления Президиума ВАС РФ от 30 марта 2004 г. № 15359/03, обсужденные выше, попали в п. 10 Информационного письма № 96, причем под совершенно не соответствующим их содержанию заголовком: «Арбитражный суд не вправе отменить решение международного коммерческого арбитража, если оно вынесено в государстве, не участвующем в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года». У читателя этот выделенный жирным шрифтом заголовок дела, приведенного в Информационном письме № 96, может создать впечатление, что Европейская конвенция уполномочивает государственные суды отменять иностранные арбитражные решения, хотя такое толкование является по мнению специалистов ошибочным<sup>282</sup> и не следует из приведенного в Информационном письме № 96

---

<sup>282</sup> Комаров А.С. Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 20.

текста Постановления Президиума ВАС РФ<sup>283</sup>. Текст заголовка этого дела явно противоречит содержанию самого Постановления: его следовало бы сформулировать следующим образом: «Арбитражный суд прекращает производство по делу об отмене решения иностранного коммерческого арбитража, так как оснований для такой отмены в действующем законодательстве РФ и ее международных договорах не предусмотрено».

К сожалению, ошибка в толковании Европейской конвенции, допущенная Президиумом ВАС РФ в 2004 г. и растиражированная в Информационном письме № 96, основательно запутала российских судей. Примером может служить Постановление ФАС СЗО от 25 июля 2007 г. по делу № А05-4274/2007 (*Рыболовецкий колхоз «Красное знамя» против компании White Arctic Marine Resources Ltd*). Хотя в отмене арбитражного решения, вынесенного в Норвегии, было отказано, все рассуждения суда о толковании Европейской конвенции носят очевидно ошибочный характер:

«В качестве международного договора Российской Федерации, допускающего отмену иностранных арбитражных решений в арбитражном суде Российской Федерации, суд первой инстанции правильно рассматривал Европейскую конвенцию о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 года) и Конвенцию Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год).

Согласно пункту 1 статьи IX «Объявление арбитражного решения недействительным» Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже отмена арбитражного решения, подпадающего под действие настоящей Конвенции в одном из государств – участников настоящей Конвенции, будет являться причиной отказа в признании или исполнении этого решения в

---

<sup>283</sup> Следует решительно отвергнуть ничем не мотивированную интерпретацию ст. IX Европейской конвенции, которой придерживается проф. Т.Н. Нешатаева, полагающая, что этой статьей не ограничиваются, а, наоборот, расширяются возможности для неисполнения вынесенного арбитражного решения (см.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова. М.: Городец-издат, 2003. С. 609, 635). К сожалению, в Комментарий к АПК РФ 2002 г. под ред. проф. П.В. Крашенинникова (М.: Статут, 2007) в комментарии к ст. 230 (автор – С.А. Курочкин) также содержится совершенно ошибочная ссылка на ст. IX Европейской конвенции как норму, якобы позволяющую российским государственным судам отменять иностранные арбитражные решения. Основным аргументом, мотивирующим такой вывод этой публикации, является не анализ ст. IX Европейской конвенции, а ссылка на п. 10 Информационного письма № 96, сформулированный по материалам Постановления Президиума ВАС РФ от 30 марта 2004 г. № 15359/03.

других государствах – участниках Конвенции только при условии, что отмена арбитражного решения была произведена в государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено, и лишь по одному из перечисленных в Конвенции оснований.

<...>

Таким образом, по смыслу названных правовых норм для рассмотрения в арбитражном суде Российской Федерации заявления об оспаривании иностранного арбитражного решения необходимо наличие двух условий: оспариваемое решение должно быть вынесено страной – участником Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже и при принятии оспариваемого иностранного решения должны быть применены нормы законодательства Российской Федерации.

Установив, что при вынесении оспариваемого решения от 08.12.2006 Третейский суд города Осло не руководствовался нормами российского законодательства, суд первой инстанции обоснованно исходил из отсутствия предусмотренных частью 5 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации оснований, позволяющих оспорить иностранное арбитражное решение в Российской Федерации».

Мотивировка этого судебного акта не выдерживает критики: Европейская конвенция не регламентирует процедуру отмены арбитражного решения по месту его вынесения, и то, каким правом (по всей видимости – материальным) руководствовался арбитраж, не важно для решения вопроса о том, суд какого государства может отменять арбитражное решение. Наконец, ч. 5 ст. 230 АПК, как это было доказано выше, отсылает к несуществующим источникам норм об оспаривании решений международных арбитражей.

По всей видимости, доводы специалистов наконец убедили судей ВАС РФ, т.к. в Информационном письме № 156 даже не ставится вопрос о возможности отмены российским государственным судом иностранного арбитражного решения.

Отметим, что Постановлением Президиума ВАС РФ от 30 марта 2004 г. № 15359/03 (*«Мабетекс» против ОАО «Стойленский горно-обогатительный комбинат»*) в свое время было разъяснено, что иностранные арбитражные решения должны оспариваться в иностранных государственных судах *по месту их вынесения*:

«Учитывая, что решение суда ad hoc от 22.02.2002 вынесено на территории и по процессуальному закону Швеции, которым предусмотрена возможность отмены вынесенных на ее территории решений третейских судов, решение суда ad hoc по данному делу подлежало оспариванию в Швеции».

Такой вывод высшей судебной инстанции России полностью соответствует международным стандартам. В рамках ст. 34 Закона о МКА российские государственные арбитражные суды каждый год рассматривают от 10 до 20 дел об отмене решений МКАС при ТПП РФ и других международных арбитражей, вынесенных на территории Российской Федерации.

Контрольные вопросы к § 4.1 и § 4.2.

1. Существуют ли препятствия для добровольного исполнения должником решения международного коммерческого арбитража?

2. Могут ли судебные акты по делу об оспаривании решения международного арбитража иметь преюдициальное значение при рассмотрении заявления о приведении в исполнение такого решения?

3. Как соотносятся между собой нормы п. 2 ст. IX Европейской конвенции и п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции?

4. В каком государстве следует подавать заявление об отмене решения международного арбитража?

*§ 4.3. Оспаривание отдельных арбитражных решений по вопросу о компетенции состава арбитража*

Следует обратить внимание на то, что оспариванию может быть подвергнуто любое арбитражное решение: как окончательное решение по существу спора (подразумевающее, что у состава арбитража были полномочия по рассмотрению спора), так и отдельное решение о наличии у состава арбитража компетенции по рассмотрению спора по существу (в терминологии ст. 16 Закона о МКА такое решение называется постановлением, хотя в п. 1 § 40 Регламента МКАС при ТПП РФ используется термин «отдельное арбитражное решение»). Необходимость в вынесении отдельных арбитражных решений по вопросу о компетенции состава

арбитража возникает в тех случаях, когда основным (или, по крайней мере, существенным) аргументом ответчика является аргумент о том, что арбитражное соглашение недействительно, неисполнимо или утратило силу. Иногда в таких случаях арбитры могут вынести отдельное арбитражное решение по этому вопросу, до того как сторонам будет предложено представить их позиции по существу спора (и тем самым стороны будут избавлены от издержек, связанных с представлением позиции по существу спора, а процедура арбитража окажется также дешевле и, к тому же, короче). Примером данной категории дел могут служить все иностранные арбитражные разбирательства против Российской Федерации, возбужденные бывшими акционерами «Юкоса»: во всех этих делах Россия потратила немало сил на доказывание у состава арбитража компетенции, и по каждому из них было вынесено отдельное арбитражное решение по вопросу о компетенции.

Отметим, что отдельное арбитражное решение может не только подтвердить наличие у арбитров права на рассмотрение спора, но и постановить, что у состава арбитража компетенция отсутствует, и тем самым прекратить разбирательство. Такие «отказные» арбитражные решения за рубежом могут оспариваться в государственных судах, и если они будут отменены, то арбитражное разбирательство может быть начато сначала (хотя и перед другим составом арбитража).

В России же пока складывается судебная практика, в соответствии с которой государственные арбитражные суды отказываются рассматривать заявления об отмене отдельных арбитражных решений, которыми было установлено отсутствие у арбитров компетенции по рассмотрению спора. Так, ФАС МО в своем Постановлении от 11 июня 2009 г. № КГ-А40/4951-09 по делу № А40-94993/08-63-870 (АКБ «РУССОБАНК» (ОАО) против ОАО «НОМОС-БАНК») указал:

«Принятое третейским судом решение является по существу актом предварительного характера об отсутствии у него компетенции.

Поскольку оспаривание таких актов международного коммерческого арбитража с учетом положений части 1 статьи 235 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 16 Закона не допускается, арбитражный суд не вправе решить вопрос об отмене подобных решений.

В случае же поступления такого заявления арбитражный суд должен рассмотреть вопрос о прекращении производства по делу в порядке, установленном пунктом 1 части 1 статьи 150 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации».

Непонятно, почему ФАС МО пришел именно к такому выводу, так как ни ст. 16 Закона о МКА, ни отсылающая к ней ч. 1 ст. 235 АПК не делают никаких различий между отдельным постановлением или решением состава арбитража о наличии или об отсутствии у него компетенции, оба вида таких постановлений (или отдельных решений) могут обжаловаться. Тем не менее это Постановление ФАС МО может рассматриваться как объективно отражающее современную судебную практику по этому вопросу в России: если состав арбитража, рассматривающий спор в России, вынес постановление об отсутствии у него компетенции, это фактически должно приравниваться к утрате силы арбитражной оговорки, по крайней мере до тех пор, пока такая российская судебная практика не будет приведена в соответствие с западной.

К сожалению, при составлении ст. 235 АПК не было учтено то, что в соответствии с п. 3 ст. 16 Закона о МКА решение государственного суда об обжаловании постановления арбитров о наличии у них компетенции, вынесенного как по вопросу предварительного характера, *не подлежит обжалованию*. Частью 3 ст. 235 АПК предусмотрено, что такие постановления арбитров обжалуются по правилам, установленным § 1 гл. 30 АПК, что согласно ч. 5 ст. 234 АПК предполагает возможность обжалования решения государственного арбитражного суда, вынесенного на основании ст. 235 АПК, в суде кассационной инстанции. Это является прямой коллизией с п. 3 ст. 16 Закона о МКА и, строго говоря, должно рассматриваться в качестве примера судебного вмешательства, запрещенного ст. 5 Закона о МКА. Тем не менее пока складывающаяся российская судебная практика по этому вопросу следует нормам АПК, а не Закона о МКА.

Если отдельное арбитражное решение о наличии у состава арбитража компетенции по рассмотрению спора было вынесено в *России*, для его оспаривания применяются нормы Закона о МКА и § 1 главы 30 АПК. Срок подачи заявления об отмене такого решения международного арбитража составляет согласно ч. 3 ст. 230 АПК три месяца со дня получения заявителем соответствующего арбитражного решения в его окончательной форме. Размер

госпошлины, уплачиваемой при подаче заявления об отмене решения международного арбитража, составляет в соответствии с подп. 10 п. 1 ст. 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации (в ред. Федерального закона от 27.12.2009 № 374-ФЗ) две тысячи рублей.

#### § 4.4. Отказ от права на оспаривание арбитражного решения

В ряде стран законодательство допускает для сторон возможность согласовать в своей арбитражной оговорке, что они отказываются от права на оспаривание арбитражного решения. Такая возможность закреплена в п. 1 ст. 69 Закона Англии «Об арбитраже» 1996 г. (независимо от domicilia сторон), Швеции<sup>284</sup>, Франции<sup>285</sup>. В некоторых странах возможность оспаривания международного арбитражного решения, вынесенного на их территории, зависит от национальной принадлежности сторон спора: если ни одна из них не домицилирована в данной стране, то арбитражное соглашение может содержать положение о запрете на оспаривание арбитражного решения в государственном суде по месту вынесения. По такому пути пошло законодательство Бельгии. А по Закону Швейцарии от 18 декабря 1987 г. «О международном частном праве» у сторон арбитража, проводимого на территории этой страны, при условии, что ни одна из них не домицилирована в Швейцарии, есть выбор: либо вообще исключить возможность оспаривания арбитражного решения в государственном суде по месту вынесения, либо ограничить основания такого оспаривания по сравнению со списком оснований для отмены арбитражного решения, включенным в этот закон.

В российском законодательстве о международном коммерческом арбитраже аналогичных положений пока нет (хотя вполне возможно дополнение Закона о МКА такой нормой в обозримом будущем), зато они имеются в ст. 40 Закона о третейских судах<sup>286</sup>, допускающей фиксируемый в письменной форме отказ

<sup>284</sup> См.: *Хобер К.* Мировой опыт третейского разбирательства (на примере Швеции) // Экономика и жизнь – Юрист. 2002. № 16.

<sup>285</sup> Статья 1522 ГПК Франции в редакции Декрета от 13 января 2011 г. № 2011-48, вступившей в силу 1 мая 2011 г.

<sup>286</sup> Эта норма была проверена и признана соответствующей Конституции Российской Федерации Определением Конституционного Суда РФ от 01.06.2010 № 754-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью "Газпром экспорт" на нарушение конституционных

сторон внутреннего третейского разбирательства от оспаривания в будущем решения третейского суда. Поэтому решения международных коммерческих арбитражей, вынесенные на территории России, по общему правилу могут быть оспорены в государственных судах. Однако обращает на себя внимание дело компании *Northern Linen B.V. против открытого акционерного общества «Гаврилов-Ямский льнокомбинат»*, в котором компания пыталась добиться отмены решения МКАС при ТПП РФ, вынесенного против нее. Арбитражный суд г. Москвы, установив отсутствие оснований для отмены решения МКАС при ТПП РФ, не просто отказал заявителю, но и прекратил производство по делу. Такая позиция была поддержана ФАС МО и Определением ВАС от 22 декабря 2008 г. № 16125/08. При этом ссылались на § 44 Регламента МКАС при ТПП РФ, в соответствии с которым решение МКАС при ТПП РФ является окончательным и обязательным с даты его вынесения, и на п. 9 Информационного письма № 96, объясняющий невозможность обжалования решений внутренних третейских судов, если в соответствии со ст. 40 Закона о третейских судах стороны отказались от права на такое обжалование на этапе составления третейской оговорки.

Это дело *Northern Linen B.V. против ОАО «Гаврилов-Ямский льнокомбинат»* прецедентным не стало, и в дальнейшем государственные арбитражные суды продолжили рассмотрение заявлений об отмене решений МКАС при ТПП РФ. Это правильно, так как Закон о третейских судах не распространяется на МКАС при ТПП РФ, § 44 его Регламента не предусматривает отказа сторон от права на

---

прав и свобод статьей 40 Федерального закона "О третейских судах в Российской Федерации", пунктом 1 части 1 статьи 150 и частью 1 статьи 230 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации». Интересно, что заявитель этой жалобы в Конституционный Суд, ООО «Газпром экспорт», жаловалось на несоответствие Конституции именно статьи 40 Закона о третейских судах, а не какого-либо положения Закона о МКА, хотя поводом для обращения в КС было именно решение, вынесенное МКАС при ТПП РФ, основанное на Законе о МКА. Заявитель сам не понимал, в рамках какого закона было вынесено не устроившее его арбитражное решение. Но Конституционный Суд не вправе менять предмет запроса по собственной инициативе. Он подтвердил конституционность ст. 40 Закона о третейских судах (раз уж его об этом спросили) и сформулировал следующий весьма важный принцип:

«нормативные положения, исключающие возможность оспаривания решения третейского суда в компетентный суд, если третейским соглашением предусмотрена окончательность такого решения, не могут рассматриваться как нарушающие конституционные права заявителя, в том числе право на судебную защиту, поскольку сохраняется иного порядка последующей проверки арбитражным судом правомерности решения третейского суда».

Как уже отмечалось ранее в § 1.4, под «проверкой правомерности» решения третейского суда имеется в виду не пересмотр существа такого решения (что вступило бы в противоречие с позицией КС, ранее сформированной в Определении от 9 декабря 1999 г. № 191-О и Определении от 26 октября 2000 г. № 214-О), а изучение наличия оснований для отказа в приведении в исполнение такого решения.

оспаривание арбитражного решения, а Закон о МКА не содержит нормы, аналогичной норме ст. 40 Закона о третейских судах. В будущем включение в Закон о МКА нормы, аналогичной ст. 40 Закона о третейских судах или п. 1 ст. 69 Закона Англии «Об арбитраже» 1996 г., могло бы значительно повысить привлекательность России как места проведения международных арбитражных разбирательств, так как, по общему мнению специалистов, именно ошибки государственных арбитражных судов, рассматривающих заявления об отмене решений, выносимых МКАС при ТПП РФ, в значительной степени тормозят развитие международного арбитража в нашей стране и ведут к тому, что все больше споров с участием российских компаний и предпринимателей из СНГ передается на рассмотрение в западно-европейские арбитражи.

Контрольные вопросы к § 4.3 и § 4.4.

1. В каком порядке обжалуется отдельное арбитражное решение по вопросу о компетенции состава арбитража?
2. Возможен ли отказ от права на обжалование арбитражного решения?

#### *§ 4.5. Процессуальные вопросы оспаривания решения международного арбитража*

Закон о МКА не содержит изложения процессуальных требований, применяемых к заявлениям об отмене международных арбитражных решений, вынесенных на территории России, которые могут подаваться в российские государственные суды, его ст. 34 лишь определяет основания для отмены решения международного арбитража (об этом речь пойдет далее в Главе 5), и срок, в течение которого должно быть подано заявление такого вида – до истечения трех месяцев с момента получения заявителем текста арбитражного решения. Собственно же процессуальные требования, предъявляемые к заявлениям об отмене арбитражных решений, следует почерпнуть из АПК и ГПК.

Нормы ст. 231 АПК создают необходимые процессуально-правовые предпосылки для рассмотрения заявления об отмене решения международного арбитража, вынесенного на территории Российской Федерации:

«Статья 231. Требования к заявлению об отмене решения третейского суда

1. Заявление об отмене решения третейского суда подается в письменной форме и подписывается лицом, оспаривающим решение, или его представителем. Указанное заявление также может быть подано посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (в ред. Федеральных законов от 27.07.2010 № 228-ФЗ, от 11.07.2011 № 200-ФЗ).

2. В заявлении об отмене решения третейского суда должны быть указаны:

- 1) наименование арбитражного суда, в который подается заявление;
- 2) наименование и состав третейского суда, принявшего решение, место его нахождения;
- 3) наименование сторон третейского разбирательства, их место нахождения или место жительства;
- 4) дата и место принятия решения третейского суда, его номер;
- 5) дата получения оспариваемого решения третейского суда стороной, обратившейся с заявлением об отмене указанного решения;
- 6) требование заявителя об отмене решения третейского суда, основания, по которым оно оспаривается.

В заявлении могут быть указаны номера телефонов, факсов, адреса электронной почты и иные сведения.

3. К заявлению об отмене решения третейского суда прилагаются:

- 1) надлежащим образом заверенное подлинное решение третейского суда или его надлежащим образом заверенная копия. Копия решения постоянно действующего третейского суда может быть заверена председателем третейского суда; копия решения третейского суда для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверена;
- 2) подлинное соглашение о третейском разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;
- 3) документы, представляемые в обоснование требования об отмене решения третейского суда;

- 4) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в порядке и в размере<sup>287</sup>, которые установлены федеральным законом;
- 5) уведомление о вручении или иной подтверждающий направление копии заявления об отмене решения третейского суда другой стороне третейского разбирательства документ;
- 6) доверенность или иной документ, подтверждающие полномочия лица на подписание заявления.

3.1. Документы, прилагаемые к заявлению об отмене решения третейского суда, могут быть представлены в арбитражный суд в электронном виде.

(часть 3.1 введена Федеральным законом от 27.07.2010 № 228-ФЗ)

4. Заявление об отмене решения третейского суда, поданное с нарушением требований, предусмотренных в статье 230 настоящего Кодекса и в настоящей статье, оставляется без движения или возвращается лицу, его подавшему, по правилам, установленным в статьях 128 и 129 настоящего Кодекса».

Выделим в ст. 231 АПК РФ 2002 г. те положения, которые нуждаются в разьяснении:

► 1. В заявлении должна быть указана дата получения оспариваемого решения третейского суда стороной, обратившейся с заявлением об отмене этого решения. Данное требование напрямую связано с жесткими сроками на оспаривание решения международного арбитража, предусмотренными ч. 3 ст. 230 АПК и п. 3 ст. 34 Закона о МКА. Правда, если в решение арбитража в соответствии со ст. 33 Закона о МКА вносились поправки (в решении исправлялись ошибки или ему давалось толкование), то срок подачи заявления об оспаривании должен отсчитываться от даты получения решения в его окончательном виде. Отметим также, что в судебной практике 2007 г. создан очень опасный прецедент игнорирования сроков на оспаривание решения международного арбитража, предусмотренных ч. 3 ст. 230 АПК и п. 3 ст. 34 Закона о МКА, именно со ссылкой на аргументы, связанные с датой получения заинтересованным лицом оспариваемого арбитражного решения – об этом весьма тревожном прецеденте по делу *Yukos Capital* речь пойдет далее в конце настоящего параграфа. Конструкция ч. 3 ст. 230 АПК не предполагает возможности продления или восстановления пропущенного заявителем срока на подачу заявления об отмене решения третейского суда.

---

<sup>287</sup> Согласно ст. 333.21 Налогового кодекса Российской Федерации, госпошлина составляет две тысячи рублей.

▶ 2. Часть 3 ст. 231 АПК содержит специальные требования к копии оспариваемого международного арбитражного решения. Так, копия решения постоянно действующего третейского суда может быть заверена председателем третейского суда, а копия решения третейского суда для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверена. Следовательно, при проведении в России международного арбитража *ad hoc* председателю состава арбитража следует позаботиться об оформлении окончательного решения с его нотариальным удостоверением; в противном случае могут возникнуть сложности с нотариальным удостоверением копий такого решения. Кроме того, исходя из положений п. 4 ч. 2 ст. 231 АПК, все решения международных арбитражей следует нумеровать, даже если это арбитраж *ad hoc*.

▶ 3. Лицо, подающее заявление об отмене решения международного арбитража, должно обязательно указать основания, по которым оно оспаривает это решение (согласно ч. 4 ст. 233 АПК, это перечень сформулирован в ст. 34 Закона о МКА, см. подробнее в далее в Главе 5). Если названное лицо таких оснований не укажет или приведет в своем заявлении доводы, кажущиеся ему убедительными, но не предусмотренные ст. 34 Закона о МКА (например, неверное определение арбитрами норм материального права, подлежавшего применению), то в соответствии с ч. 4 ст. 231 АПК данное заявление останется без движения или будет возвращено заявителю.

▶ 4. Лицо, подающее заявление об отмене решения международного арбитража, должно в соответствии с п. 5 ч. 3 ст. 231 АПК уведомить об этом другую сторону третейского разбирательства.

Отметим, что согласно ч. 2 ст. 230 АПК заявления об отмене международных арбитражных решений могут быть поданы только «лицами, участвующими в третейском разбирательстве», т.е. ни акционеры такого лица, ни прокурор, ни общественные организации или государственные органы не вправе оспаривать решение третейского суда, вынесенное на территории Российской Федерации.

Близкие к нормам ст. 231 АПК положения содержатся в ст. 419 ГПК, но подавать заявление об отмене международного арбитражного решения, вынесенного в России, в суд общей юрисдикции следует только в том случае, если оно не связано с предпринимательской деятельностью. Теоретически вынесение таких международных арбитражных решений возможно, хотя на практике автору с ними сталкиваться не доводилось.

Пресекательный трехмесячный срок на подачу заявления об отмене решения международного коммерческого арбитража, предусмотренный ч. 3 ст. 230 АПК, как правило, четко соблюдается. Известен лишь один случай, когда российские суды проигнорировали эту норму закона, и относится он к одному из дел, связанных с «Юкосом». В 2006 г. МКАС при ТПП РФ вынес четыре арбитражных решения по искам люксембургской компании *Yukos Capital S.a.r.l. против ОАО «Юганскнефтегаз»*, бывшего дочернего предприятия НК «Юкос», которое получило у истца четыре кредита, выданных на основании четырех кредитных договоров, содержащих арбитражную оговорку о рассмотрении споров во МКАС при ТПП РФ. По всем четырем делам исковые требования были удовлетворены и с должника были взысканы суммы основного долга и процентов, причитавшиеся кредитору, люксембургской компании, на основании этих кредитных договоров (решения МКАС при ТПП РФ от 19 сентября 2006 г. по делам № № 143/2005, 144/2005, 145/2005 и 146/2005). Решения МКАС были получены ответчиком, ОАО «Юганскнефтегаз», 26 сентября 2006 г. При этом 1 октября 2006 г. ответчик прекратил свою деятельность вследствие реорганизации, осуществленной путем присоединения к ОАО «Нефтяная Компания Роснефть», каковая компания в качестве правопреемника ответчика обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлениями об отмене всех указанных решений МКАС при ТПП РФ, причем, судя по всему, с пропуском трехмесячного срока на оспаривание арбитражного решения, предусмотренного п. 3 ст. 34 Закона о МКА и ч. 3 ст. 230 АПК.

Арбитражный суд г. Москвы объединил оспоренные дела попарно в два производства и восстановил пропущенный срок на подачу заявления об отмене арбитражного решения, хотя восстановление этого срока ни Законом о МКА, ни АПК не предусмотрено, так как это пресекательный срок, направленный на придание арбитражному решению окончательности и неоспоримости. Особенно неубедительной выглядит причина такого восстановления, бесхитростно сформулированная Арбитражным судом г. Москвы – признав, что ответчик получил решения МКАС 26 сентября 2006 г., он без ссылок на какие-либо законодательные акты восстановил пропущенный НК «Роснефть» срок, так как «...01.10.06 г. состоялась реорганизация ОАО «НК «Роснефть» путем присоединения ОАО «Юганскнефтегаз» к ОАО «НК «Роснефть» и указанные решения были получены заявителем только 21.12.06 г., что подтверждается квитанцией об отправке почтового отправления». Получается, что тот факт, что почти три месяца своевременно полученные ответчиком решения лежали без движения и лишь потом были

куда-то кем-то посланы по почте, оказался достаточен, чтобы суд нарушил нормы двух законодательных актов о предельном сроке на оспаривание арбитражного решения.

Что характерно, само упоминание о восстановлении этого срока есть только в определениях Арбитражного суда г. Москвы<sup>288</sup> – в актах кассационной и надзорной инстанций об этом нет ни слова, как будто «Роснефть» подала заявление своевременно или восстановление пресекательного трехмесячного срока на оспаривание арбитражного решения, предусмотренного п. 3 ст. 34 Закона о МКА и ч. 3 ст. 230 АПК, возможно в рамках действующего законодательства.

Представители Yukos Capital во всех инстанциях ссылались на пропуск «Роснефтью» срока, предусмотренного ч. 3 ст. 230 АПК, но эти их аргументы, равно как и многие другие, связанные с весьма спорным содержанием жалоб «Роснефти» на якобы допущенные МКАС при ТПП РФ нарушения, российскими государственными арбитражными судами приняты во внимание не были. Поэтому не приходится удивляться тому, что решения российских государственных арбитражных судов, отменивших решения МКАС при ТПП РФ с нарушением пресекательного срока на оспаривание международного арбитражного решения и с нарушением других норм статьи 34 Закона о МКА, не стали препятствием к признанию и приведению в исполнение этих решений МКАС при ТПП РФ за рубежом (об этом см. далее в § 5.10)<sup>289</sup>.

#### *§ 4.6. Документы, необходимые для приведения в исполнение решения международного арбитража, сроки, размер госпошлины*

Отметим, что хотя в ряде стран и существует возможность для участников арбитражного разбирательства отказаться от права на оспаривание арбитражного решения, никакие положения арбитражных соглашений и арбитражных регламентов не препятствуют заинтересованному лицу (а именно, стороне, проигравшей арбитраж) в представлении возражений против приведения в исполнение арбитражного решения в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией и национальным законодательством той страны, в которой это арбитражное решение предъявляется к исполнению. Однако

<sup>288</sup> См. Определения Арбитражного суда г. Москвы от 18 мая, 23 мая 2007 г., № А40-4577/07-8-46, А40-4582/07-8-47 и № А40-4576/07-69-46, А40-4581/07-69-47. Хотя эти дела рассматривались Арбитражным судом г. Москвы одновременно и разными судьями, они практически дословно совпадают – отличаются лишь номера отмененных решений МКАС, а даже опечатки совпадают.

<sup>289</sup> *Yukos Capital S.a.r.l. v. Rosneft* Amsterdam Court of Appeal, 28 April 2009, Case No. 200.005.269/1; «Роснефть оказалась должна» <http://www.gazeta.ru/business/2011/06/15/3662385.shtml>.

представлению таких возражений предшествует обращение взыскателя – стороны, победившей в арбитражном разбирательстве, – в компетентный суд по месту нахождения проигравшей арбитраж стороны или ее имущества. Как правило, такое обращение имеет место в том случае, если проигравшая арбитраж сторона отказывается от добровольного исполнения арбитражного решения.

Следует обратить внимание на некоторые процессуальные особенности приведения в исполнение решений международных коммерческих арбитражей, которые содержатся в АПК. Если речь идет о приведении в исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории России (например, МКАС при ТПП РФ), то в соответствии с терминологией § 2 главы 30 АПК речь идет о *«выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда»*, если же речь идет о иностранном арбитражном решении, то в соответствии с главой 31 АПК эта процедура называется *«признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения»*. Однако это сугубо терминологические различия, и процессуальные требования, предъявляемые в связи с приведением в исполнение решения международного арбитража в российском государственном арбитражном суде, идентичны и основаны на подходе ст. IV Нью-Йоркской конвенции.

Статьей IV Конвенции устанавливается исчерпывающий перечень документов, которые заинтересованное лицо должно представить в компетентный государственный суд для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения. Такими документами являются, во-первых, должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенная копия такового и, во-вторых, подлинное арбитражное соглашение (соответствующее дефиниции, данной в ст. II Конвенции) или должным образом заверенная копия такового. Если указанные документы составлены на языке, не являющемся государственным языком суда, который должен осуществить признание и приведение в исполнение данного иностранного арбитражного решения, то эти документы должны быть представлены в переводе, заверенном присяжным переводчиком или дипломатическим либо консульским учреждением. Предъявление к таким документам любых дополнительных требований или истребование дополнительных документов будет прямым нарушением Конвенции.

Аналогичный перечень документов, необходимых для приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража, вынесенного на территории РФ, содержится в п. 2 ст. 35 Закона о МКА.

Все эти вопросы, а также ряд других, тесно связанных с ними, урегулированы в ст. 237 и 242 АПК, соответствующие части которых имеет смысл процитировать почти целиком:

«Статья 237. Требования к заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда

2. В заявлении о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда должны быть указаны:

- 1) наименование арбитражного суда, в который подается заявление;
- 2) наименование и состав третейского суда, принявшего решение, место его нахождения;
- 3) наименование сторон третейского разбирательства, их место нахождения или место жительства;
- 4) дата и место принятия решения третейского суда;
- 5) требование заявителя о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

В заявлении могут быть указаны номера телефонов, факсов, адреса электронной почты и иные сведения.

3. К заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда прилагаются:

- 1) надлежащим образом заверенное подлинное решение третейского суда или его надлежащим образом заверенная копия. Копия решения постоянно действующего третейского суда может быть заверена председателем третейского суда; копия решения третейского суда для разрешения конкретного спора должна быть нотариально удостоверена;
- 2) подлинное соглашение о третейском разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;
- 3) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины в порядке и в размере, которые установлены федеральным законом;
- 4) уведомление о вручении или иной документ, подтверждающий направление копии заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда другой стороне третейского разбирательства;

5) доверенность или иной документ, подтверждающие полномочия лица на подписание заявления.

<...>

Статья 242. Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения

2. Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем. Указанное заявление также может быть подано посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (в ред. Федеральных законов от 27.07.2010 № 228-ФЗ, от 11.07.2011 № 200-ФЗ).

В заявлении должны быть указаны:

- 1) наименование арбитражного суда, в который подается заявление;
- 2) наименование и место нахождения иностранного суда либо наименование и состав третейского суда или международного коммерческого арбитража, место его нахождения;
- 3) наименование взыскателя, его место нахождения или место жительства;
- 4) наименование должника, его место нахождения или место жительства;
- 5) сведения о решении иностранного суда или об иностранном арбитражном решении, о признании и приведении в исполнение которых ходатайствует взыскатель;
- 6) ходатайство взыскателя о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения;
- 7) перечень прилагаемых документов.

В заявлении о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения могут быть также указаны номера телефонов, факсов, адреса электронной почты взыскателя, должника, их представителей и иные сведения.

<...>

4. К заявлению о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, если международным договором Российской Федерации не предусмотрено иное, прилагаются:

1) надлежащим образом заверенное подлинное иностранное арбитражное решение или его надлежащим образом заверенная копия;

2) подлинное соглашение о третейском разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;

3) надлежащим образом заверенный перевод на русский язык документов, указанных в пунктах 1 и 2 настоящей части.

<...>

6. Документы, указанные в настоящей статье, признаются удостоверенными надлежащим образом, если они соответствуют требованиям статьи 255 настоящего Кодекса».

На первый взгляд может показаться, что ст. 237 и 242 АПК содержат требования, выходящие далеко за рамки ст. IV Конвенции и п. 2 ст. 35 Закона о МКА, однако при внимательном анализе мы убеждаемся, что это не так. Замкнутый перечень документов, предусмотренных ст. IV Конвенции, воспроизведен в ч. 4 ст. 242 АПК, а требования к оформлению заявления, указанные в ч. 2 ст. 242 АПК, носят сугубо процессуальный характер, что допускается ст. III Конвенции. Поэтому, так как согласно ст. III Конвенции участвующим в ней странам разрешается устанавливать процессуальные правила признания и приведения в исполнение решений иностранных арбитражей, мы полагаем, что коллизии между юридико-техническими нормами ч. 2 ст. 242 АПК и Конвенцией все-таки нет. Предоставление сведений, предусмотренных ч. 2 ст. 242 АПК, не должно чрезмерно обременять лицо, подающее заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража на территории Российской Федерации.

В ст. 237 АПК также решаются технико-юридические вопросы, возникающие в связи с подачей заявлений о выдаче исполнительного листа на приведение в исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории Российской Федерации, и, как следствие, не подпадающего под применение норм Конвенции. Помимо отражения требований, закрепленных в п. 2 ст. 35 Закона о МКА, этой статьей также регламентируется содержание заявления о выдаче исполнительного листа, размеры подлежащей уплате госпошлины, порядок удостоверения копии решения международного

арбитража, вынесенного на территории России, обращаемого к принудительному исполнению.

Тем не менее следует отметить, что положение п. 4 ч. 3 ст. 237 АПК об «уведомлении о вручении или ином документе, подтверждающем направление копии заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда другой стороне третейского разбирательства», не корреспондирует нормам Закона о МКА. Строго говоря, требование о таком уведомлении должно рассматриваться в качестве судебного вмешательства, запрещенного ст. 5 Закона о МКА, но в то же время отметим, что исполнение данного требования не создает сколько-нибудь серьезных сложностей для стороны, в чью пользу вынесено решение международного арбитража. Гораздо важнее обратить внимание на то, каким образом АПК РФ регламентирует порядок заверения копии решения международного арбитража, вынесенного на территории РФ – Законом о МКА этот вопрос не урегулирован.

Особое внимание нужно уделить ссылке к ст. 255 АПК о форме удостоверения документов, составленных на иностранном языке или на русском языке, но за пределами территории Российской Федерации. В соответствии со ст. 255 АПК:

«1. Документы, выданные, составленные или удостоверенные по установленной форме компетентными органами иностранных государств вне пределов Российской Федерации по нормам иностранного права в отношении российских организаций и граждан или иностранных лиц, принимаются арбитражными судами в Российской Федерации при наличии легализации указанных документов или проставлении апостиля, если иное не установлено международным договором Российской Федерации.

2. Документы, составленные на иностранном языке, при представлении в арбитражный суд в Российской Федерации должны сопровождаться их надлежащим образом заверенным переводом на русский язык».

Если арбитражное решение вынесено институциональным арбитражем, то заверить его подлинник «должным» или «надлежащим» образом, необходимым для легализации или проставления апостиля, может секретариат либо иной постоянно действующий технический орган данного институционального арбитража. Такое заверение будет достаточным для целей ст. IV Конвенции и поможет выполнить требования ст. 255 АПК, связанные с удостоверением документа, составленного за пределами территории Российской Федерации. Сложнее обстоит дело с заверением подлинника арбитражного

решения, вынесенного арбитражем *ad hoc*. В этом случае председатель арбитража должен позаботиться о проставлении удостоверительной надписи нотариуса по правилам, действующим в той стране, где выносится соответствующее решение. Если спор рассматривался по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ, то целесообразно воспользоваться правилами по оказанию содействия такому арбитражу, действующими в ряде институциональных арбитражных органов, например в МКАС при ТПП РФ и в Арбитражном институте Торговой палате Стокгольма.

Нотариальное удостоверение будет также очень полезно, если потребуется перевод решения на другой язык (это относится и к решениям институциональных арбитражей). Независимо от того, заверяется нотариусом подлинность подписей арбитров или подлинность подписи должностного лица органа институционального арбитража, без нотариального удостоверения таких подписей документ будет сложно провести через процедуру легализации и будет невозможно проставить на нем апостиль в соответствии с правилами Гаагской конвенции от 5 октября 1961 г., отменяющей требование легализации иностранных официальных документов. При этом, как совершенно справедливо отмечалось в материалах судебной практики, само иностранное арбитражное решение удостоверению с проставлением апостиля не подлежит<sup>290</sup>.

В случае представления в российский суд документов для приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, скорее всего, обойтись без перевода не удастся (если только решение не будет вынесено и заверено за рубежом на русском языке, что представляется маловероятным, хотя автору такие примеры известны). Перевод легализованного или апостилированного решения должен быть заверен удостоверительной надписью российского нотариуса.

Отметим, что Соглашение «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» (Киев, 20 марта 1992 г.) к процедуре приведения в исполнение иностранных арбитражных решений неприменимо, на что не раз указывали как судебные акты<sup>291</sup>, так и академические источники<sup>292</sup> – в отношении приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, вынесенных в странах СНГ, которые также участвуют и в Нью-Йоркской конвенции, должна применяться именно Конвенция.

<sup>290</sup> Постановление ФАС СЗО от 12 сентября 2007 г. по делу № А21-1267/2007.

<sup>291</sup> См., например: Постановление ФАС МО от 28 января 2009 г. № КГ-А40/13119-08.

<sup>292</sup> 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.: Статут, 2008. С. 208.

Теперь от содержания документов, необходимых для приведения в исполнение решения международного арбитража, обратимся к сроку, в течение которого это можно сделать. Следует сразу пояснить, что в российском законодательстве существуют срок на предъявление решения к принудительному исполнению и срок исполнительской давности, предусмотренный российским законодательством об исполнительном производстве, – это различные сроки, регулируемые различными нормами российского законодательства.

В отношении срока давности на предъявление иностранного арбитражного решения к принудительному исполнению п. 2 ст. 246 АПК закреплено<sup>293</sup>, что «иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в срок, не превышающий трех лет со дня вступления его в законную силу». Причем течение этого срока не прерывается подачей заявления о приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, а продолжается вплоть до направления взыскателем исполнительного документа в банк или до возбуждения судебным приставом-исполнителем исполнительного производства. Правда, данный срок может быть восстановлен арбитражным судом по заявлению взыскателя в соответствии с правилами, предусмотренными главой 10 АПК.

К сожалению, ни АПК, ни Законом о МКА не урегулирован вопрос о том, в течение какого срока после вынесения международного арбитражного решения на территории России заинтересованное лицо вправе обратиться с заявлением о выдаче исполнительного листа. В АПК есть две близкие нормы: о сроке подачи заявления об отмене решения международного арбитража, составляющем согласно ч. 3 ст. 230 АПК три месяца, и о сроке предъявления к принудительному исполнению решения иностранного арбитража, составляющем согласно ч. 2 ст. 246 АПК три года с момента вступления данного решения в законную силу. Так как процедура выдачи исполнительного листа на решение международного арбитража, вынесенное на территории Российской Федерации, по своей правовой природе ближе процедуре исполнения иностранного арбитражного решения, нежели процедуре отмены международного арбитражного решения, полагаем, что для решения вопроса о давности предъявления к принудительному исполнению международного арбитражного решения, вынесенного в Российской Федерации, следует применять именно норму ч. 2 ст. 246 АПК, т.е. такая давность составляет три года с момента вступления соответствующего арбитражного решения в законную силу.

---

<sup>293</sup> О соответствии этой статьи АПК Конституции см. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2011 г. № 1479-О-О.

Теперь обратимся к вопросу о сроке исполнительской давности. В Федеральном законе «Об исполнительном производстве» от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ различия между сроками исполнительской давности по предъявлению к исполнению исполнительных листов, выданных судами на основании решений внутренних третейских судов и иностранных арбитражей, не прослеживаются. Согласно ч. 1 его ст. 21

«Исполнительные листы, выдаваемые на основании судебных актов, ... могут быть предъявлены к исполнению в течение трех лет со дня вступления судебного акта в законную силу или окончания срока, установленного при предоставлении отсрочки или рассрочки его исполнения».

Таким образом, по этому закону срок исполнительской давности по предъявлению к исполнению исполнительного листа, выданного как на исполнение иностранного арбитражного решения, так и на исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории РФ, является единым и *составляет три года с момента вынесения государственным судом решения о приведении в исполнение соответствующего арбитражного решения*. Аналогичная норма содержится и в п.1) ч. 1 ст. 321 АПК.

Смещение срока на предъявление иностранного арбитражного решения к исполнению со сроком исполнительской давности может привести к возникновению затруднительной ситуации, как это случилось в деле *фирмы Lugana Handelsgesellschaft mbH против открытого акционерного общества «Рязанский завод металлокерамических приборов»*.

В этом деле фигурируют три иностранных арбитражных решения, вынесенных в пользу фирмы Lugana Handelsgesellschaft mbH по ее искам против «Рязанский завод металлокерамических приборов» с августа по декабрь 2005 г. Автору неизвестно, когда именно фирма обратилась в российский суд с заявлением об их признании и приведении в исполнение, но из материалов дела следует, что первое судебное решение по признанию и приведению в исполнение этих арбитражных решений – это Определение Арбитражного суда Рязанской области от 2 февраля 2009 г. Таким образом, трехгодичный срок на обращение за признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений к моменту вынесения Арбитражным судом Рязанской области указанного определения уже истек и, насколько это следует из материалов дела, в соответствии с ч. 2 статьи 246 АПК не продлялся. Именно в этом и состоит

причина неисполнимости Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 февраля 2010 г. № 13211/09, которым, после долгих мытарств в судах низших инстанций, эти арбитражные решения были признаны и исполнены.

Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 февраля 2010 г. № 13211/09 несомненно является судебной ошибкой, так как нарушена норма ст. 246 АПК. На основании этого Постановления был выдан исполнительный лист, срок предъявления к исполнению которого (с момента принятия иностранных арбитражных решений) к моменту его выдачи уже истек – в рамках российского законодательства такой документ законной силы иметь не может. Поэтому взыскатель получить деньги так и не смог, так как исполнительный лист, в котором было указано, что приводимые в исполнение в 2010 г. иностранные арбитражные решения были вынесены в 2005 г., судебных приставов не устроил. Взыскатель начал оспаривать содержание исполнительного листа, и опять дошел до Президиума ВАС РФ, который его снова поддержал 9 марта 2011 г. Тем самым в этом деле не только была вторично нарушена ст. 246 АПК, но и была сформулирована ошибочная мысль о том, что в России иностранное арбитражное решение вступает в силу только с момента его признания и приведения в исполнение (в терминологии Постановления Президиума ВАС РФ от 9 марта 2011 г. № 13211/09 – «легализации»<sup>294</sup>) российским судом. Это противоречит сложившейся судебной практике государственных арбитражных судов<sup>295</sup>, которая исходит из того, что иностранное арбитражное решение вступает в силу в соответствии с регламентом вынесшего его арбитража, вне зависимости от его признания и приведения в исполнение каким-либо государственным судом, в том числе и российским. Такая практика соответствует норме п. 1 ст. 35 Закона о МКА, в соответствии с которой

«Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным».

---

<sup>294</sup> Термин «легализация» используется в международном частном праве только для подтверждения законности происхождения документа, составленного за рубежом. Использование этого термина как эквивалента термина «экзекватура» – очевидная ошибка.

<sup>295</sup> Определение ВАС РФ от 20.07.2009 № ВАС-7426/09 по делу № А40-7480/08-68-127; Постановление ФАС СЗО от 29.03.2010 по делу № А56-87217/2009; Постановление ФАС СКО от 17.09.2008 № Ф08-5628/2008 по делу № А53-8277/2008-С2-41.

Следует констатировать, что при рассмотрении дела *Lugana Handelsgesellschaft mbH против открытого акционерного общества «Рязанский завод металлокерамических приборов»* Президиум ВАС РФ совершил две судебных ошибки, в то время как нижестоящие суды лучше разобрались в обстоятельствах данного дела. Решение международного арбитража вступает в силу в момент, определяемый его регламентом и законом страны, на чьей территории оно вынесено<sup>296</sup>, а не в момент выдачи экзекватуры на его приведение в исполнение.

В АПК урегулирован и вопрос об обложении государственной пошлиной заявления о приведении в исполнение международных арбитражных решений. В соответствии с ч. 5 ст. 242 АПК при подаче такого заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения уплачивается госпошлина в порядке и размере, установленных для заявлений о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, т.е. ч. 5 ст. 242 АПК отсылает нас к п. 3 ч. 3 ст. 237 АПК, который, в свою очередь, содержит ссылку на не названный в нем федеральный закон. В настоящее время это Налоговый кодекс Российской Федерации, п. 1 ст. 333.21 содержит указание о том, что как «при подаче заявления о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решения третейского суда» (подп. 8), так и «при подаче заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, иностранного арбитражного решения» (подп. 11) размер госпошлины составляет две тысячи рублей. Таким образом, в этом Кодексе решения международных арбитражей, вынесенные на территории РФ, «соединены» с решениями внутренних третейских судов, и размер пошлины по обоим категориям дел установлен единый. Такой же размер госпошлины подлежит уплате и при подаче заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, и при подаче заявления об отмене вынесенного на территории России решения международного арбитража (подп. 10).

В ст. 246 АПК, озаглавленной «Принудительное исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения», разъясняется, что определение государственного арбитражного суда об удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения оформляется

---

<sup>296</sup> В некоторых странах для придания арбитражному решению окончательной силы требуется зарегистрировать его в местном суде; таково, например, требование, сформулированное в подп. «b» п. 1 ст. 1059 ГПК Нидерландов. Подобная регистрация (deposition of award), однако, не носит характера судебного процесса – это скорее технический акт.

исполнительным листом, выдаваемым государственным арбитражным судом, вынесшим соответствующее определение. Так как заявления о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений не подлежат обжалованию в апелляционном порядке, в соответствии с ч. 1 ст. 319 АПК исполнительные листы на принудительное исполнение этих решений должны выдавать государственные арбитражные суды, указанные в ч. 1 ст. 242 АПК, т.е. арбитражные суды первой инстанции. Очень важно, что в содержании исполнительного листа должен быть отражен не столько собственно вывод государственного арбитражного суда о том, что заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения подлежит удовлетворению, сколько резолютивная часть решения международного коммерческого арбитража, которое обращается к принудительному исполнению. Во избежание трудностей при оформлении исполнительных листов государственному арбитражному суду при вынесении определения об удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения следует процитировать его резолютивную часть. Хотя в главе 30 АПК, регулирующей вопрос о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решений международных арбитражей, вынесенных в России, нет нормы, аналогичной ст. 246 АПК, полагаем, что сформулированный выше комментарий к этой статье вполне применим к содержанию исполнительных листов, выдаваемых на основании ст. 240 АПК.

Контрольные вопросы к § 4.5 и § 4.6.

1. Кто вправе оспаривать решения международных арбитражей, вынесенные на территории России, в каком порядке осуществляется такое оспаривание?
2. Какие документы следует представить при подаче заявления о приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража?
3. Каковы сроки на оспаривание решения международного коммерческого арбитража и на его приведение в исполнение?
4. Чем отличается срок на предъявление иностранного арбитражного решения к исполнению от срока исполнительной давности по российскому праву?

*§ 4.7. Подведомственность и подсудность дел о приведении в исполнение решений международных арбитражей в рамках российской судебной системы*

Как уже было отмечено выше, в ГПК РФ 2002 г. есть нормы об оспаривании и приведении в исполнение решений международных арбитражей, в принципе аналогичные по своему содержанию нормам глав 30 и 31 АПК. Но реально, на практике, все споры, связанные с международным арбитражем, рассматриваются в государственных арбитражных судах, и вопроса об их подведомственности не возникает. Однако в 2009–2010 гг. этот вопрос встал в связи с рассмотрением заявления компании Edimax Limited о принятии обеспечительных мер в отношении имущества г-на Чигиринского Ш.П., иск против которого указанная компания подала в ЛМТС.

Заявление о принятии обеспечительных мер было направлено и в суд общей юрисдикции, и в арбитражный суд. Определением Симоновского районного суда г. Москвы от 21 декабря 2009 г., оставленным в силе определением коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 16 февраля 2010 г. по делу № 33-4338, компании Edimax Limited было отказано в принятии обеспечительных мер в виде наложения ареста на имущество Чигиринского Ш.П., поскольку, по мнению судов общей юрисдикции, этот вопрос подлежал рассмотрению арбитражным судом. При этом к этому моменту Федеральный арбитражный суд Московского округа Постановлением от 26 ноября 2009 г. № КГ-А40/11927-09 отменил Определение суда первой инстанции (который в принятии обеспечительных мер отказал) и Постановление суда апелляционной инстанции (который заявление о принятии обеспечительных мер удовлетворил) и производство по делу прекратил, признав неподведомственным арбитражному суду дело по заявлению об обеспечении иска против физического лица, рассматриваемого в ЛМТС. ФАС МО объяснил свою позицию так:

«Из представленных Эдимакс Лимитед документов следует, что гарантия от 02.07.2008 была выдана Чигиринским Ш.П. как физическим лицом в пользу Эдимакс Лимитед в обеспечение выполнения платежных обязательств юридических лиц по договорам купли-продажи акций. Таким образом, рассматриваемый третейским судом иск предъявлен к гражданину Чигиринскому Ш.П., который не является предпринимателем, не занимается

иной экономической деятельностью, следовательно, данный спор в соответствии со статьей 27 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации не подлежит рассмотрению в арбитражном суде».

Получилось, что на какой-то момент обе ветви российской судебной системы посчитали заявление неподведомственным и отказались его рассматривать. Тогда дело поступило в Президиум ВАС РФ, который Постановлением ФАС МО отменил со следующей формулировкой:

«Как следует из материалов дела, спор между компанией и Чигиринским Ш.П. возник из гарантии от 02.07.2008, выданной Чигиринским Ш.П. в пользу компании и двух физических лиц в обеспечение исполнения платежных обязательств юридических лиц по договорам купли-продажи акций. При этом в материалах дела имеются доказательства того, что он, выдавая гарантию, действовал в качестве лица, контролирующего деятельность компании "Рашн Лэнд (Кипр) Холдинг 1 Лимитед", являвшейся покупателем по упомянутым договорам, а также выдавшей вексель компании "Дивието Лимитед", бенефициарным собственником которой он сам себя указал.

В силу части 1 статьи 27 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражными судами Российской Федерации осуществляется правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Договоры купли-продажи акций, в обеспечение исполнения которых Чигиринским Ш.П. была выдана гарантия, направлены на изменение состава акционеров иностранных обществ. В связи с этим сама гарантия, выданная в обеспечение сделок экономического характера, и спор, вытекающий из гарантии, носят экономический характер» (Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 17095/09 по делу № А40-19/09-ОТ-13).

Заявление компании Edimax Limited было возвращено для рассмотрения по существу в арбитражный суд первой инстанции, и при новом разбирательстве дела вопрос о подведомственности уже не ставился. Впрочем, спор был разрешен мировым соглашением до того, как российские суды успели принять окончательное решение об обеспечительных мерах (подробнее об

обеспечительным мерах, связанных с международными арбитражами, см в § 1.8 ранее).

Процитированное выше Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 17095/09 следует рассматривать как очень важный прецедент на случай возникновения новых споров о подведомственности дел, связанных с международным арбитражем. Опираясь на него, можно сделать вывод о том, что такие дела подведомственны государственным арбитражным судам, если спор, переданный на рассмотрение международного арбитража, по своей сути вытекает из «сделки экономического характера» (в терминологии Президиума ВАС РФ) – даже в том случае, если его стороной является физическое лицо, не зарегистрированное в качестве предпринимателя.

Вряд ли термин «сделка экономического характера» можно считать удачным: все сделки так или иначе носят экономический характер. По всей видимости, Президиум ВАС РФ имел ввиду, что заключая сделку, содержащую арбитражное соглашение, гражданин стремился к достижению некоего хозяйственного результата, выходящего за рамки его обыденных, бытовых потребностей. В этом плане сделка, заключенная г-ном Чигиринским, не уникальна: известно немало случаев, когда российские граждане, являющиеся хозяевами крупных пакетов акций или бенефициарами зарубежных трастов, в личном качестве выступают гарантами или поручителями по обязательствам контролируемых ими компаний, или являются сторонами договоров, предусматривающих выдачу многомиллионных кредитов. Если из таких обязательств возникнет спор, рассматриваемый международным арбитражем, то вопросы, связанные с приведением в исполнение или оспариванием такого арбитражного решения (а равно вопрос о принятии обеспечительных мер) будут подведомственны государственным арбитражным судам.

В завершение рассмотрения вопроса о подведомственности, следует также обратить внимание на то, что ч. 3 ст. 230 и ч. 3 ст. 236 АПК вступают в противоречие с Законом о МКА, которым вопросы, предусмотренные его п. 3 ст. 16 (об обжаловании постановления международного арбитража, проводимого на территории Российской Федерации, о наличии у него компетенции, вынесенного «как по вопросу предварительного характера») и п. 2 ст. 34 (об отмене международного арбитражного решения, вынесенного на территории

Российской Федерации) отнесены к компетенции судов общей юрисдикции. В целях придания большей стройности российской судебной системе вопреки соответствующим положениям Закона о МКА споры данной категории в настоящее время подведомственны государственным арбитражным судам.

*§ 4.8. Признание арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение*

АПК РФ содержит правила только о *признании и приведении в исполнение* иностранных арбитражных решений. О таком процессуальном действии, как собственно *признание иностранного арбитражного решения* (без его приведения в исполнение), в его статьях речь не идет. В то же время такие арбитражные решения (так называемые *declaratory awards*) часто выносятся иностранными арбитражами, в том числе по искам против российских компаний и их аффилированных лиц. В качестве примера можно привести дело, в котором довелось участвовать автору, по которому было вынесено арбитражное решение, касавшееся толкования положений договора, заключенного иностранными акционерами российского акционерного общества, о том, как эти акционеры могут выдвигать кандидатуры для включения в список для формирования совета директоров этого общества.

Пункт 2 ст. 35 Закона о МКА содержит норму, согласно которой «арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным». Таким образом, строго по тексту этого Закона, для *признания* иностранного арбитражного решения в Российской Федерации не требуется никакой судебной или иной процедуры – оно признается *автоматически*. С этой логикой согласовывается норма п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК, в соответствии с которой государственный арбитражный суд прекращает производство по делу, если установит, что «имеется принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, если арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда».

Таким образом, на первый взгляд кажется, что АПК РФ 2002 г. признает преюдициальную силу в России за любым вынесенным арбитражным (третейским) решением, в том числе иностранным, если в его исполнении не было уже отказано российским судом, обосновывая, тем самым, отсутствие в нашем праве специальных правил для признания арбитражных решений без их приведения в исполнение. Если арбитражное решение автоматически получает преюдициальную силу без дополнительной процедуры его признания, то – по логике законодателя – специальных правил для признания без приведения в исполнения просто не требуется, чем достигается предусмотренная п. 1 ст. 35 Закона о МКА *обязательность* решений международных арбитражей.

Отметим, что в нашем законодательстве существует специальная *процедура обращения за отказом в признании иностранного арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение*, и такое процессуальное действие в российском суде в принципе возможно. Основанием для него являются нормы Указа Президиум Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-XI «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей» (далее – Указ).

В соответствии со статьей 3 Федерального закона № 96-ФЗ от 24 июля 2002 г. «О введении в действие АПК РФ», этот Указ «с момента введения в действие настоящим Федеральным законом Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации применя[е]тся в части, не противоречащей Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации». Согласно ст. 10 и 11 Указа.

«10. Решения иностранных судов, которые не подлежат принудительному исполнению, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения против этого.

Заинтересованное лицо может в течение месячного срока после того, как ему стало известно о поступлении решения иностранного суда, заявить в Верховный Суд союзной республики (в республиках, не имеющих областного деления), Верховный Суд автономной республики, краевой, областной, городской суд, суд автономной области и суд автономного округа по месту своего жительства (нахождения) возражения против признания этого

решения.

Возражения заинтересованного лица против признания решения иностранного суда рассматриваются в открытом судебном заседании с извещением этого лица о времени и месте рассмотрения.

Неявка без уважительной причины заинтересованного лица, относительно которого суду известно, что повестка ему была вручена, не является препятствием к рассмотрению возражений.

Если заинтересованное лицо обратится в суд с просьбой о переносе времени рассмотрения возражений и эта просьба будет признана судом уважительной, суд переносит время рассмотрения и извещает об этом заинтересованное лицо.

По рассмотрении возражений против признания решения иностранного суда выносится соответствующее определение.

<...>

Копия определения в трехдневный срок со дня его вынесения направляется судом лицу, по просьбе которого было вынесено решение иностранного суда, или его представителю и лицу, заявившему возражения против признания решения.

Определение суда может быть обжаловано в вышестоящий суд в порядке и сроки, предусмотренные законодательством Союза ССР и соответствующей союзной республики.

11. Положения статей 2–10 настоящего Указа, за исключением части второй статьи 3, пунктов 1–4 и 6 части второй статьи 5 и части седьмой статьи 10, применяются также к иностранным арбитражным решениям, признание и исполнение которых предусмотрены соответствующим международным договором СССР.

Если международный договор, на основании которого испрашиваются признание и исполнение в СССР арбитражного решения, не устанавливает перечень документов, прилагаемых к ходатайству о разрешении принудительного исполнения, или основания для отказа в признании и исполнении, перечень таких документов и такие основания определяются по правилам соответственно статей IV и V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, ратифицированной

Президиумом Верховного Совета СССР 10 августа 1960 года (Ведомости Верховного Совета СССР, 1960 г., № 46, ст. 421)».

Нормы ст. 10 Указа о том, каким образом российский суд может *отказать* в его признании без приведения в исполнение, сохраняют свою силу, так как в АПК нет никаких положений, которым они бы противоречили<sup>297</sup> (конечно, с учетом правил АПК о подведомственности и подсудности, которые заменяют собой соответствующие положения Указа). Таким образом, для того чтобы считаться признанным без исполнения в нашей стране, согласно Указу иностранное арбитражное решение должно соответствовать лишь одному критерию – относиться к категории таких арбитражных решений, которые могут быть признаны и приведены в исполнение на основании международного договора, в котором участвует Россия, например Нью-Йоркской конвенции<sup>298</sup>.

Профессор В.В. Ярков в своем учебнике предполагает, что не требующие приведения в исполнение иностранные судебные решения (ту же логику в силу конструкции норм Указа и главы 31 АПК РФ 2002 г. можно распространить на иностранные арбитражные решения, не требующие приведения в исполнение) могут признаваться в том же порядке, в каком признаются и приводятся в исполнение иностранные судебные решения<sup>299</sup>. Впрочем, он не настаивает на этой позиции, указывая, что это лишь один из вариантов, причем в качестве другого варианта он ссылается на ст. 10 Указа.

По мнению ведущего российского эксперта в сфере международного частного права д.ю.н. Н.А. Марышевой<sup>300</sup>, вопрос о признании иностранного судебного решения, не требующего приведения в исполнение, является в нашем новейшем процессуальном законодательстве пробельным, и поэтому должен решаться на основании норм ст. 10 Указа, являющихся до сих пор единственным нормативным актом, непосредственно регулирующим этот вопрос. Ту же оценку можно распространить и на иностранные арбитражные решения.

---

<sup>297</sup> См.: Хлестова И.О. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в РФ / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. М.: Статут, 2007. С. 490.

<sup>298</sup> Противоположный подход к толкованию норм Указа закреплен в Постановлении ФАС Московского округа от 19 апреля 2012 г. по делу № А40-119397/11-63-950, согласно которому для признания не требующего приведения в исполнение иностранного судебного решения заинтересованное лицо должно специально обращаться в российский государственных суд. Впрочем, весь этот судебный акт носит достаточно спорный характер (см. § 1.5 выше).

<sup>299</sup> См.: Арбитражный процесс: учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 498.

<sup>300</sup> См.: Марышева Н.И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал российского права. 2004. № 6.

Действительно, норм, регулирующих процедуру, в соответствии с которой заинтересованное лицо может обратиться в российский суд за признанием иностранного арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение, ни в АПК, ни в Указе нет. Такая логика российского законодателя не вполне согласуется с международной практикой, которая полагает, что признание решения, не требующего приведения в исполнение, является самостоятельным «оборонительным» оружием, к которому заинтересованная сторона прибегает с целью не допустить передачи разрешенного арбитражем спора на рассмотрение в государственный суд<sup>301</sup>. Таким образом, за рубежом процедура признания арбитражного решения (без приведения в исполнение) имеет самостоятельную процессуальную ценность, хотя в России, насколько это известно автору, государственные суды до 2011 г. не сталкивались с заявлениями о признании решений иностранных третейских судов без их приведения в исполнение<sup>302</sup>.

Тем не менее, хотя с академической точки сформулированная выше позиция, в соответствии с которой в отсутствие в АПК специальных норм о признании в нашей стране иностранного арбитражного решения, не требующего исполнения, должны применяться правила ст. 10 Указа, представляется убедительной, полагаем, что с практической точки зрения в российских государственных арбитражных судах все-таки возможно осуществить такое процессуальное действие, как обращение с заявлением о признании иностранного решения, не требующего исполнения.

---

<sup>301</sup> Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 627.

<sup>302</sup> При этом отметим, что как в практике МКАС при ТПП РФ, так и в зарубежных арбитражах уже выносились арбитражные решения против российских предприятий о признании договоров недействительными, но все такие известные автору решения содержали еще и требования о взыскании с проигравшей арбитраж стороны определенных денежных сумм, т.е. всегда предполагали приведение в исполнение, помимо признания. Автор сам участвовал в качестве арбитра в вынесении двух арбитражных решений в Стокгольме, в которых по искам иностранных компаний против российских подтверждалась действительность заключенных последними договоров и они обязывались к их исполнению. Такие решения относятся к категории declaratory awards, т.е. решений о признании права или его отсутствии, не предполагающих (как правило) приведения в принудительное исполнение. О признании такого рода решений в России ничего не было известно до вынесения 20 июля 2011 г. Арбитражным судом Кемеровской области Определения по делу № А27-781/2011, в котором заявитель просил государственный арбитражный суд признать declaratory award, не требующее приведения в исполнение, а ответчик против этого возражал. Указанным Определением решение признано, но потом было отменено вышестоящими инстанциями и к моменту выхода в свет второго издания этого учебника еще далеко от своего завершения (дело «Симан Франсе» против АО «Сибцемент»). Ясно, что в этом деле государственные арбитражные суды не руководствовались нормами Указа. О признании иностранных судебных актов см. также Определение ВАС РФ от 26 июля 2012 г. № ВАС-6580/12 и акты нижестоящих судов, рассмотренные в этом определении (дело *BOEGLI-GRAVURES против ООО «Дарсэйл-АСП» и А.И.Пыжова*).

Дело в том, что разница между подробно описанной в нашем процессуальном законодательстве (АПК и ГПК) процедурой «признания и приведения в исполнение» и отсутствующей в нем процедурой «признания без приведения в исполнение» весьма тонкая, и без обращения к п. 1 ст. 35 Закона о МКА и ст. 10 Указа (который основательно забыт российскими юристами) вряд ли судьи сумеют ее прочувствовать.

Скорее всего, у рядового судьи, не являющегося экспертом в вопросах международного арбитража, не возникнет затруднений в том, чтобы применить правила Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (и нормы российского процессуального законодательства об их имплементации) к делу о собственно признании иностранного арбитражного решения – ведь, на первый взгляд, Конвенция регулирует оба этих вопроса<sup>303</sup>.

Сформулированный выше практический вывод подтверждается следующим примером из деятельности Арбитражного суда г. Москвы. В этот суд поступило заявление о возражении против автоматического признания иностранного судебного решения, обоснованное ссылками на ст. 10 Указа. После некоторых колебаний Арбитражный суд г. Москвы заявление вернул, не рассматривая его по существу, указав, что «в базе данных канцелярии Арбитражного суда г. Москвы отсутствует заявление о признании и приведении в исполнение» иностранного решения<sup>304</sup>, против которого были заявлены возражения, подразумевая, тем самым, что по этой причине возражать против его признания нет необходимости. Таким образом, этот суд недвусмысленно дал понять, что считает, что любые иностранные судебные решения (эту логику вследствие конструкции Указа и главы 31 АПК можно распространить и на иностранные арбитражные решения) могут быть признаны лишь после подачи заинтересованным лицом

<sup>303</sup> На самом деле, строго говоря, это не так. Правила Конвенции должны применяться для дел о признании иностранных арбитражных решений (не требующих исполнения), только если в законодательстве соответствующего государства не содержится механизма, более благоприятного для процедуры признания таких решений. В силу нормы п. 1 ст. VII Конвенции заинтересованная сторона вправе воспользоваться более выгодной для нее нормой национального законодательства, нежели нормы самой Конвенции. Нет сомнения в том, что нормы ст. 35 Закона о МКА и ст. 10 Указа являются более благоприятными для лица, в чью пользу вынесено арбитражное решение, не требующее приведения в исполнение, чем механизм, предусмотренный ст. III–V Конвенции. Но это все теоретические рассуждения, с которыми наши суды, насколько автору это известно, ни разу не применявшие ст. VII Конвенции, пока не сталкивались. Вообще, сама применимость ст. VII Конвенции по отношению к России до сих пор ни разу не упоминалась не только в судебных актах, но даже и в специальной литературе – считается, что в нашем законодательстве нет норм, более выгодных для иностранных арбитражных решений, нежели сама Конвенция.

<sup>304</sup> Письмо от 11 декабря 2006 г. № А40-АА-1461, не опубликовано, имеется в распоряжении автора, т.к. он представлял сторону в этом разбирательстве.

соответствующего заявления, но отнюдь не в «автоматическом» режиме, следующем из внимательного академического анализа положений п. 1 ст. 35 Закона о международном коммерческом арбитраже и ст. 10 Указа.

Поэтому, скорее всего, российский государственный арбитражный суд все-таки будет рассматривать заявление о признании в России иностранного арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение, в порядке, предусмотренном ст. IV Конвенции и главой 31 АПК – по крайней мере до того момента, пока Высший Арбитражный Суд не даст по этому поводу иных указаний. При этом если возражения против признания решения без приведения в исполнение будут заявлены стороной, проигравшей арбитраж, то, скорее всего, она будет ссылаться не на сугубо процессуальные проблемы, вытекающие из непростых для понимания суда норм п. 1 ст. 35 Закона о МКА и ст. 10 Указа, а на какие-либо основания, предусмотренные ст. V Конвенции (юрисдикционные и процессуальные нарушения в ходе арбитражного разбирательства, вопросы арбитрабельности и публичного порядка). Это следует из того, что если сторона, проигравшая арбитраж, будет заявлять только проанализированные выше сугубо процессуальные возражения против возможности осуществления признания решения как самостоятельного процессуального действия, то она тем самым должна будет согласиться с тем, что решение становится обязательным автоматически в соответствии с положениями п. 1 ст. 35 Закона о МКА. В этом случае принятый в результате такого разбирательства судебный акт государственного арбитражного суда будет в любом случае выгоден для стороны, выигравшей арбитраж: ведь если ответчик сам будет настаивать на обязательности решения и без его формального признания в силу применения норм Указа, то это будет отражено в судебном акте, и это именно такое судебное решение, к которому может стремиться в российских судах сторона, выигравшая арбитраж, в результате которого было вынесено *declaratory award*.

Полагаем, что разъяснение ВАС РФ о том, что иностранные арбитражные решения, не нуждающиеся в приведении в исполнение, должны признаваться «автоматически» в силу п. 1 ст. 35 Закона о МКА, прояснило бы ситуацию и способствовало бы пониманию описанной выше проблемы со стороны судей, особенно принимая во внимание, что сохранивший свою силу механизм ст. 10 Указа позволяет российским компаниям эффективно возражать против

«автоматического» признания иностранных арбитражных решений, вынесенных с грубыми процессуальными нарушениями.

В данном параграфе речь пока шла только об иностранных арбитражных решениях, не требующих приведения в исполнение. Теоретически возможно, что на территории России будет вынесено решение международного арбитража, также не требующее приведения в исполнение (например, о признании права или о расторжении договора), т.е. не предполагающее взыскания денежных средств или исполнения в натуре. Хотя на практике автор с такими решениями пока не сталкивался, их принятие не исключено, поэтому вопрос заслуживает изучения.

Должно ли такое решение действовать «автоматически» в силу нормы п. 1 ст. 35 Закона о МКА, или все-таки для его применения требуется процедура, предусмотренная §2 главы 30 АПК РФ 2002 г.? Исходя из текста Закона, указывающего, что отдельное ходатайство в суд надо подавать только для его *приведения в исполнение* (в контексте АПК – для выдачи исполнительного листа), такое арбитражное решение должно действовать «автоматически». Любой другой ответ не только разошелся бы с текстом п. 1 ст. 35 Закона о МКА, но и означал бы возврат России к архаичному принципу «двойной экзекватуры», согласно которому арбитражное решение нуждалось в своем «подтверждении» со стороны государственного суда по месту его вынесения. АПК такой процедуры не предусмотрено – напротив, сторона, проигравшая арбитраж, должна самостоятельно обращаться в суд с целью оспаривания арбитражного решения, для этого предусмотрена специальная процедура, описанная в § 1 главы 30 АПК. В любом случае, Указ к решениям арбитражей, вынесенным на территории России, применяться не может, а вынесенные в нашей стране решения международных арбитражей в «признании» не нуждаются.

Контрольные вопросы к § 4.7 и § 4.8.

1. Как решается вопрос о подведомственности дел, связанных с приведением в исполнение и оспариванием арбитражного решения, вынесенного по спору, одной из сторон которого является физическое лицо, не зарегистрированное в качестве предпринимателя.

2. Нуждаются ли в формальном признании в российском государственном арбитражном суде иностранные арбитражные решения, не требующие приведения в исполнение.

*§ 4.9. Участие прокурора в делах о приведении в исполнение и оспаривании решений третейских судов в рамках российской судебной системы*

В § 1.9 уже затрагивался вопрос о том, распространяет ли арбитражная оговорка свое действие на прокурора, который по каким-либо причинам желает вступить в процесс, проходящий в российском государственном суде и связанный с международным арбитражем. Однако, это не единственный вопрос, который может вставать в связи с процессуальными правами российских прокуроров по этой категории дел.

Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 марта 2012 г. № 15 «О некоторых вопросах участия прокурора в арбитражном процессе» предусмотрено следующее:

«4. При обращении прокурора в арбитражный суд по делам, перечисленным в абзацах втором и третьем части 1 статьи 52 АПК РФ, если в договоре содержится положение о передаче споров из этого договора на рассмотрение третейского суда, прокурор обязан обосновать, каким образом нарушаются публичные интересы в связи с заключением данной сделки.

Арбитражный суд оставляет заявление прокурора без рассмотрения применительно к пункту 5 части 1 статьи 148 АПК РФ, если установит, что оспариваемой сделкой не нарушаются публичные интересы, на которые указывает прокурор в своем обращении.

5. В случае если после принятия арбитражным судом заявления прокурора к производству и возбуждения производства по делу, стороны в соответствии с частью 6 статьи 4 АПК РФ заключили соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда, суд продолжает

рассмотрение дела по существу, не оставляя заявление прокурора без рассмотрения».

Это указание Пленума нуждается в комментарии. Прежде всего встает вопрос о том, как понимать термин «публичные интересы», никак не дефиницированный в этом Постановлении. По всей видимости, круг дел, затрагивающих такие интересы, ограничен нормами абзацев второго и третьего части 1 статьи 52 АПК РФ, на которые ссылается п. 4 этого Постановления Пленума<sup>305</sup>. То есть, получается, что настаивать на рассмотрении дела российским государственным судом, несмотря на наличие в сделке арбитражной оговорки, прокурор может только в случае, если это сделка, совершенная органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, 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 Российской Федерации, доля участия муниципальных образований. Если такому критерию, установленному абзацами вторым и третьим части 1 статьи 52 АПК, сделка не соответствует, то возражать со ссылкой на наличие какого-либо «публичного интереса» против передачи дела в арбитраж прокурор не вправе. Следовательно, на сделки, заключенные сугубо частными компаниями (без долей государственного участия) между собой п. 4 этого Постановление Пленума № 15 не распространяется.

---

<sup>305</sup> 1. Прокурор вправе обратиться в арбитражный суд:

<...>;

с иском о признании недействительными сделок, совершенных органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, 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 Российской Федерации, доля участия муниципальных образований;

с иском о применении последствий недействительности ничтожной сделки, совершенной органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, 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 Российской Федерации, доля участия муниципальных образований.

Но даже и с таким ограничительным комментарием пункт 4 этого Постановления вызывает сомнение. Допустим, прокурор считает, что несмотря на наличие в сделке арбитражной оговорки о рассмотрении споров в международном арбитраже, дело должно слушаться в российском государственном суде, причем с его участием. Но ссылка на то, что эта сделка нарушает какой-то неведомый «публичный интерес» (о том, что это такое, мы еще поговорим), никак не порочит ее арбитражную оговорку, не делает ее недействительной (в силу принципа автономности арбитражного соглашения, см. § 2.3 ранее). Более того, если арбитражная оговорка отсылает к иностранному арбитражу, то и подчинена она иностранному праву, применение которого никак не регулируется АПК и Постановлениями Пленума ВАС РФ. Возникает риск возникновения «параллельных» арбитражных и судебных разбирательств (см. об этом в § 5.8 далее), что, в первую очередь, означает многократное увеличение судебно-арбитражных издержек. Кроме того, создаются предпосылки к нарушению норм п. 1 ст. 8 Закона о МКА и п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции о направлении сторон спора в арбитраж (см. § 1.9 ранее), игнорировать которые суды не вправе, даже если этого требует Пленум ВАС. При этом за рубежом соответствующие арбитражные решения все равно будут без помех приводиться в исполнение (см. об этом § 5.10 далее).

Кроме того, какими разумными доводами можно обосновать, что международный арбитраж, рассматривая в будущем спор, вытекающий из сделки, заключенной компанией с участием российских государственных структур, *не примет* во внимание те соображения, по которым прокурор считает такую сделку «нарушающей публичные интересы»? Западные арбитражи очень жестко реагируют на факты нарушения сторонами применимых к ним норм публичного права, например, об уклонении от уплаты налогов, отмытии денежных средств, добытых преступным путем, нарушении правил государственной службы и т.п. Думается, что недоверие ВАС РФ к третейским судам во многом связано с тем, что за последнее время в России было вскрыто немало мошеннических<sup>306</sup> или

---

<sup>306</sup> См. <http://pravo.ru/news/view/77289/> - о раскрытии группы мошенников, которые пытались похитить принадлежащую государству недвижимость на основании решений внутреннего третейского суда по фиктивным сделкам. Отметим, правда, что ключевым для этой схемы преступным элементом было не рассмотрение «спора» в третейском суде (при ЗАО «Фемида»), а незаконное закрепление за предприятием-поручителем недвижимости, находящейся в государственной собственности, что осуществлялось «с помощью должностных лиц московского управления Росимущества». См. также Постановление

просто недобросовестных схем<sup>307</sup>, в которых так или иначе участвовали внутренние третейские суды. Но к международным арбитражам таких претензий в наших правоохранительных органах пока не предъявлялось. По своему опыту отмечу, что западные арбитражи проявляют большую осторожность при присуждении каких-либо средств правовой защиты по сделкам, которые представляются им сомнительными.

Далее, согласно п. 6 Постановления Пленума ВАС РФ № 15 от 23 марта 2012 года,

«Если дело, возможность обращения по которому предусмотрена в абзацах втором и третьем части 1 статьи 52 АПК РФ, рассмотрено третейским судом, прокурор вправе оспаривать решение третейского суда либо возражать против его принудительного исполнения, если решение затрагивает интересы Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования (далее - публично-правовое образование), не участвовавших в третейском разбирательстве.»

Проще всего предположить, что интересы публично-правового образования в пункте 6 этого Постановления приравниваются к «публичным интересам», упомянутым в пункте 4 Постановления, но при этом никак не дефиницированным. Исходя из здравого смысла, эти не известные ни науке, ни судебной практике «публичные интересы» хочется приравнять к понятию «публичный порядок», с которым наши суды хорошо знакомы. О нем подробнее речь пойдет далее в § 5.8, пока же, забегаая вперед, приведем пример того, как раскрывается это понятие в современной российской судебной практике:

«Решение международного третейского суда может быть признано противоречащим публичному порядку Российской Федерации в том случае, если в результате его исполнения будут совершены действия либо прямо

---

Президиума ВАС РФ № 16882/11 от 29 марта 2012 года, в соответствии с которым рассмотрение «третейским судом спора из неуставной сделки с государственным предприятием с целью получения оснований для исполнения обязательств последним по такой ничтожной сделке противоречит основополагающим принципам российского права и публичным интересам» Тут, несомненно, проигнорирован принцип автономности арбитражного соглашения.

<sup>307</sup> См. Постановление Определение ВАС от 5 июля 2012 года № ВСА-2966/12 и Президиума ВАС РФ № 16541/11 от 22 мая 2012 года о недопустимости рассмотрения дела третейским судом, функционирующим при одной из сторон спора. Такие «карманные» третейские суды были за последние годы сформированы при многих ведущих российских компаниях, в том числе и находящихся под контролем государства. Но такая практика, несомненно, порочная, никак не бросает тени на действительно независимые и беспристрастные международные арбитражи.

запрещенные законом, либо наносящие ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивающие интересы больших социальных групп, являющиеся несовместимыми с принципами построения экономической, политической, правовой системы государств, затрагивающие конституционные права и свободы граждан, а также противоречащие основным принципам гражданского законодательства, таким как равенство участников, неприкосновенность собственности, свободы договора».

Но в этой дефиниции, содержащейся в многочисленных судебных актах и практически дословно повторенной в п. 1 Информационного письма № 156, никак не затронут вопрос о том, *какие* предприятия (с участием государственных структур или сугубо частные) участвуют в сделке и связанном с нею споре (а именно такой «посубъектный» критерий положен ч. 1 ст. 52 АПК в основание наличия у прокурора полномочий по вступлению в частный спор). Судебная практика исходит из *сопоставления последствий приведения в исполнения решения третейского суда с основами правопорядка*, публичный порядок не может оказаться нарушенным или, наоборот, ненарушенным, в зависимости от субъектного состава участников спора. Более того, повторим, что сам по себе факт передачи спора в третейский суд в соответствии с арбитражной оговоркой публичный порядок нарушить не может. Поэтому, по всей видимости под «публичными интересами», введенными в оборот Постановлением Пленума ВАС № 15 от 23 марта 2012 года, следует понимать не нарушение публичного порядка, а нечто иное.

По нашему мнению, системный анализ этого Постановления влечет за собой вывод о том, что под «публичными интересами» в п. 4 и «интересами публично-правового образования» в п. 6 понимается не столько возможность нарушения публичного порядка, сколько просто *наличие интересов* какого-либо публично-правового образования (как оно дефиницировано в пункте 6 этого Постановления), связанных с таким спором. Если такие интересы есть, то, согласно данному Постановлению, прокурор будет вправе не только возражать против направления спора из государственного суда в арбитраж со ссылкой на п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК, но сможет еще и добиваться отказа в приведении в исполнение

или отмены уже вынесенного решения третейского суда (последнее – в том случае, если оно вынесено на территории России, см. об этом § 4.2 ранее).

Выходит, что при применении указаний этого Постановления Пленума ВАС № 15 от 23 марта 2012 г. о возможности участия прокурора в деле, в отношении которого существует арбитражная оговорка, следует руководствоваться сугубо механическим, «посубъектным» составом лиц, потенциально имеющих отношение к спору, но никак не собственно содержанием договора и текстом приводимого в исполнение или оспариваемого арбитражного решения. Причем следует принимать во внимание не только прямое участие публично-правовых образований в сделке (п. 4 Постановления № 15), но и ситуацию, в которой гипотетически могут быть «затронуты интересы» таких образований, в сделке не участвующих (п. 6). Исходя из степени огосударствления современной российской экономики, все это серьезно ограничивает доверие иностранных компаний к российским партнерам. Кроме того, такая аморфная формулировка не соответствует ограничительному подходу к основаниям для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, закрепленным в статье V Конвенции и статьях 34 и 36 Закона о МКА (см. § 5.1 далее).

Формат учебника не предполагает развернутой критики указаний ВАС РФ, но все-таки отметим, что принятие этого Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 года № 15 должно рассматриваться иностранными компаниями как создающее серьезные дополнительные риски, связанные с рассмотрением в международных арбитражах споров по сделкам с участием российских публично-правовых образований, и потенциально влекущее за собой предпосылки к нарушению обязательств Российской Федерации в рамках Нью-Йоркской конвенции и отступлению от стандартов Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Контрольные вопросы к Главе 4 в целом

1. В каких случаях имеет смысл оспаривать решение международного арбитража, а в каких его целесообразнее исполнить добровольно?
2. Каким требованиям к оформлению должно соответствовать иностранное арбитражное решение, приведение в исполнение которого планируется осуществлять в России?

3. В какой суд следует обращаться с заявлением об оспаривании решения международного арбитража, а в какой – с заявлением о его приведении в исполнение?

4. В каких случаях в соответствии с указаниями Постановления Пленума ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 15 российский прокурор вправе вступить в процесс, связанный со спором, в отношении которого существует арбитражная оговорка? Как это право соотносится с нормами Нью-Йоркской конвенции и Закона о МКА?

## Глава 5. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража

§ 5.1. *Общие подходы к правовому регулированию отказа в признании и приведении в исполнение решений международных арбитражей и отмены решений международных арбитражей, вынесенных на территории России*

Международное арбитражное решение, вынесенное в соответствии с согласованной сторонами процедурой независимыми и беспристрастными арбитрами на основании достигнутого сторонами арбитражного соглашения, должно быть исполнено принудительно, если проигравшая дело сторона не исполнит его добровольно. Добровольное исполнение выгоднее для проигравшей арбитраж стороны как экономически, так и с точки зрения репутации. Этот тезис уже неоднократно формулировался выше на страницах этого учебника. Главная причина такого совета, который можно дать лицу, против которого вынесено арбитражное решение, состоит в том, что в соответствии со ст. 35 Закона о МКА:

«1. 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 настоящей статьи и статьи 36».

Таким образом, в Законе о МКА проводится мысль о том, что после вынесения решения международного коммерческого арбитража (независимо от того, в какой стране оно вынесено) спор между сторонами следует считать разрешенным, и лишь в случае, если имеются обоснованные и процессуально закрепленные возражения против того, как этот спор был разрешен, или веские основания для ссылки на нарушение норм об арбитрабельности или публичного порядка *lex fori*, проигравшая арбитраж сторона может рассчитывать на то, что решение международного арбитража не будет приведено в исполнение и/или будет отменено.

Этот подход Закона о МКА основан на нормах, закрепленных в ст. V Нью-Йоркской конвенции, которые сыграли роль системообразующей основы в формировании принятого после этой Конвенции международного законодательства о международном арбитраже, имплементированного, в частности, и в Российской Федерации. Только основания, изложенные в этой статье Конвенции, повторенные в ст. 34 и 36 Закона о

МКА, могут стать поводом к отмене или отказе в приведение в исполнение решения международного коммерческого арбитража.

Изучению таких оснований будет посвящена вся настоящая Глава 5. Но прежде чем перейти к их методичному изучению, сформулируем **главный подход**, основанный на понимании ст. V Нью-Йоркской конвенции судами государств, имеющих репутацию органов правосудия, оказывающих поддержку международному арбитражу: **при рассмотрении дела, основанного на нормах ст. V Нью-Йоркской конвенции и ст. 34 и 36 Закона о МКА, государственный суд не исполняет функций вышестоящей инстанции по отношению к международному арбитражу, не проверяет существо его решения и в большинстве случаев (за исключением исследования вопросов арбитрабельности и публичного порядка) не играет активной роли: он лишь изучает аргументы о юрисдикционных и процессуальных нарушениях, допущенных составом арбитража, представленные лицом, против которого вынесено соответствующее арбитражное решение.** Только при таком подходе государственный суд может остаться в рамках, отведенных ему Нью-Йоркской конвенцией и Законом о МКА, и не допустить незаконного вмешательства в деятельность международного арбитража, запрещенного ст. 5 Закона о МКА (см. § 1.7 ранее).

Доводы стороны, которая возражает против приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража или пытается добиться его отмены и при этом не ссылается на какое-либо из оснований, предусмотренных ст. V Конвенции или ст. 34 Закона о МКА, должны оставаться без внимания. Например, были оставлены без внимания доводы российского ответчика, возражавшего против приведения в исполнение в России решения МКАС при ТПП Украины по причине того, что против взыскателя вынесено решение МКАС при ТПП РФ, что позволяет ответчику рассчитывать на заключение мирового соглашения. Суды указали, что такие доводы не входят в исчерпывающий перечень оснований отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, предусмотренный ст. 36 Закона о МКА и совпадающий с перечнем, предусмотренным ст. V Конвенции<sup>308</sup>.

Постановлением ФАС УО от 11 мая 2010 г. № Ф09-3211/10-С5 было приведено в исполнение иностранное арбитражное решение, несмотря на то что ответчик ссылался на наличие в нем ошибок, относившихся к существованию спорного правоотношения. Кассационная инстанция при это разъяснила:

---

<sup>308</sup> Постановление ФАС МО от 29 августа и 5 сентября 2007 г. по делу № КГ-А40/8506-07.

«Довод общества "Южуралхлебторг" о том, что в переведенном на русский язык решении апелляционной инстанции арбитража Международной ассоциации по торговле зерном и кормами ГАФТА № 4164 от 06.08.2009 имеются ошибки в указании размеров и сроков задолженности ответчика, не может служить основанием к отмене судебного акта, поскольку не относится к основаниям для отказа в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда [имелось в виду иностранное арбитражное решение. – Б.К.]».

В другом деле заявитель добивался отмены решения МКАС при ТПП РФ, ссылаясь при этом на нарушение указанным международным арбитражем «принципа законности». Однако нарушение такого принципа не включено в исчерпывающий перечень оснований для отмены решения международного арбитража, содержащийся в ст. 34 Закона о МКА, в связи с чем кассационная инстанция разъяснила:

«Оспаривая соблюдение МКАС при ТПП РФ принципа законности, установленного Конституцией РФ, заявитель фактически ссылается на неправильное применение третейским судом норм материального права и неполное исследование доказательств по делу.

Как правильно указал суд первой инстанции, указанные доводы заявителя направлены на оспаривание решения МКАС при ТПП РФ по существу, в связи с чем не подлежат рассмотрению арбитражным судом в рамках производства по оспариванию решения коммерческого арбитража в соответствии с разъяснениями Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, изложенными в п. 12 Информационного письма от 22 декабря 2005 г. № 96.

Исходя из изложенного, суд кассационной инстанции приходит к выводу о том, что доводы ЗАО "Карбон" не являются основаниями для отмены решения МКАС при ТПП РФ в соответствии со ст. 233 АПК РФ и ст. 34 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже"<sup>309</sup>.

Таким образом, основополагающие принципы Закона о МКА об окончательности и обязательности иностранного арбитражного решения реализуются прежде всего через механизм ст. V Конвенции, которым ограничиваются пределы вмешательства национальных судов в спор, разрешенный арбитрами. Аналогичный механизм в отношении решений международных арбитражей, вынесенных на территории России, содержится в ст. 34 и 36 Закона о МКА. В АПК указанные принципы окончательности и

<sup>309</sup> Постановление ФАС МО от 29 июля 2008 г. № КГ-А40/6310-08-П.

обязательности решения международного коммерческого арбитража реализуются через *четыре нормы российского законодательства об арбитражном процессе* (т.е. процедуре рассмотрения дел в государственных арбитражных судах):

▶ 1. через норму ч. 4 ст. 16 «*Обязательность судебных актов*» АПК, в соответствии с которой

«признание и обязательность исполнения на территории Российской Федерации судебных актов, принятых иностранными судами, иностранных арбитражных решений определяются международным договором Российской Федерации, федеральным законом».

Таким международным договором как раз и является Конвенция, а таким федеральным законом – Закон о МКА, который содержит перечень оснований для отказа в признании решения международного арбитража, по своей сути идентичные ст. V Конвенции;

▶ 2. через рассмотренную в § 1.9 выше норму п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК *о прекращении производства по делу*, по которому имеется вынесенное решение международного арбитража, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

▶ 3. через норму ч. 4 ст. 243 АПК, согласно которой государственному арбитражному суду в процессе о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения *запрещается пересматривать такое решение по существу*. Правда, собственно в тексте ч. 4 ст. 243 АПК упомянуты лишь решения иностранных судов, однако и название статьи («Порядок рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения»), и ссылки ч. 4 ст. 16 АПК на международный договор, которым является Конвенция, не допускающая пересмотр национальным судом решения иностранного арбитража, свидетельствуют о том, что несмотря на дефект юридической техники в ч. 4 ст. 243 АПК данная норма распространяется не только на судебные, но и на иностранные арбитражные решения. (Этот академический анализ был подтвержден Постановлением Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 9899/09, о котором речь пойдет далее, и п. 1 Информационного письма № 156.) Так как приведенные в ст. 36 Закона о МКА основания для отказа в исполнении иностранных арбитражных решений и решений международных коммерческих арбитражей, вынесенных в России, совпадают, то вывод о запрете на пересмотр существа арбитражного решения распространяется и на решения

международных арбитражей, вынесенные в России, причем запрет этот касается не только процесса о приведении в исполнение, но и процесса об отмене соответствующего решения международного арбитража;

► 4. через норму ч. 2 ст. 244 АПК, содержащую ссылку на ч. 4 ст. 239 АПК, и аналогичную норму ч. 4 ст. 233 АПК, которые *запрещают произвольное расширение оснований для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража*, и согласно которым

«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».

В ч. 4 ст. 239 АПК и ч. 4 ст. 233 АПК под международным договором также понимается Конвенция, а под федеральным законом – Закон о МКА. Оба указанных акта содержат исчерпывающий перечень оснований для отказа в приведении в исполнение или отмены международных арбитражных решений, который не может дополняться никакими иными российскими законами, в том числе и АПК.

В результате мы приходим к выводу о том, что АПК не только не содержит дополнительных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение или отмены решений международных арбитражей, не предусмотренных Конвенцией или Законом о МКА, но в нем даже не сделано попытки просто сформулировать такие основания, а лишь содержится отсылочная норма, которой в российское национальное законодательство об арбитражном процессе инкорпорируется ст. V Конвенции и в которой повторяются основания для отказа в исполнении решения международного коммерческого арбитража, установленные ст. 36 Закона о МКА. Аналогичные основания применяются для отмены решения международного арбитража, вынесенного на территории Российской Федерации, – отсылка к ст. 34 Закона о МКА содержится в ч. 4 ст. 233 АПК.

Отметим, что при анализе оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на исполнение международного арбитражного решения, вынесенного на территории России, помимо норм ст. 35 и 36 Закона о МКА российские государственные арбитражные суды также обязаны применять общие нормы ст. 4 и 5 этого Закона, закрепляющие соответственно принцип утраты процессуального права, которым сторона разбирательства не воспользовалась своевременно, и принцип запрета на не

предусмотренное этим Законом вмешательство государственного суда в спор, подведомственный международному арбитражу. Указанные принципы уже были рассмотрены ранее в § 3.7 и 1.7.

Прежде чем обратиться к содержательному анализу различных оснований для отказа в исполнении международного арбитражного решения или его отмены, обратим внимание на то, *как* в АПК изложены такие основания.

*Нормы части 4 ст. 233 АПК и части 4 ст. 239 АПК*, в соответствии с которыми решение международного арбитража может быть отменено или в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение может быть отказано «по основаниям, предусмотренным международным договором Российской Федерации и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже», содержатся в статьях, которые также регулируют процедуру отмены или отказа в исполнении решений внутренних третейских судов, действующих на основании Закона о третейских судах, а не Закона о МКА. Интересно, что основания для отмены или отказа в приведении в исполнение решений внутренних третейских судов сформулированы непосредственно в тексте АПК (ч. 2 и 3 ст. 233 и ч. 2 и 3 ст. 239 соответственно), в отличие от аналогичных оснований для отмены или отказа в приведении в исполнение решений международных арбитражей, к которым в тексте АПК содержатся лишь отсылки.

Поэтому при обосновании отмены решения международного арбитража или отказа в его приведении в исполнение *недопустимо ссылаться на основания, предусмотренные ст. 233 и 239 АПК для отмены или отказа в исполнении решений внутренних третейских судов*. Хотя эти основания и весьма близки, ссылка на не подлежащий применению закон может привести к отмене судебного акта и к затягиванию процедуры принудительного исполнения решения международного арбитража.

В качестве примера можно привести следующее дело. Иностранная компания обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП РФ. Заявление было удовлетворено, суд первой инстанции со ссылкой на ч. 2 и 3 ст. 239 АПК указал, что оснований для отказа в выдаче исполнительного листа, предусмотренных АПК, не установлено. Отменяя это определение, ФАС МО указал:

«В соответствии с частью 4 статьи 239 АПК РФ арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража по основаниям, предусмотренным

международным договором и федеральным законом о международном коммерческом арбитраже.

Статьей 36 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» предусмотрены основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения.

<...>

Однако суд первой инстанции в нарушение положений части 4 статьи 239 АПК РФ не руководствовался Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже» при рассмотрении данного дела и не установил наличие или отсутствие обстоятельств, предусмотренных подпунктом 2 пункта 1 статьи 36 упомянутого закона.

Учитывая изложенное, суд кассационной инстанции считает, что определение ... принято с нарушением норм процессуального права (ч. 4 ст. 239 АПК РФ), которое привело к принятию неправильного судебного акта»<sup>310</sup>.

Из этого примера видно, как важно ссылаться на правильный законодательный акт, содержащий основания для отмены международного арбитражного решения или отказа в его приведении в исполнение. Хотя нормы ч. 2 и 3 ст. 233 и ч. 2 и 3 ст. 239 АПК РФ практически дословно совпадают с нормами п. 2 и 3 ст. 34 и п. 1 ст. 36 Закона о МКА, все равно это *разные законы*. Сформулированными в АПК основаниями следует руководствоваться при оспаривании и приведении в исполнение решений внутренних третейских судов, а положениями Закона о МКА – при оспаривании и приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей.

Основания, установленные п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1 п. 2 ст. 34 и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, сформулированы достаточно узко; таким образом, реализуется один из основных механизмов Конвенции, направленный на максимальное ограничение возможности воспрепятствовать приведению в исполнение арбитражного решения, вынесенного компетентными арбитрами по итогам разбирательства, проведенного с учетом процедуры, избранной сторонами при фиксации арбитражного соглашения. Именно посредством такого механизма *ограничивается возможность государственного суда, приводящего в исполнение арбитражное решение, вмешиваться в спор, уже рассмотренный арбитрами, и пересматривать арбитражное решение по его существу.*

<sup>310</sup> Постановление ФАС МО от 6 августа 2003 г. по делу № КГ-А40/4926-03.

Более того, с учетом ранее сформулированного постулата об окончательном характере арбитражного решения, нужно подчеркнуть, что даже если государственный суд применит одно из оснований, предусмотренных ст. V Конвенции, подп. 1 п. 2 ст. 34 или подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, и тем самым откажет в приведении в исполнение решения международного арбитража на подведомственной данному суду территории или даже отменит его, это тем не менее не приведет к лишению такого решения юридической силы. Как следствие, его можно будет привести в исполнение на территории другого государства, суд которого, разрешая исполнение, не будет связан «негативным» решением иностранного государственного суда (см. об этом § 5.10 далее). Таким образом создаются дополнительные гарантии для реализации на практике одного из основных принципов международного коммерческого арбитража – принципа обязательности исполнения арбитражного решения.

Основания для отказа в приведении в исполнение решения международного арбитража или его отмены, включенные в ст. V Конвенции и ст. 34 и 36 Закона о МКА, можно разделить на две группы:

- ▶ 1. основания, на которые государственный суд может ссылаться *только по заявлению стороны*, возражающей против приведения в исполнение решения международного арбитража или подавшей заявление о его отмене (данные основания связаны с недостатками арбитражного соглашения и процедуры проведения арбитража);
- ▶ 2. основания, на которые суд может ссылаться *по собственной инициативе* (такие основания связаны с проблемами арбитрабельности и публичного порядка).

Каждая из этих групп подробно рассматривается далее в настоящей Главе 5 учебника.

Контрольные вопросы к § 5.1.

1. Допускается ли пересмотр существа решения международного арбитража в ходе его оспаривания или приведения в исполнение в государственном суде в рамках Закона о МКА и Нью-Йоркской конвенции?
2. В каких законодательных актах сформулированы основания для оспаривания и приведения в исполнение решений международных арбитражей на территории России?

§ 5.2. *Общая характеристика оснований для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, ссылаться на которые по своей инициативе государственный суд не вправе*

В п. 1 ст. V Конвенции и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА вошли основания для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения или решения международного арбитража, вынесенного на территории России, ссылаться на которые должна сама сторона, заинтересованная в таком отказе, т.е. сторона, против которой вынесено соответствующее решение; компетентный государственный суд, рассматривающий соответствующее заявление не может применить данные основания по собственной инициативе. Аналогичные основания (также не подлежащие исследованию по инициативе государственного суда) содержатся также в подп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА – но в этой статье речь идет об отмене по таким основаниям решения международного арбитража, вынесенного в России.

В российской судебной системе существует две общие проблемы процессуального характера, связанные с тем, каким образом государственные арбитражные суды применяют положения подп. 1 п. 2 ст. 34, п. 1 ст. 36 Закона о МКА и п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции. Обе они связаны с тем, что судьи государственных арбитражных судов недостаточно хорошо знакомы с нормами Закона о МКА и Конвенции и плохо понимают их общую направленность на недопущение отмены решения международного арбитража или отказа в его приведении в исполнение.

Прежде всего это проблема распределения *бремени доказывания* существования оснований для отказа в приведении в исполнении решения международного арбитража. Нормы подп. 1 п. 2 ст. 34 и п. 1 ст. 36 Закона МКА и п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции недвусмысленно указывают, что на наличие таких оснований должна ссылаться только сторона, против которой вынесено арбитражное решение, т.е. суд не вправе по собственной инициативе исследовать обстоятельства, связанные с процессуальными или юрисдикционными возражениями против исполнения арбитражного решения. Ниже в § 5.3 и 5.4 мы рассмотрим примеры из российской судебной практики, иллюстрирующие указанную проблему.

Второй проблемой является недостаточное понимание судьями государственных арбитражных судов специфики норм ст. 4 Закона о МКА *об утрате* стороной, которая знает о проведении арбитражного разбирательства с определенными процессуальными

или юрисдикционными недостатками, *права на заявление соответствующих возражений*. В качестве «положительного» примера применения данной нормы можно процитировать следующее Постановление Президиума ВАС РФ:

«Общество «Мосмонтажспецстрой» [ответчик, оспаривавший правомерность проведения арбитража. – *Б.К.*] никаких возражений в отношении существования третейской оговорки, ее толкования, компетенции арбитража и арбитров по рассмотрению данного спора не выдвигало.

В соответствии со статьей 4 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» если сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, или какое-либо требование, предусмотренное арбитражным соглашением, не было соблюдено, 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»<sup>311</sup>.

Вот еще один похожий пример из судебной практики. ООО «Интеркэр» обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об отмене решения Арбитражного суда при Московской торгово-промышленной палате от 10 января 2008 г. по делу № А-2007/7, вынесенного по иску компании «Берлин-Хеми» к компании «Ведант Лтд.» и ООО «Интеркэр» о взыскании денежной суммы. В качестве основания для его отмены заявитель сослался на недействительность арбитражного соглашения. Суд кассационной инстанции в удовлетворении заявления отказал<sup>312</sup>, разъяснив следующее:

«Вместе с тем, согласно статье 4 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», если сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, 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.

<sup>311</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 11 мая 2005 г. № 207/04.

<sup>312</sup> Постановление ФАС МО от 31 июля 2008 г. № КГ-А40/6468-08.

Согласно пункту 2 статьи 16 названного Закона заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску. Назначение стороной арбитра или ее участие в назначении арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что третейский суд превышает пределы своей компетенции, должно быть сделано, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы, будет поставлен в ходе арбитражного разбирательства. Третейский суд может в любом из этих случаев принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

Между тем, ООО «Интеркэр» принимало участие в слушаниях Арбитражного суда при ТПП, представляло свои возражения на иск и доказательства их подтверждающие».

Принимая участие в рассмотрении дела без своевременного заявления возражения об отсутствии у состава арбитража компетенции по рассмотрению спора, ООО «Интеркэр» утратило право на последующее заявление соответствующего возражения. Об этом процессуальном механизме, предусмотренном в ст. 4 и 16 Закона о МКА, уже шла речь в § 3.6 и 3.7.

Иногда национальное законодательство содержит дополнительные ограничения по выдвижению возражений против ходатайства о приведении в исполнение решения международного арбитража по сравнению с соответствующими положениями Конвенции и Типового закона ЮНСИТРАЛ. Например, законодательством Нидерландов (ст. 1076 ГПК этой страны) установлены следующие правила, еще более ограничивающие основания для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, нежели те, которые закреплены в ст. V Конвенции:

1) ответчику нельзя ссылаться на отсутствие действительного арбитражного соглашения, если он участвовал в арбитражном разбирательстве и не заявил об отсутствии такого арбитражного соглашения до выдвижения своих аргументов по существу спора;

2) ответчику нельзя ссылаться на то, что коллегия арбитров была сформирована ненадлежащим образом, если он участвовал в ее формировании или если он не участвовал в формировании коллегии арбитров, но участвовал в арбитражном разбирательстве и не заявил об отсутствии у коллегии арбитров юрисдикции по рассмотрению данного спора до выдвижения своих аргументов по его существу;

3) ответчику нельзя ссылаться на превышение арбитрами их полномочий, если он участвовал в арбитражном разбирательстве и не заявил о превышении арбитрами таких полномочий в ходе данного разбирательства, как только ему стало об этом известно.

В силу приведенных положений национального законодательства Нидерландов ответчик лишается возможности на выдвижение ряда аргументов, которыми он мог бы воспользоваться, если бы вопрос о приведении в исполнение иностранного арбитражного решения решался исключительно на основании Конвенции. Такая ситуация не противоречит Конвенции, а, напротив, в соответствии с п. 1 ст. VII Конвенции, прямо предусмотрена ею, так как Конвенция приветствует принятие национального законодательства, более благоприятного для исполнения арбитражных решений, нежели сама Нью-Йоркская конвенция, и закрепляет приоритет такого национального законодательства перед ее нормами. Помимо Нидерландов, такие «проарбитражные» нормы есть еще в законодательстве ряда европейских стран (Франции, Германии, Норвегии, Швейцарии и др.)

#### Контрольные вопросы к § 5.2.

1. Кто из участников процесса об оспаривании или приведении в исполнение решения международного арбитража несет бремя доказывания наличия в решении дефектов юрисдикционного или процессуального характера?

2. Влияет ли поведения сторон в ходе разбирательства в международном арбитраже на возможность выдвижения ими аргументов о наличии в решении дефектов юрисдикционного или процессуального характера?

#### *§ 5.3. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, связанные с оспариванием его компетенции*

Основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, связанные с оспариванием компетенции арбитража, приведены в подп. «а» и «с» п. 1 ст. V Конвенции. Данными подпунктами предусмотрено, что государственный суд может отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения в следующих случаях:

- ▶ 1. стороны, заключившие арбитражное соглашение, соответствующее критериям, приведенным в ст. II Конвенции, были «по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны»;
- ▶ 2. арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено;
- ▶ 3. арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения либо арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения либо 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.

Аналогичные основания значатся и в подп. 1 п. 2 ст. 34 и в подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА, чьи нормы подлежат применению также в делах, связанных с выдачей исполнительных листов на решения международных арбитражей, вынесенных на территории России (ст. 36), а также в делах, связанных с заявлениями об отмене таких решений (ст. 34).

Сторона, проигравшая арбитраж и стремящаяся воспрепятствовать принудительному исполнению невыгодного для нее арбитражного решения, чаще всего прибегает именно к сформулированным выше юрисдикционным аргументам (т.е. аргументам, связанным с возражениями против компетенции состава арбитража). Это связано с тем, что несмотря на все усилия авторов Конвенции и Типового закона, направленные на ограничение пределов вмешательства государственных судов в вопросы, рассмотренные международным арбитражем, именно допускаемые возражения против наличия у арбитров юрисдикции по разрешению спора позволяют государственным судам наиболее глубоко изучить как арбитражное решение, так и собственно обстоятельства дела (фактические и юридические), положенные в его основу.

Цель заявления о том, что стороны, заключившие арбитражное соглашение, были *в какой-либо мере недееспособны по применимому к ним закону*, – оспорить действительность арбитражного соглашения как такового, что неизбежно ведет к выводу

об отсутствии у арбитров полномочий по разрешению спора, вынесенного на их рассмотрение. Разумеется, такое же возражение может выдвигаться и на этапе арбитражного разбирательства, однако решение арбитров о наличии у сторон права принять на себя исполнение функций, вытекающих из заключения арбитражного соглашения, не имеет преюдициальной силы для государственного суда, рассматривающего заявление о приведении в исполнение решения международного арбитража или его отмене. Поясним также, что в принятой в российском праве терминологии следует говорить о правоспособности юридического лица, а не его дееспособности, эти терминологические различия связаны в основном с тем, что и текст Закона о МКА, и русский текст Конвенции представляют собой переводы<sup>313</sup>.

Государственный суд, рассматривающий возражение о том, что одна из сторон не обладала правоспособностью, необходимой для заключения арбитражного соглашения, как по нормам подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции, так и по нормам п. 2 ст. VI Европейской конвенции, обязан обратиться к закону, которым регулируется правовое положение данной стороны (*lex societatis*), а не к собственному закону о правоспособности соответствующих лиц и не к закону, которому было подчинено арбитражное соглашение и/или договор, в состав которого вошло арбитражное соглашение, – таким *lex societatis* должны руководствоваться при разрешении вопроса о таком возражении и арбитры, рассматривающие юрисдикционные возражения. В тексте Закона о МКА указания на то, что при решении вопроса о правоспособности стороны следует пользоваться ее *lex societatis* отсутствуют, тем не менее вопрос о правоспособности стороны арбитражного соглашения в контексте ст. 34 и 36 Закона о МКА следует решать именно с применением норм *lex societatis*.

Обратим внимание на то, что заявить о наличии основания для отказа в признании и исполнении иностранного арбитражного решения (в выдаче исполнительного листа на исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории России) или о наличии оснований для отмены международного арбитражного решения, вынесенного в России, связанных с дефектом правоспособности одной из сторон арбитражного соглашения, *может только лицо, возражающее против исполнения решения международного арбитража (или добивающееся его отмены), и оно само должно представить соответствующие доказательства* такого дефекта правоспособности

---

<sup>313</sup> Подробнее об этом 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. 3-е изд., перераб. и доп., Статут, 2008. С. 248.

компетентному государственному суду. Такие доказательства должны включать в себя сведения о праве, применимом к стороне, правоспособность которой оспаривается. Конвенцией и Законом о МКА на государственный суд не только не возлагается обязанность по сбору доказательств, связанных с иностранным правом, которым регулируется правоспособность стороны арбитражного соглашения, но и, более того, суд ограничивается в праве собирать эти доказательства по собственной инициативе.

Таким образом, в соответствии с п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА данные доказательства могут быть представлены суду только лицом, возражающим против исполнения решения международного арбитража (или добивающимся его отмены), что исключает возможность сбора этих доказательств (включая сведения о содержании иностранного права) самим судом. К сожалению, это положение не нашло пока достаточно четкого отражения ни в российском процессуальном законодательстве, которым регулируются вопросы применения Конвенции российскими судебными органами, ни в практике российских судебных органов. Впрочем, данный недостаток российского закона и судебной практики все равно не лишает лицо, заинтересованное в исполнении иностранного арбитражного решения в России, возможности возражать против принятия судом самостоятельных мер по установлению содержания иностранного права, которым регулируются вопросы правоспособности лиц, участвовавших в арбитражном соглашении. Приоритет нормы Конвенции вытекает из ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, которым закрепляется преимущество международного договора перед национальными источниками права, вследствие чего ст. 1191 ГК и ст. 14 АПК об активной роли государственного суда в установлении содержания иностранного права вообще не должны применяться в процессе решения любых вопросов, связанных с положениями п. 1 ст. V Конвенции. Данный вывод означает, что в этой ситуации не должна применяться и Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства 1968 г., в которой Россия участвует как правопреемница СССР, поскольку согласно п. 1 ст. 3 этой конвенции запрос всегда должен исходить от государственного судебного органа.

Кроме того, ст. 1191 ГК и ст. 14 АПК предусмотрено, что «по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской и иной экономической деятельности, обязанность доказывания содержания норм иностранного права может быть возложена судом на стороны»; с учетом положений п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА следует добавить, что эта обязанность должна

быть исполнена именно стороной, возражающей против приведения в исполнение в России решения международного арбитража или добивающейся отмены международного арбитражного решения, вынесенного в России. Именно таким механизмом, а не механизмом установления содержания иностранного права государственным судом *ex officio*, следует пользоваться при применении норм п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА.

Кроме того, на первый взгляд существует еще одно противоречие между нормами Конвенции и положениями внутреннего российского законодательства, которое может сыграть свою роль при решении вопроса об иностранном праве, которым регулируется правоспособность стороны арбитражного соглашения. В соответствии с п. 3 ст. 1191 ГК РФ и ст. 14 АПК российский суд обязан применить российское право в том случае, если не удалось установить содержание иностранного права. Однако в Конвенции (и в Европейской конвенции) императивно указано, что к вопросу о правоспособности стороны арбитражного соглашения может применяться только ее *lex societatis*, что исключает возможность применения российского права для установления правоспособности нероссийской стороны такого соглашения. Более того, если исключить возможность установления российским судом содержания иностранного права в процессе применения подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА *ex officio* (так как соответствующие доказательства должна представлять сторона, возражающая против приведения в исполнение в России международного арбитражного решения или добивающаяся отмены международного арбитражного решения, вынесенного в России), то никакого противоречия не возникнет. Если лицо, возражающее против приведения в исполнение в России международного арбитражного решения или добивающееся отмены международного арбитражного решения, вынесенного в России, не сумело доказать, что одна из сторон арбитражного соглашения имела дефект правоспособности по применимому к ней нероссийскому *lex societatis*, то у компетентного российского суда, рассматривающего ходатайство о признании и приведении в исполнение международного арбитражного решения или о его отмене, просто не будет правовых оснований для применения норм подп. «а» п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА о дефекте правоспособности.

Как правило, к аргументу о дефектах собственной правоспособности прибегают государственные организации, которые уже после возникновения спора пытаются

оспорить свое право на заключение арбитражного соглашения исходя из ограничений правоспособности, установленных для них соответствующим законодательством. Например, к такой защите прибегло Министерство обороны Сирии, заключившее с фирмой «Фогеролл» контракт на строительство госпиталя. Когда против министерства были вынесены арбитражные решения, сирийский суд отказался их исполнить, так как министерство заявило о том, что при подписании контракта оно нарушило сирийский закон, предписывающий государственным организациям согласовывать арбитражные оговорки по контрактам на сумму, превышающую 45 тысяч фунтов стерлингов, с компетентным комитетом Государственного совета. Таким образом, сторона, возражающая против приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, сама заявила о дефекте своей правоспособности в отношении заключения арбитражного соглашения<sup>314</sup>.

Для государственных организаций стран – участниц Европейской конвенции, возможность ссылаться на дефекты своей правоспособности в связи с заключением арбитражных соглашений ограничена ст. II этой Конвенции (постольку, поскольку арбитражное соглашение заключено с лицом, имеющим местонахождение в другом государстве, участвующем в Европейской конвенции). Согласно данной статье, если соответствующее государство при подписании или ратификации Европейской конвенции или при присоединении к ней не сделало специальной оговорки, то его организации (именуемые в Европейской конвенции юридическими лицами публичного права) будут «иметь возможность заключать арбитражные соглашения». В связи с этим российские юридические лица публичного права не могут ссылаться на ограничение своей правоспособности по заключению арбитражных соглашений (что, конечно, не лишает их возможности оспаривать существование и действительность арбитражных соглашений, ссылаясь на любые другие аргументы).

Вопрос о праве российского административного органа по включению в договор арбитражной оговорки был исследован российскими судами при следующих обстоятельствах. Иностранная компания «Маврово Скопье Ре Сочи» 20 октября 1994 г. заключила с Государственной налоговой службой Российской Федерации контракт № 02/94 на строительство объекта недвижимости. Согласно контракту споры, возникающие в связи с его исполнением, подлежали рассмотрению во МКАС при ТПП РФ. Решением этого арбитража от 27 марта 2006 г. по делу № 105/2004 с Федеральной

---

<sup>314</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XV. P. 516.

налоговой службы РФ (правопреемницы ответчика) было взыскано в пользу истца 15 143 303,52 руб. долга по контракту от 20 октября 1994 г. № 02/94 и 510 409,49 руб. расходов по арбитражному сбору.

Ответчик в добровольном порядке арбитражное решение не исполнил, что вынудило истца обратиться за выдачей исполнительного листа. В ходе разбирательства в Арбитражном суде г. Москвы и ФАС МО ответчик всячески ставил под сомнение действительность арбитражной оговорки и самого контракта от 20 октября 1994 г., ссылаясь при этом на различные положения Федерального закона «О поставках продукции и товаров для государственных нужд» и Федерального закона «О поставках продукции для федеральных государственных нужд», однако суды первой и кассационной инстанций не посчитали их не подлежащими применению при разрешении спора о праве государственного органа на заключение арбитражного соглашения<sup>315</sup>.

Тем не менее Высший Арбитражный суд РФ своим Определением от 26 января 2007 г. № 15767/06 передал дело в Президиум ВАС с предложением вынесенные судебные акты отменить как вынесенные без оценки действительности соглашения о передаче споров с участием ГНС РФ в МКАС при ТПП РФ. Однако Президиум с таким подходом не согласился, оставив судебные акты в силе и указав при этом следующее:

«Удовлетворяя заявление общества [взыскателя. – *Б.К.*] о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения арбитража, суды первой и кассационной инстанций сделали вывод об отсутствии оснований для отказа в его выдаче, предусмотренных статьей 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, и сочли, что недействительность третейского соглашения не доказана, отношения между сторонами имеют общегражданский характер и не связаны с поставкой продукции для государственных нужд.

Президиум считает, что указанные выводы судов являются верными.

Согласно пункту 1 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если установит, что спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом [отметим, что следовало

---

<sup>315</sup> Определение Арбитражного суда г. Москвы от 17 июля 2006 по делу № А40-26685/06-8-219, Постановление ФАС МО от 20 сентября 2006 по тому же делу.

применить нормы ст. 36 Закона о МКА, отсылки к которым есть в ч. 4 ст. 239 АПК – Б.К.].

Как следует из обжалуемых судебных актов, контракт между налоговой службой и обществом заключен 20.10.1994. На момент его заключения законодательство не устанавливало ограничений по порядку рассмотрения споров, связанных с выполнением государственных контрактов, и не предусматривало необходимости передачи споров такого рода в государственные суды<sup>316</sup>».

Впрочем, формулировки этого Постановления Президиума ВАС РФ достаточно широки не только для того, чтобы считать это дело подтверждающим право российских государственных органов на заключение арбитражных соглашений, но и для того, чтобы рассматривать его в качестве примера, как потерпела крушение попытка ответчика сорвать исполнение решения международного арбитража со ссылкой на неарбитрабельность предмета спора (об этом см. подробнее § 2.10 ранее).

На практике возражения против исполнения решения международного арбитража гораздо чаще основываются не на дефектах правоспособности одной из сторон арбитражного соглашения, а на аргументах *о недействительности самого арбитражного соглашения*. Это связано с тем, что заключение арбитражного соглашения с превышением одной из сторон своих полномочий, вытекающих из применимого к ней закона о правоспособности, является лишь частным случаем недействительности арбитражного соглашения. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 12 апреля 2011 г. № 12311/10 по делу ЗАО «Тандер» (подробнее проанализировано в § 2.5 ранее) разъяснено (хотя и в связи с третейским соглашением, подчиненным Закону о третейских судах), что *никаких специальных или дополнительных полномочий для подписания арбитражного соглашения не требуется*. Вполне достаточно обычных полномочий по подписанию сделки от имени соответствующей стороны.

Другими основаниями для вывода о недействительности арбитражного соглашения в целом могут быть:

1. несоблюдение письменной формы арбитражного соглашения;
2. противоречие арбитражного соглашения нормам права, которыми регулируются вопросы действительности этого соглашения;
3. противоречие арбитражного соглашения истинным намерениям сторон.

---

<sup>316</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2007 г. № 15767/06.

Эти вопросы уже были проанализированы довольно подробно ранее в Главе 2 и в § 1.9, где речь шла об условиях, исключающих рассмотрение по существу государственным судом спора, в отношении которого имеется арбитражное соглашение. В российской практике такие основания используются весьма редко, как правило, в делах, связанных с арбитражными оговорками, которые одна из сторон считает не достаточно четко сформулированными.

Так, Президиум ВАС РФ своим Постановлением от 22 сентября 2009 г. № 5604/09 отменил решения нижестоящих арбитражных судов, отказавших в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в связи с якобы допущенной неточностью в наименовании институционального арбитражного органа. При этом высшая судебная инстанция приняла меры к установлению истинных намерений сторон при заключении арбитражной оговорки:

«Между тем, по существу, суд первой инстанции отказал в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения по формальному основанию несовпадения наименования иностранного арбитража, указанного в арбитражной оговорке, с наименованием международного арбитражного суда, вынесшего решение, и применения последним при рассмотрении спора правил своего Регламента.

<...>

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 любого 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 то, 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».

Другим примером ссылки на недействительность арбитражного соглашения может служить дело о приведении в исполнение решения МКАС при ТПП РФ, вынесенного по

иску голландской компании Baker Hughes B.V. к ЗАО «Назымская нефтегазоразведочная экспедиция». Ответчик просил в удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа отказать, в частности, потому, что, по его мнению,

«...с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда обратилось ненадлежащее лицо – компания с ограниченной ответственностью "Бейкер Хьюз Б.В.". Между тем, решение от 12.02.2010, на которое ссылается заявитель и во исполнение которого принято определение о выдаче исполнительного листа, вынесено в пользу компании "Baker Hughes B.V.". Договор подряда, содержащий третейскую оговорку, является незаключенным. Соответственно, третейское соглашение, содержащееся в незаключенном договоре, также не является заключенным».

Все эти аргументы государственные суды отвергли, указав следующее:

«Наименования Компания с ограниченной ответственностью "Бейкер Хьюз Б.В." и компания "Baker Hughes B.V." являются названиями одной и той же компании, что следует из уставных и регистрационных документов истца.

<...>

Таким образом, названия "Baker Hughes B.V." и "Бейкер Хьюз Б.В." относятся к одному юридическому лицу, созданному и зарегистрированному по законодательству Нидерландов, организационно-правовая форма юридического лица – компания с ограниченной ответственностью.

В кассационной жалобе заявитель также ссылается на то, что договор подряда и оказания услуг № 706003 от 04.06.2007 является незаключенным и, как следствие, третейская оговорка, содержащаяся в тексте этого договора, также является незаключенной.

Суд кассационной инстанции находит указанный довод несостоятельным»<sup>317</sup>.

14 июня 2011 г. Президиум ВАС РФ рассмотрел дело о признании и приведении в исполнение арбитражного решения Международного Арбитражного Суда при Палате экономики Австрии от 19 августа 2009 г. по делу N SCH-5042 по иску компании HiPP GmbH & Co. Export KG к ООО «СИВМА. Детское питание» и ЗАО «СИВМА. Детское питание». До этого Арбитражный суд г. Москвы уже дважды отказывал истцу в приведении в исполнение этого решения, в том числе и по той причине, что у одного из ответчиков якобы отсутствовало с истцом надлежащим образом оформленное

<sup>317</sup> Постановление ФАС ЗСО от 19 июля 2010 г. по делу № А75-2898/2010.

арбитражное соглашение. Предлагая судебные акты нижестоящих арбитражных судов отменить и признать иностранное арбитражное решение, судьи ВАС РФ указали, что состав арбитража проверил наличие у него полномочий и посчитал, что арбитражное соглашение зафиксировано не только в договорах между истцом и ответчиками, но и совершением ответчиками в ходе разбирательства процессуальных действий, свидетельствующих о том, что они не возражали против рассмотрения спора в этом международном арбитраже:

«Помимо этого, арбитраж также установил, что общество и ЗАО "СИВМА", руководствуясь положениями статьи 14.4 Регламента арбитража, сообща назначили арбитражного судью и тем самым согласились, что настоящий правовой спор должен быть разрешен состоящей из трех арбитров судебной коллегией. Доводов относительно отсутствия у арбитража компетенции на рассмотрение спора по договору поручительства стороны не заявляли.

Из содержания материалов дела следует, что общество и ЗАО "СИВМА" принимали активное участие в рассмотрении спора в арбитраже Австрии: осуществляли выбор арбитра, представляли отзывы, доказательства и возражения по существу спора, заявляли различные ходатайства относительно арбитражного процесса, участвовали в судебных заседаниях.

Следовательно, стороны спора своими конклюдентными действиями, заключавшимися, в том числе, в подаче искового заявления, возражений на него, участии в судебных заседаниях, согласились на компетенцию арбитража Австрии. Письмом данного арбитража от 11.03.2010 также подтверждено, что Международный арбитражный суд при Палате экономики Австрии является единственным институциональным арбитражем в Австрии, компетентным рассматривать внешнеэкономические споры» (Определение ВАС РФ от 4 апреля 2011 г. № ВАС-1787/11 по делу № А40-4113/10-25-33).

Президиум ВАС РФ эти доводы поддержал и своим Постановлением от 14 июня 2011 г. № 1787/11 привел в исполнение иностранное арбитражное решение в соответствии с рекомендациями Определения ВАС РФ от 4 апреля 2011 г. № ВАС-1787/11. В ходе арбитража ответчики не заявили возражений против компетенции состава арбитража, и поэтому они утратили право на заявление соответствующих возражений на этапе приведения в исполнение арбитражного решения.

Совершенно обречены попытки доказывать прекращение действия арбитражного соглашения ссылками на расторжение или прекращение действия договора, в состав которого оно было включено. Об этом уже немало было сказано в § 2.3 при анализе автономности арбитражной оговорки. Приведем пример из судебной практики.

В своем Постановлении от 5 июля 2010 г. № КГ-А40/6408-10 ФАС МО, отменяя постановление апелляционной инстанции, решившей, что расторжение договора влечет за собой прекращение действия арбитражного соглашения, указал следующее:

«Признавая ошибочность ссылки первой инстанции на п. 5 ч. 1 ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, апелляционная инстанция указала, что избрание способа защиты является правом истца, что требования истца вытекают не из обязательственного отношения (из договора), а из вещного права, что арбитражная оговорка является одним из условий договора, который на момент обращения с настоящим иском в суд расторгнут, а в связи с тем, что договор расторгнут, условия, предусмотренные в нем, после расторжения, в частности правила о подсудности, неприменимы.

<...>

Апелляционная инстанция не руководствовалась принципом независимости (автономности) арбитражной оговорки, согласно которому расторжение или прекращение по иным основаниям договора, содержащего третейскую оговорку либо признание такого договора недействительным не влияют на действие и действительность третейской оговорки и не прекращают ее действие при отсутствии специального соглашения сторон об этом.

Вместе с тем, первая инстанция с достаточной полнотой установила обстоятельства дела, касающиеся взаимоотношений сторон договора от 21 мая 2007[ г.] № 01-К-2007, возникших при его исполнении.

Вывод первой инстанции о том, что заявленные истцом требования подлежат рассмотрению в избранном сторонами третейском суде, основаны на материалах дела.

Ни первая, ни апелляционная инстанци[и] не сделали основанных на законе выводов о том, что арбитражная оговорка недействительна, утратила силу или не может быть исполнена».

Отметим также, что в соответствии со всеми арбитражными регламентами возражения против компетенции состава арбитража должны заявляться без задержки, в

самом начале процесса. Аналогичные нормы мы находим в ст. 4 Закона о МКА (в общем виде) и в пунктах 1 и 2 статьи V Европейской Конвенции, согласно которым отвод арбитражного суда любой из сторон по неподсудности должен быть заявлен в арбитраже не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по существу дела, если этот отвод основывается на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения или утраты им силы; а если он основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, то как только будет поставлен в ходе арбитражного процесса вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Если возражение против компетенции состава арбитража не будет заявлено своевременно, прибегнуть к нему на этапе признания и приведения в исполнение арбитражного решения уже не удастся<sup>318</sup>.

Приведенные примеры демонстрируют, что российские государственные арбитражные суды постепенно приближаются к оценке арбитражных соглашений, принятой на Западе. Тем не менее, принимая во внимание, что знания российских судей в сфере арбитража пока далеки от уровня их западных коллег, обратим еще раз внимание на необходимость точной формулировки арбитражного соглашения, чтобы избежать проблем, описанных в § 2.8 ранее в деле ООО «АББ Электроинжиниринг»<sup>319</sup>.

И все-таки, несмотря на то что западные суды либеральнее российских подходят к вопросу о фиксации формы арбитражного соглашения, таковое соглашение все же должно существовать, иначе арбитраж превратится в пустую трату времени и денег. Доказательством этого несложного умозаключения может служить следующее дело из практики судов США.

Российский хоккейный клуб «Динамо» (Москва) пытался исполнить в США арбитражное решение, вынесенное Арбитражным комитетом Профессиональной хоккейной лиги (Россия), которым игроку российской сборной А.Овечкину запрещалось играть за любой клуб, кроме «Динамо». Американский Окружной суд округа Колумбия отказал в признании и приведении в исполнение на территории США этого арбитражного решения по той причине, что «Динамо» не смогло представить ему соответствующее требованиям ст. II Нью-Йоркской конвенции арбитражное соглашение, зафиксированное в письменной форме. Поэтому суд даже не счел необходимым изучать содержание

<sup>318</sup> См., напр., Постановление ФАС СЗО от 9 декабря 2004 года по делу № А42-4747/04-13.

<sup>319</sup> Постановление ФАС МО от 21 сентября 2009 г. № КГ-А40/9109-09.

вынесенного в России арбитражного решения (18 января 2006 г., гражданское дело № 05-2245). То, что российские арбитры посчитали документом, содержащим обязательную для исполнения арбитражную оговорку, было всего лишь письмом клуба «Динамо», адресованным г-ну Овечкину и содержащим оферту, которую он так и не акцептовал<sup>320</sup>. Разумеется, такая «односторонняя» корреспонденция не может считаться соответствующей правилам ст. II Конвенции, особенно если учитывать, что юристы г-на Овечкина всегда категорически возражали против наличия у Арбитражного комитета Профессиональной хоккейной лиги (Россия) права на рассмотрение этого спора.

В случаях, когда предмет спора или фактические обстоятельства дела являются особо сложными, у стороны, возражающей против приведения в исполнение решения международного арбитража по юрисдикционным основаниям (т.е. по основаниям, связанным с возражениями против компетенции состава арбитража), появляется возможность апеллировать к подп. «с» п. 1 ст. V Конвенции о том, что соответствующее арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения. Аналогичные нормы имеются и в подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА. Каждое арбитражное соглашение имеет определенный объем – описание спора (или чаще – споров), разрешить который уполномочиваются арбитры. Если решение арбитров выйдет за рамки данного объема, то такое решение не будет подлежать принудительному исполнению в соответствии с подп. «с» п. 1 ст. V Конвенции. Поэтому заявление о том, что предмет спора выходит за рамки объема арбитражной оговорки, является одним из весьма распространенных аргументов в практике применения Конвенции. Как правило, данный юрисдикционный аргумент впервые заявляется не на этапе приведения в исполнение или оспаривания арбитражного решения, а раньше, в ходе арбитражного разбирательства в числе возражений ответчика против исковых требований. Если арбитры с мнением ответчика не согласились, у него возникает возможность еще раз заявить такой аргумент о выходе арбитров за пределы арбитражного соглашения в ходе приведения в исполнение или оспаривания решения международного арбитража<sup>321</sup>.

В § 2.11 уже затрагивались проблемы *объема арбитражного соглашения*. Однако на этапе разрешения вопроса о направлении сторон в арбитраж в соответствии со ст. II

<sup>320</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXXI (2006), перевод см. // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 3. С. 118.

<sup>321</sup> Примером такого дела может служить процесс об отмене решения МКАС при ТПП РФ от 27 февраля 2010 по делу № 1/2009, см. Определение ВАС РФ от 14 февраля 2011 г. № ВАС-16822/10 и Постановление ФАС МО от 2 сентября 2010 г. по делу № А40-45179/10-25-296.

Конвенции (п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК) государственному суду, как правило, очень сложно установить, охвачены ли заявленные исковые требования объемом арбитражного соглашения: ведь исковые требования могут меняться по ходу арбитража и, более того, далеко не всегда в момент принятия государственным судом решения о направлении сторон в арбитраж исковые требования уже предъявлены. Как уже говорилось, в связи с существующей в мире практикой «проарбитражного» решения вопроса о направлении сторон в арбитраж на основании ст. II Конвенции (ст. 8 Закона о МКА), государственные суды, как правило, не отказывают арбитрам в возможности самим разрешить возражения такого рода.

Во всех типовых арбитражных оговорках, которые рекомендуются к применению специалистами, зафиксирован «широкий» охват споров, вытекающих из соответствующего договора, в том числе споров, касающихся его недействительности и ничтожности. Такой подход позволит рассматривать все споры, возникающие из правоотношения, в едином юрисдикционном органе – международном арбитраже. Если же сформулировать арбитражную оговорку нестандартным образом, «узко», получится, что часть споров должна рассматриваться государственными судами, а другая – арбитражем. Примером может служить соглашение, заключенное между российским и канадским предприятиями, в котором была закреплена передача в международный арбитраж лишь споров «по интерпретации условий этого соглашения или по ответственности сторон». В дальнейшем стороны заключили еще ряд документов, в том числе меморандум, в отношении действительности которого между ними возникли разногласия. Российская компания обратилась в государственный арбитражный суд с заявлением о признании меморандума незаключенным, канадская просила оставить иск без рассмотрения в связи с тем, что этот спор в соответствии с арбитражной оговоркой соглашения должен рассматриваться в международном арбитраже. Суд с этим доводом не согласился, указав, что

«арбитражная оговорка в соглашении от 24.11.93 касается только споров между сторонами «по интерпретации условий этого соглашения или по ответственности сторон». Поскольку по настоящему делу суд рассматривал спор о признании меморандума незаключенным, арбитражная оговорка, изложенная в соглашении от 24.11.93, не применима<sup>322</sup>».

---

<sup>322</sup> Постановление ФАС СЗО от 21 июня 2003 г. № А05-7905/01-515/23.

Чаще, однако, ссылки на то, что предмет спора не был охвачен арбитражным соглашением, оказываются безрезультатными. Примером может служить дело о приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма от 17 марта 2008 г. по делу № 087/2006 по иску Компании «Эрик Ван Эгераат Ассошиейтед Архитектс Б.В.» к ООО «Капитал Групп». Ответчик возражал против этого, в частности, со ссылкой на то, что состав арбитража при вынесении решения якобы рассмотрел ряд вопросов, не подпадающих под действие арбитражной оговорки.

ФАС МО в своем Постановлении от 27 августа 2009 г. № КГ-А40/8155-09 дал этим аргументам следующую оценку:

«Данный довод ООО «Капитал Групп» не соответствует содержанию арбитражной оговорки, предусмотренной пунктом 8 Соглашения от 05.09.2003 г., в соответствии с которым любой спор, конфликт или претензия, возникающий на основании или в связи с настоящим Соглашением, либо вопросы нарушения, прекращения действия или действительности данного Соглашения подлежат окончательному разрешению сторонами посредством третейского разбирательства в соответствии с Регламентом Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма.

В Соглашении содержится так называемая «широкая» арбитражная оговорка, содержание которой свидетельствует о том, что между сторонами была достигнута договоренность о передаче на рассмотрение арбитража широкого круга споров, возникающих на основании или в связи с Соглашением, действие арбитражной оговорки распространяется на требование истца по оплате дополнительных работ на основании явной и тесной связи этих требований с Соглашением от 5 сентября 2003 г. Следовательно, Институт ТПС обладал компетенцией по рассмотрению требований Истца по оплате дополнительных работ».

Применение в контракте стандартной арбитражной оговорки Арбитражного института ТПС оказалось достаточным, чтобы исключить возможность отказа в приведении в исполнение иностранного решения со ссылкой на вынесение решения, не подпадающего под условия арбитражного соглашения.

Описано всего несколько случаев, когда государственные суды использовали конструкцию нормы подп. «с» п. 1 ст. V Конвенции и исполняли арбитражное решение только частично, отказывая в приведении в исполнение постановлений арбитров по вопросам, которые, по мнению суда, выходили за пределы арбитражного соглашения. Автору неизвестно ни одного такого случая в СССР или Российской Федерации, а за

рубежом, в силу того что там сложилась практика в пользу исполнения иностранных решений, суды стараются по возможности не подвергать ревизии вывод арбитров о наличии у них юрисдикции по вынесению постановлений, включенных в арбитражное решение<sup>323</sup>. Причиной такой судебной практики является не в последнюю очередь высокая квалификация юристов, обычно выступающих в качестве арбитров в делах, связанных с международным коммерческим арбитражем.

Тем не менее недавно Арбитражный суд г. Москвы (Определение от 19 октября 2010 г. по делу № А40-32062/10-50-228) и ФАС МО (Постановление 10 февраля 2011 г. № КГ-А40/17062-10) отменили решение, вынесенное МКАС при ТПП РФ 29 декабря 2009 г. по делу № 134/2008 по спору между компанией «Афро-Азия Консалтинг Инк.», зарегистрированной на Британских Виргинских островах, и гражданином Германии Фриеделем Герхардом Вилмсом, которым в удовлетворении иска было отказано, именно со ссылкой на то, что арбитры рассмотрели спор, не предусмотренный арбитражной оговоркой. По мнению судей государственных арбитражных судов,

«МКАС при ТПП РФ вышел за пределы своей компетенции, рассмотрел и сделал вывод по правоотношениям, не предусмотренным третейским соглашением и не подпадающим под его условия».

Поводом для такого вывода послужило умозаключение о том, что состав арбитража посчитал действие договора продленным, в то время как судьи государственных судов, пересмотрев существо решения третейского суда, посчитали (вслед за истцом, аффилированным лицом одного из российских олигархов, проигравшим дело в арбитраже и добившимся отмены решения МКАС при ТПП РФ в государственных судах – Арбитражном суде г. Москвы и ФАС МО), что срок действия договора истек. По сути, речь шла *не о выходе состава арбитража за рамки своей компетенции, а о пересмотре государственными судами существа арбитражного решения* (о недопустимости такого пересмотра см. подробнее в § 5.8 далее) – арбитры сочли, что действие договора было продлено и ответчик исполнил все обязательные для него поручения истца, в то время как истец полагал, что действие договора было прекращено и его указания остались неисполненными. Ссылка на выход арбитрами за рамки своей компетенции представляла лишь неуклюжую попытку «замаскировать» ревизию существа арбитражного решения ссылкой на юрисдикционное основание для его отмены. Эта судебная ошибка была

---

<sup>323</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. VI. P. 237–247; Yearbook Commercial Arbitration. Vol. VII. P. 382–388.

исправлена Президиумом ВАС РФ, который отменил оба акта государственных судов и в удовлетворении заявления об отмене решения МКАС при ТПП РФ отказал (Постановление Президиума ВАС РФ от 18 октября 2011 г. № 6478/11<sup>324</sup>).

Тем не менее иногда оспаривание арбитражного решения со ссылкой на выход арбитров за пределы арбитражного соглашения оказывается успешным. В 2010 г. арбитражный суд г. Москвы и ФАС МО отменили Решение МКАС при ТПП РФ от 27 февраля 2010 г. по делу № 1/2009. Эти судебные акты не были переданы в Президиум ВАС РФ для надзорного рассмотрения, при этом тройка судей ВАС указала следующее:

«судами правомерно сделан вывод о том, что МКАС при ТПП РФ, рассматривая вопросы, касающиеся банковских гарантий, выданных итальянскими банками в пользу компании, вышел за пределы арбитражного соглашения, содержащегося в договоре субподряда, а также, не учитывая специфику данных гарантий, рассмотрел спор о правах третьих лиц, не являющихся участниками этого соглашения»<sup>325</sup>.

Контрольные вопросы к § 5.3.

1. Какие полномочия требуются для подписания арбитражного соглашения?
2. Какому праву подчинено арбитражное соглашение, а какому – вопрос о полномочиях на его подписание?
3. Будет ли действительна арбитражная оговорка, включенная в договор, признанный ничтожным или незаключенным?

---

<sup>324</sup> Нельзя не отметить, что аргументация тройки судей ВАС, приведенная в Определении ВАС РФ от 27 июня 2011 г. № ВАС-6478/11, на основании которого это дело было передано в порядке надзора в Президиум ВАС РФ, с академической точки зрения носила весьма спорный характер. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 октября 2011 г. № 6478/11, в отличие от этого Определения, находится совершенно в русле «проарбитражной» судебной практики: им разъяснено, что срок действия договора, заключенного между нерезидентами по нероссийскому праву, мог быть продлен без подписания формального дополнения к нему, и поэтому спорные отношения, рассмотренные МКАС при ТПП РФ, входили в компетенцию состава арбитража. Президиум еще раз обратил внимание нижестоящих судов на недопустимость пересмотра существа арбитражного решения, допущенного в этом деле судами первой и кассационной инстанции (которые пытались проверить соответствие решения МКАС при ТПП РФ воле сторон сделки).

<sup>325</sup> Определение ВАС РФ от 14 февраля 2011 г. № ВАС-16822/10.

*§ 5.4. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, связанные с процессуальными недостатками при проведении арбитражного разбирательства*

Статьей V Конвенции и ст. 36 Закона о МКА, помимо юрисдикционных возражений против приведения в исполнение решений международных арбитражей, предусмотрены также возражения, связанные с *процессуальными недостатками при проведении арбитражного разбирательства* (подп. «b» и «d» п. 1 ст. V, подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА). Аналогичные возражения перечислены также в подп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА как основания для отмены решения международного коммерческого арбитража, вынесенного в России. Эти возражения можно сгруппировать следующим образом:

- ▶ 1. сторона, против которой вынесено арбитражное решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве;
- ▶ 2. сторона, против которой вынесено арбитражное решение, по другим причинам не могла представить свои объяснения;
- ▶ 3. состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или при отсутствии такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж.

Следует обратить особое внимание на то, что отказ стороны от участия в арбитражном разбирательстве, о котором она была надлежащим образом уведомлена, не препятствует рассмотрению дела в ее отсутствие. Статья IV Европейской конвенции, а также ряд национальных законов о международном коммерческом арбитраже (в частности, ст. 25 Закона о МКА) содержат нормы, призванные воспрепятствовать недобросовестному ответчику, игнорирующему уведомления об арбитраже, о формировании состава арбитров и проведении слушаний, вправе впоследствии сослаться на нарушение его процессуальных прав. Аналогичные нормы есть в регламентах всех институциональных арбитражей (см., например, п. 4 § 32 Регламента МКАС при ТПП РФ) и в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (см. п. 2 и 3 ст. 30 редакции 2010 г.). Таким образом, ответчик, который просто отказывается воспользоваться своим правом на участие в арбитраже и оспаривание выдвинутых против него аргументов, не только не затрудняет процессуальное положение истца, но, напротив, облегчает ему задачи по ведению арбитражного дела (об этом см. подробнее в § 3.5 ранее).

Тем не менее как показывает опыт автора, многие российские организации, сталкиваясь с предъявлением против них исков в международный коммерческий арбитраж, особенно зарубежный, делают вид, будто они не получили соответствующие уведомления или не поняли их содержания (эти уведомления составляются, как правило, не на русском языке). Поскольку арбитры (а вслед за ними и государственные суды) достаточно неформально подходят к анализу доказательств о вручении ответчику уведомлений об арбитраже, такая политика вряд ли может принести успех. Стороне, против которой было возбуждено арбитражное разбирательство, целесообразнее воспользоваться всеми преимуществами, связанными с участием в деле (такими, как право на назначение арбитра, на выдвижение юрисдикционных возражений и возражений по существу спора, см. об этом подробнее Главу 3), нежели пытаться доказать, что ни одно из многочисленных уведомлений не было ей доставлено. Более того, внезапное изменение адреса не освобождает добросовестного участника внешнеэкономических отношений от обязанности проинформировать партнеров о своем новом местонахождении.

В то же время истцу, встретившемуся с нежеланием ответчика участвовать в арбитражном разбирательстве, следует заранее позаботиться о фиксации доказательств доставки ответчику всех уведомлений, связанных с арбитражем. Нельзя возлагать ответственность за доставку (или недоставку) уведомлений только на курьерские службы, даже если это всемирно известные почтовые компании. В литературе описаны многочисленные случаи, когда доставка соглашений по адресу, оказывающемуся «абонентским ящиком» или офисом, откуда ответчик давно переехал, приводила к невозможности приведения в исполнение вынесенных арбитражных решений (см. примеры таких дел, рассмотренные выше в § 3.5). Кроме того, государственный суд, рассматривающий заявление о приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража, может подходить к вопросу о доставке уведомлений более консервативно, нежели арбитры. Поэтому для доставки уведомлений стороне, которая может недобросовестно уклониться от их получения, а потом сослаться на это, возражая против признания и исполнения иностранного арбитражного решения, целесообразнее сразу воспользоваться услугами местных юристов, которые потом смогут либо дать свидетельские показания о доставке уведомления, либо с самого начала оформят доставку уведомления таким образом, что недобросовестный ответчик лишится возможности сослаться на свое незнание о проведении арбитража.

Упомянутое в § 3.5 Постановление Президиума ВАС РФ от 22 февраля 2005 г. № 14548/04 по делу № А40-47341/03-25-179, положенное в основу п. 23 Информационного письма № 96, стало одним из первых прецедентов, разъяснивших российским компаниям ошибочность тактики, основывающейся на уклонении от участия в арбитражном разбирательстве. Тем не менее даже спустя многие годы после этого разъяснения высшей судебной инстанции, многие российские ответчики продолжают рассчитывать на то, что им удастся убедить судью государственного арбитражного суда в том, что они не ведали о том, что против них был подан иск. Рассмотрим несколько примеров из недавней судебной практики.

Фирма «М.С.И. Фертрибс ГмбХ» (M.S.I. Vertriebs GmbH) обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об отмене решения МКАС при ТПП РФ от 29 декабря 2007 г. по делу № 76/2007, согласно которому удовлетворен иск ЗАО «Евроэкспо» к этой фирме о взыскании задолженности.

Заявление мотивировано тем, что ответчик не был надлежащим образом извещен о времени и месте третейского разбирательства. Арбитражные суды двух инстанций в удовлетворении заявления отказали, причем Постановление ФАС МО от 24 сентября 2008 г. № КГ-А40/6326-08 разъяснило следующее:

«В ходатайстве, направленном ответчиком в МКАС при ТПП РФ, им указан адрес, по которому его следует извещать о времени и месте разбирательства. Извещение о слушании от 29 декабря 2007 г. было направлено ответчику по указанному им адресу посредством UPS-почты. В материалах дела № 76/2007 имеется уведомление о вручении извещения ответчику 16 ноября 2007 г., то есть заблаговременно до даты слушания.

Ответчик по третейскому разбирательству утверждает, что лицо, расписавшееся за получение извещения о времени и месте слушания от 29 декабря 2007 г., не имеет отношения к Фирме М.С.И. Фертрибс ГмбХ (M.S.I. Vertriebs GmbH), вследствие чего ответчик не может считаться надлежащим образом извещенным о времени и месте слушания дела.

Вопреки указанному доводу, на уведомлении о получении извещения стоит подпись лица по фамилии Ш. Данная фамилия принадлежит не только руководителю Фирмы М.С.И. Фертрибс ГмбХ (M.S.I. Vertriebs GmbH), но и нескольким работникам данной фирмы. Указанное обстоятельство не опровергнуто ответчиком в кассационной жалобе.

Исходя из изложенного, суд кассационной инстанции, соглашаясь с выводом суда первой инстанции, считает, что третейский суд предпринял необходимые и требовавшиеся от него меры по извещению ответчика о времени и месте судебного заседания, на основании чего суд кассационной инстанции приходит к выводу об отсутствии оснований для отмены решения МКАС при ТПП РФ от 29 декабря 2007 г., предусмотренных ст. 233 АПК РФ, пп. 1 п. 2 ст. 34 Федерального закона "О международном коммерческом арбитраже"».

В самом деле, если при доставке документов в офис ответчика их принимают неуполномоченные лица, то такое положение дел с документооборотом свидетельствует о злонамеренности или просто беспорядке в таком офисе, но отнюдь не о вине международного арбитража в неуведомлении ответчика. Разумеется, вручая документы в офисе компании сотруднику, который расписывается в их получении, курьер или почтальон не должен требовать доверенность, уполномочивающую такое лицо осуществлять прием документов.

Постановлением ФАС ВВО от 1 марта 2010 г. по делу № А17-2815/2009 оставлено без изменений Определение Арбитражного суда Ивановской области об удовлетворении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения МКАС при ТПП РФ, принятого 9 апреля 2009 г. по делу № 64/2008 по иску Акционерного общества «Бюро исследований, проектов и реализации "Энергопроект-Катовице"» к обществу с ограниченной ответственностью «ДСК-Стройсервис». Ответчик возражал против выдачи исполнительного листа, ссылаясь на то, что не был должным образом уведомлен МКАС при ТПП РФ о проведении арбитражного разбирательства. Кассационная инстанция этот аргумент полностью отвергла, указав следующее:

«МКАС при ТПП РФ при рассмотрении дела № 64/2008 не допустил ненадлежащего уведомления должника об избрании (назначении) третейских судей.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" и пунктами 3 и 6 параграфа 16 Регламента МКАС при ТПП Российской Федерации любое письменное сообщение считается полученным, если оно направлено заказным письмом по последнему известному почтовому адресу или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения.

Согласно пункту 4 параграфа 32 Регламента МКАС при ТПП Российской Федерации неявка стороны, надлежащим образом извещенной о времени и месте

слушания, не препятствует разбирательству дела и вынесению решения, если только неявившаяся сторона не заявила заблаговременно и в письменной форме ходатайство об отложении слушания дела по уважительной причине.

Следовательно, направляя корреспонденцию Обществу по адресу, имеющемуся в материалах дела, МКАС при ТПП РФ действовал правильно и Общество было не лишено возможности представить суду свои объяснения и доказательства. Однако вследствие необеспечения того, чтобы корреспонденция, направляемая в его адрес, была получена им, Общество не принимало участия в судебном процессе».

Иными словами, *именно ответчик* должен был доказать, что его не уведомили о проведении арбитража, однако он этого не сделал, просто пожаловавшись на то, что документы из МКАС при ТПП РФ он якобы не получил. В самом деле, доказать факт неуведомления очень непросто, и в этом состоит дополнительное процессуальное бремя доказывания, возложенное на сторону, проигравшую международный арбитраж.

Постановлением Президиума ВАС РФ от 20 января 2009 г. № 10718/08 по делу № А40-31732/07-30-319 были отменены решения арбитражных судов двух инстанций об отказе в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного Лондонским международным третейским судом 23 марта 2007 г. по делу № 6803, обязывающего закрытое акционерное общество «Глобалстар – Космические Телекоммуникации» выплатить компании Loral Space & Communications Holdings Corporation определенную денежную сумму. Отказ в приведении в исполнение решения ЛМТС был основан на том, что судьи Арбитражного суда г. Москвы и ФАС МО посчитали, что ответчик получил уведомление о проведении арбитражного слушания 5 февраля 2007 г. лишь 31 января 2007 г., что лишило его возможности послать своего представителя для участия в устном слушании. Президиум ВАС с таким подходом не согласился:

«При оценке факта уведомления, состоящего из нескольких документов, направленных в разное время, необходимо установить, насколько заблаговременно были сообщены стороне третейского разбирательства те конкретные сведения, на несвоевременность получения которых она ссылается как на основание своего заявления о недолжном уведомлении о третейском разбирательстве.

Между тем судами установлено, что о проведении окончательного слушания дела в Лондоне 05/06.02.2007 в месте, подлежащем согласованию сторонами, третейский суд известил общество факсимильным сообщением от 09.11.2006 и в

дальнейшем подтвердил эту дату факсимильными сообщениями от 14.12.2006 и 03.01.2007 (пункты 36, 45 и 46 решения третейского суда).

Получение указанных сообщений общество [ответчик. – *Б.К.*] не отрицало.

<...>

Учитывая, что стороны разбирательства не согласовали конкретный адрес его проведения в Лондоне, третейский суд определил его сам на основании пункта 16.1 Регламента, о чем 15.01.2007 известил стороны факсимильным сообщением.

Последнее письмо, направленное обществу третейским судом 25.01.2007 факсимильным сообщением и курьером, содержало дату и час начала, а также почтовый адрес места проведения слушания в Лондоне.

Арбитражные суды сочли, что надлежащим извещением является лишь это письмо, полученное обществом 31.01.2007, поскольку только в нем одновременно были указаны все необходимые сведения.

Однако такой вывод является неправильным. В письме от 25.01.2007, по существу, продублированы сведения, ранее уже сообщавшиеся обществу.

Место проведения третейского разбирательства в Лондоне было согласовано сторонами спора 14.09.2000 при заключении договора займа и подтверждено третейским судом в факсимильном сообщении от 09.11.2006. В нем же указана и дата слушания дела – 05/06.02.2007.

Следовательно, третейский суд уведомил общество о времени и стране проведения третейского разбирательства почти за три месяца до его начала, что является достаточным сроком для обращения за визой представителями общества, чье участие предполагалось в устных слушаниях.

Неуказание в факсимильном сообщении от 09.11.2006 часа, с которого начинается слушание дела, а также конкретного адреса его проведения в Лондоне не может рассматриваться в качестве юридически значимых сведений для целей оформления визы и ввести общество в заблуждение относительно сроков и страны получения визы его представителями».

На этом примере видно, что Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ гораздо менее склонен доверять жалобам российских ответчиков на то, что их не уведомили о проведении арбитража, нежели это делают судьи арбитражных судов нижестоящих инстанций.

Вот другой пример, в котором судьи ВАС РФ исправляют ошибку коллег в отношении оценки имеющихся в деле доказательств уведомления российского ответчика о проведении арбитража за рубежом:

«Отказывая в удовлетворении ходатайства о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, нижестоящие суды исходили из того, что компания не предоставила предусмотренного Договором между Российской Федерацией и Республикой Индией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и торговым делам 2000 года доказательства вступления арбитражного решения в законную силу. Кроме того, суды обосновывали необходимость направления извещений об арбитраже в порядке, предусмотренном указанным международным договором.

Поскольку международный коммерческий арбитраж является альтернативной формой разрешения гражданско-правовых споров, основанной на договоре, его решения не могут вступать в законную силу. Согласно подпункту «е» пункта 1 статьи V Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (г. Нью-Йорк, 1958; далее – Конвенция) одним из оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения может являться тот факт, что 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. Данное основание применяется по заявлению стороны и подлежит доказыванию.

Подобных доказательств в материалах дела не содержится.

Нижестоящие суды также не учли того обстоятельства, что упомянутый двусторонний договор о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и торговым делам направлен на создание механизма сотрудничества лишь государственных судов и органов юстиции, юрисдикция которых ограничивается территорией соответствующего государства и к которым арбитраж не относится.

Порядок извещения сторон о дате и месте арбитражного разбирательства регулируется соглашением сторон, а также законодательством государства места арбитража и государства места последующего исполнения арбитражного решения в части соблюдения фундаментальных процессуальных гарантий участвующих в арбитражном разбирательстве лиц.

Пунктом 15 контракта предусмотрено, что все связанные с ним уведомления должны передаваться по почте, по телексу, по факсу с письменным подтверждением получения. В пункте 1.3 контракта стороны договорились осуществлять переписку и составлять документы на английском языке. Материалы дела свидетельствуют о том, что предусмотренный контрактом порядок извещения был компанией соблюден.

Таким образом, довод судов о несоблюдении официального порядка извещения общества о дате и месте арбитражного разбирательства в качестве одного из оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения является необоснованным» (Определение ВАС РФ от 25 июля 2011 года № ВАС-6857/11 по делу № А73-12888/2009<sup>326</sup>).

Действительно, нормы международных договоров, связывающих Россию и другие государства, не касаются того, как и каким образом следует уведомлять ответчика о проведении арбитража за пределами России: этот вопрос регулируется положениями соответствующих контрактов, арбитражных регламентов и законодательства о международном арбитраже, которому подчинена арбитражная оговорка, и бремя доказывания факта неуведомления ответчика в соответствии с п. 1 ст. V Конвенции лежит на самом ответчике.

В недавней российской судебной практике имело место дело, в котором ответчик активно участвовал в третейском разбирательстве, его представитель присутствовал и поддерживал позицию своего доверителя в ходе заседания третейского суда, но потом (после того, как иск был третейским судом удовлетворен), ответчик стал возражать против выдачи исполнительного листа на приведение в исполнение решения третейского суда со ссылкой на то, что его якобы не уведомили о проведении третейского разбирательства. Это было дело индивидуального предпринимателя Моисеевой против ЗАО «Тандер», о котором уже шла речь в § 2.5. Самое удивительное, что государственные арбитражные суды двух инстанций с такой очевидно недобросовестной позицией ответчика согласились, указав, что извещения о третейском разбирательстве были направлены по месту расположения структурного подразделения общества при отсутствии у его руководителя полномочий представлять интересы юридического лица в третейском суде и, кроме того, в заседании третейского суда принимало участие лицо, не

---

<sup>326</sup> Отметим, что сделав правильные выводы по поводу ошибок нижестоящих судов в отношении уведомления ответчика, тройка судей ВАС все-таки поддержала вердикт нижестоящих судов о том, что приведение в исполнение этого арбитражного решения приведет к нарушению публичного порядка. По нашему мнению, это была судебная ошибка, так как размер процентов годовых, взысканных в этом решении, соответствовал уровню инфляции в Индии.

имевшее должным образом оформленных правомочий на представление интересов ответчика в третейском суде.

Президиум ВАС РФ своим Постановлением от 25 октября 2011 г. № 18613/10 решения нижестоящих судов отменил и поручил выдать исполнительный лист на приведение в исполнение решения третейского суда. Президиум указал, что получение директором Ульяновского филиала ЗАО «Тандер» уведомлений из третейского суда должно рассматриваться как получение уведомлений самим обществом, а дефекты доверенности, выданной этим директором представителю ЗАО «Тандер», участвовавшему в процессе третейского разбирательства, не ставят под сомнение то, что ответчик должным образом воспользовался своим правом на защиту.

Как и в другом Постановлении Президиума ВАС РФ по делу ЗАО «Тандер», о котором шла речь ранее в § 2.5, в этом деле был создан важнейший прецедент, закрепляющий *принцип добросовестности поведения ответчика*. Ответчик не может сперва полностью воспользоваться возможностью представления своей защиты, и, лишь проиграв дело, начать жаловаться на то, что, оказывается, он не был надлежащим образом уведомлен, не был надлежащим образом представлен, не мог защищаться и т.п. Поэтому данное дело, хотя и рассмотренное в рамках Закона о третейских судах, имеет огромное значение и для изучения возражений против приведения в исполнение решений международных коммерческих арбитражей. Отметим также, что в Законе о третейских судах нет нормы, в полном объеме воспроизводящей норму ст. 4 Закона о МКА, поэтому это дело ЗАО «Тандер» стало камнем преткновения для государственных арбитражных судов двух инстанций.

Тем не менее дел, в которых в приведении в исполнение в России решений международных арбитражей отказывают со ссылкой на неуведомление ответчика по-прежнему много. В качестве таких последних негативных примеров можно привести постановления ФАС СЗО от 2 декабря 2008 г. по делу № А21-8346/2007, ФАС СЗО от 13 марта 2009 г. по делу № А21-8497/2008, ФАС ДВО от 18 марта 2009 г. № Ф03-5393/2008, ФАС СКО от 14 сентября 2009 г. по делу № А01-342/2009, ФАС ДВО от 5 мая 2010 г. № Ф03-1364/2010. Все это ставит перед арбитрами международных арбитражей с участием российских ответчиков задачу по особо тщательному следованию рекомендациям, изложенным в § 3.5 ранее (особенно в части получения выписки из ЕГРЮЛ). Кроме того, следует рекомендовать *истцам* собирать доказательства, связанные с доставкой ответчикам в России уведомления о проведении арбитража и участием

ответчиков в разбирательстве без заявления возражений о нарушении их процессуальных прав. Даже если в нарушение нормы Конвенции и Закона о МКА о распределении бремени доказывания процессуальных нарушений, допущенных в ходе арбитража, суд примет доказательства того, что ответчик своевременно получил информацию о проведении международного арбитражного разбирательства, именно от истца, все равно это поможет истцу добиться своей цели – приведения в исполнение арбитражного решения на территории России<sup>327</sup>.

После принятия в 2013 году Информационного письма № 156 ошибок судов в этой области должно стать меньше. Пункт 4 этого письма четко разъясняет, что нарушение порядка уведомления стороны об арбитражном разбирательстве не является нарушением публичного порядка, и бремя доказывания факта неуведомления о процессе *лежит именно на ответчике, против которого вынесено арбитражное решение*. Попутно закреплено, что уведомление, доставленное по юридическому адресу российской компании, всегда будет считаться надлежащим. Хотя вопрос о надлежащем уведомлении российского ответчика и не относится напрямую к публичному порядку, закрепление на уровне информационного письма Президиума ВАС РФ западного подхода к норме о ссылке на отсутствие надлежащего уведомления ответчика должно сыграть важную роль в совершенствовании отечественной судебной практики по подп. «b» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции. Отметим также, хотя процессуальные вопросы признания и приведения в исполнение и оспаривания арбитражных решений не регулируются ГК РФ, с 1 сентября 2013 года в нем появилась норма, близкая норме п. 1 ст. 3 Закона о МКА, в соответствии с которой предусматривается, что

«Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним»<sup>328</sup>.

Так что попытки российских ответчиков прятаться от контрагентов или не пускать курьеров в офис, наверное, уйдут в прошлое, так как в российском материальном праве возникла презумпция ответственности адресата за создание препятствий в доставке ему юридически значимых сообщений.

<sup>327</sup> В качестве примера правильности такого подхода к делу со стороны ответчика см. Постановление ФАС СЗО от 9 декабря 2004 года по делу № А42-4747/04-13.

<sup>328</sup> Федеральный закон Российской Федерации от 7 мая 2013 года № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации», статья 165<sup>1</sup> ГК РФ.

Критические выводы о том, что российские государственные суды иногда нарушают нормы Конвенции и Закона о МКА о распределении бремени доказывания процессуальных нарушений, допущенных в ходе арбитража, отнюдь не должны рассматриваться в качестве декларации того, что международные арбитражи всегда правильно уведомляют ответчиков. Приведем противоположный пример из Постановления ФАС СКО от 12 февраля 2007 г. по делу № А21-4111/2006:

«Судом установлено, что при рассмотрении дела в Международном арбитражном суде при Белорусской торгово-промышленной палате ответчик не присутствовал. Иностранный суд направил извещение о месте и дне судебного разбирательства по адресу ответчика, указанному в фирменных бланках Общества. В качестве доказательства надлежащего извещения должника иностранный суд принял уведомление, из которого следовало, что извещение российской стороне было направлено по адресу: Российская Федерация, г. Гвардейск Калининградской области, ул. Красноармейская, 28. Иностранный суд [речь идет о МКАС при ТПП Белоруссии. – Б.К.] сделал вывод о надлежащем извещении российского ответчика по последнему известному местонахождению и возможности рассмотрения дела без его участия.

Вместе с тем, арбитражным судом установлено, что юридическим адресом ответчика является следующий: Российская Федерация, г. Калининград, ул. Яналова, 42. Такой же адрес Общества указан и в контракте, спор из которого рассматривался Международным арбитражным судом при Белорусской торгово-промышленной палате. По названному адресу извещение ответчику не направлялось.

При таком положении суд пришел к правильному выводу о том, что в данном случае Общество не имело возможности узнать о месте и дне судебного разбирательства и принять в нем участие».

Действительно, при таких обстоятельствах вряд ли ответчик может считаться уведомленным надлежащим образом, причем ошибку допустил именно МКАС при ТПП Белоруссии, а российские судьи применили Конвенцию правильно. Другим аналогичным примером может послужить Постановление ФАС СЗО от 12 сентября 2007 г. по делу № А21-1267/2007, когда ошибку допустили арбитры, рассматривавшие спор на территории Литвы.

Несомненно положительной оценки заслуживает дело из практики ФАС ДВО, в котором государственные суды совершенно справедливо отвергли обвинение ответчика в

том, что ему не направлялись уведомления в соответствии с процедурой, предусмотренной Гаагской конвенцией 1965 г. о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам:

«Признавая извещение ЗАО «Трансморепродукт» об арбитражном разбирательстве указанными способами надлежащим, суд первой инстанции исходил из того, что Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, а также иными международными договорами с участием России и США не установлен особый порядок извещения сторон третейского разбирательства о рассмотрении дела.

В то же время пунктами 5.3, 5.9 соглашения о продажах и пунктами 7.3, 7.9 агентского контракта от 22.04.2003 стороны предусмотрели возможность вручения документов в соответствии с применяемым законодательством, а именно: Мандатным Арбитражным законодательством и законодательством штата Вашингтон, а также путем направления факса на последние деловые адреса сторон. Соблюдение указанного законодательства при извещении лиц о разбирательстве дела подтверждено приказом судьи Высшего суда Главного округа Сиэтл, Вашингтон, от 12.05.2004 о подтверждении решения от 26.04.2004.

Кассационная инстанция отклоняет довод заявителя жалобы о том, что указанные способы извещения не предусмотрены нормами Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Гаага, 1965 год). Нормы данной Конвенции применяются при рассмотрении гражданских и торговых дел государственными судебными органами и не регулируют вопросы извещения сторон арбитражного разбирательства»<sup>329</sup>.

От уведомления ответчика перейдем к анализу других процессуальных недостатков, которые, возможно, имели место в ходе арбитражного разбирательства. Весьма сложным оказывается анализ положений подп. «b» п. 1 ст. V Конвенции об отказе в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в случае, если ответчику не была предоставлена возможность «представить свои объяснения» (аналогичные нормы ст. 34 и 36 Закона о МКА допускают по таким основаниям отказ в выдаче исполнительного листа на исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории России, или его отмену). Как и в некоторых других статьях Конвенции, русский текст несколько отличается от английского, где речь идет о праве ответчика "to present its case", что было

<sup>329</sup> Постановление ФАС ДВО от 6 марта 2007 г. по делу № Ф03-А51/05-1/2006.

бы лучше перевести как право на «представление своей позиции», что несколько шире, нежели просто право на представление объяснений.

Положения Конвенции и Закона о МКА о праве стороны на представление своей позиции должны прежде всего учитывать арбитры при проведении арбитражного разбирательства, причем не только на этапе устного слушания, но и на этапе обмена письменными заявлениями. Иногда именно процессуальные решения арбитров приводят к тому, что сторона, проигравшая арбитраж, получает в свое распоряжение дополнительные аргументы против приведения в исполнение невыгодного для нее решения. Так, в литературе описан достаточно курьезный случай применения подп. «b» п. 1 ст. V Конвенции. В этом деле при рассмотрении встречных исков, поданных друг против друга иранской и американской компаниями, возник вопрос о доказывании объема денежных требований, которые заявляла американская компания. Данные требования должны были быть подтверждены копиями счетов, направленных американской компанией иранской, однако ввиду огромного количества таких счетов арбитры приняли решение о том, что вместо предъявления всех этих счетов американская компания предъявит арбитрам заключение известной аудиторской фирмы о том, какая сумма причитается американской компании по совокупности данных счетов. Такое заключение было представлено, но к этому моменту председатель арбитража был вынужден выйти из процесса и был заменен на другого юриста. Новый же председатель арбитража счел невозможным присудить американской компании требуемые ею суммы на основании лишь заключения аудиторской фирмы без изучения самих счетов, вследствие чего арбитры вынесли решение в пользу иранской фирмы. Однако американские суды отказались привести его в исполнение в США, сославшись на подп. «b» п. 1 ст. V Конвенции и справедливо указав, что непоследовательная позиция арбитров лишила американскую компанию возможности представить свою позицию в этом процессе<sup>330</sup>.

Иногда проигравшая арбитраж сторона получает возможность сослаться на подп. «b» п. 1 ст. V Конвенции не из-за действий арбитров, а ввиду чрезмерно сжатых сроков, установленных в арбитражном соглашении для проведения арбитражного разбирательства. Автору приходилось встречаться с арбитражными оговорками, которые требовали от сторон направления письменных исковых заявлений и отзывов на иск в течение десяти дней, в то время как спор шел о десятках миллионов долларов, взыскиваемых на основании анализа весьма сложных фактических обстоятельств. Для

---

<sup>330</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XVIII. P. 602.

того чтобы исключить возможность применения подп. «b» п. 1 ст. V Конвенции, арбитры в таких случаях обычно принимают решения о продлении сроков, предусмотренных арбитражным соглашением. При этом арбитры предоставляют всем сторонам возможность представить свою позицию, однако возникает риск того, что арбитражное разбирательство, проводимое с нарушением процессуальных сроков, закрепленных в арбитражном соглашении, будет признано не соответствующим соглашению сторон, что является основанием для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения по подп. «d» п. 1 ст. V Конвенции. Получается, что для того, чтобы не подвергнуть арбитражное решение риску отказа в приведении в исполнение по одному основанию, арбитры дают проигравшей стороне повод сослаться на другое основание, определенное Конвенцией.

Однако риск применения подп. «d» п. 1 ст. V Конвенции ниже, чем риск применения подп. «b» данного пункта. Это связано с тем, что хотя арбитры и обязаны руководствоваться процессуальными правилами, установленными соглашением сторон, такое соглашение прежде всего должно трактоваться государственными судами как средство достижения справедливого разрешения спора, а не как мертвая догма, процессуальные же решения арбитров, связанные с увеличением сроков, указанных в арбитражном соглашении, не могут толковаться как воспрепятствование сторонам в представлении позиции. Тем не менее арбитры должны предпринять все зависящее от них, чтобы соблюсти процессуальные сроки, закрепленные в соглашении сторон. Чтобы не создавать сложностей, сторонам рекомендуется не менять стандартные процессуальные сроки, закрепленные в регламентах известных институциональных арбитражей; тогда удастся избежать риска применения как подп. «b», так и подп. «d» п. 1 ст. V Конвенции.

Только в редких случаях государственные суды отказывают в признании и приведении в исполнение арбитражных решений по причине невозможности соблюдения сторонами процессуальных сроков. Например, известен случай, когда итальянские суды отказали в признании и приведении в исполнение в Италии арбитражного решения, вынесенного против итальянской фирмы, в связи с тем что ответчик не смог вовремя представить свои возражения на иск из-за землетрясения<sup>331</sup>. Тем не менее по опыту автора, можно сказать, что арбитры скорее пойдут на представление ответчику дополнительного времени для ответа на предъявленные против него требования, нежели

---

<sup>331</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. X. P. 462.

подвергнут свое решение риску отказа в признании и приведении в исполнение по подп. «b» или «d» п. 1 ст. V Конвенции.

Все процессуальные правила, закрепленные в арбитражном соглашении, должны соблюдаться в точности, иначе у проигравшей стороны возникнет дополнительный шанс воспрепятствовать приведению в исполнение вынесенного арбитражного решения. Например, американский суд отказал в приведении в исполнение арбитражного решения, сославшись на несоблюдение арбитражного соглашения в следующей ситуации: согласно арбитражному соглашению сторона имела право обратиться в государственный суд за помощью в назначении председательствующего арбитра только в случае, если двое назначенных сторонами арбитров не смогут избрать председателя состава арбитража. Но такое обращение последовало еще до того, как провал совместной попытки председателя двумя арбитрами был документирован и председатель был назначен судом. Апелляционный суд Второго округа США отказал в приведении в исполнение вынесенного таким арбитражем решения, сославшись на подп. «d» п. 1 ст. V Конвенции (т.е. на то, что была нарушена процедура арбитража, установленная арбитражным соглашением)<sup>332</sup>.

В целом, если арбитражное соглашение представляет собой типовую арбитражную оговорку и не содержит никаких необычных правил касательно процессуальных сроков и правил проведения арбитража, а также если не случилось никаких чрезвычайных событий, которые могли воспрепятствовать стороне в представлении позиции, вероятность успешной ссылки на процессуальные дефекты проведения арбитража, предусмотренные п. 1 ст. V Конвенции (а также подп. 1 п. 2 ст. 34 и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА), весьма невелика. Государственные суды принимают ссылки на такие положения Конвенции и Закона о МКА только в очевидных случаях, когда речь не идет об оправдании недобросовестной стороны, пытавшейся сорвать проведение арбитража<sup>333</sup>.

К тому же основанию для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения согласно Конвенции и Закону о МКА относится ситуация, когда один из арбитров был недостаточно независим, но остался в составе арбитража, несмотря на заявленный ему

---

<sup>332</sup> *HSN Capital LLC (US) v. Productora y Comercializador de Television, SA de CV (Mexico)* (2007) XXXII Yearbook Commercial Arbitration at 774, paras 3-7.

<sup>333</sup> Постановление ФАС МО от 18 сентября 2008 г. № КГ-А40/8586-08, согласившееся отменить решение МКАС при ТПП по причине якобы имевшего места несоблюдения процедуры рассмотрения дела, равно как и другие судебные акты об отмене решений МКАС при ТПП по искам Yukos Capital Sarl несомненно следует квалифицировать в качестве судебных ошибок. Следует также помнить, что решения международных арбитражей, отмененные по месту их вынесения без достаточных оснований, могут быть приведены в исполнение за рубежом, об этом см. § 5.10 далее.

отвод. Пункт 11 Информационного письма № 156 закрепляет, что раскрытие арбитром информации о том, что одна из сторон ранее в течение последних трех лет уже не раз избирала его арбитром, не повлечет за собой отказа в приведении в исполнение вынесенного впоследствии с его участием арбитражного решения. При этом пояснено, что если заинтересованное лицо не заявило арбитру своевременного отвода в связи с раскрытой информацией, то оно утратило право в дальнейшем ссылаться на такие обстоятельства. Соответствующие положения об утрате заинтересованным лицом права на заявление возражений по процессуальным вопросам мы найдем в регламентах всех ведущих арбитражных институций, в Регламенте ЮНСИТРАЛ и в статье 4 Закона о МКА.

#### Контрольные вопросы к § 5.4.

1. Должен ли взыскатель по делу о приведении в исполнение решения международного арбитража доказывать факт надлежащего уведомления должника о проведении арбитражного разбирательства?

2. В каком случае проигравшая арбитраж сторона имеет право ссылаться на то, что ей не была предоставлена возможность «представить свои объяснения» по существу дела?

#### *§ 5.5. Основания для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения, связанные с его оспариванием по месту его вынесения*

В соответствии с подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции государственный суд, рассматривающий ходатайство о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, может отказать в удовлетворении такого ходатайства, если это арбитражное 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». Аналогичное основание отказа в приведении в исполнение арбитражного решения есть и в подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, правда, там вместо термина «окончательный» используется термин «обязательный», но на самом деле никакого противоречия здесь нет, так как в английском первоисточнике обоих текстов используется один и тот же термин – “binding”. Как и все остальные основания для отказа в приведении в исполнение решения международного арбитража, предусмотренные п. 1 ст. V Конвенции и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, основания, установленные подп. «е»

данного пункта Конвенции, могут быть использованы только по заявлению стороны, возражающей против исполнения такого решения, но не по инициативе суда, причем суд может по своему усмотрению прислушаться к доводам, выдвигаемым стороной, которая ссылается на неокончательный характер арбитражного решения, а может и проигнорировать эти доводы и привести арбитражное решение в исполнение.

Решение, вынесенное арбитрами, формально может носить неокончательный характер только в случае, если по регламенту арбитража (или в соответствии с процедурой арбитража, установленной арбитражным соглашением) решение арбитров может быть обжаловано в другой орган, также являющийся третейским судом.

В настоящее время регламентами всех широко распространенных институциональных арбитражей (а равно и Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ – самым популярным регламентом арбитража *ad hoc*) не предусматривается возможность обжалования вынесенного арбитрами решения. Тем не менее арбитражные оговорки, принятые в некоторых узкоспециальных сферах бизнеса (на фондовых биржах, в морских портах), до сих пор предполагают возможность обжалования решения, вынесенного арбитрами «первой инстанции», в другой инстанции, также являющейся третейским судом. Разумеется, в арбитражном соглашении, заключенном сторонами, тоже может быть прямо указано на возможность обжалования вынесенного арбитрами решения в государственный суд (причем не только по общим основаниям, предусмотренным национальным законом страны, на территории которой было вынесено соответствующее решение, о чем речь пойдет ниже, но и по существу дела<sup>334</sup>), но право на обжалование арбитражного решения в государственном суде по существу спора лишает такое арбитражное решение практического смысла. Поэтому абсолютное большинство арбитражных соглашений, заключаемых в настоящее время, исходит из того, что решение, вынесенное арбитрами, не будет подлежать обжалованию и будет окончательным.

В § 4.4 были приведены примеры национальных законов о международном арбитраже, позволяющих сторонам арбитражного соглашения отказываться от права на оспаривание вынесенного арбитражного решения. В Законе о МКА такие положения пока отсутствуют (хотя и возможно их принятие в обозримом будущем), и поэтому в России формулировка арбитражного соглашения о том, что вынесенное арбитрами решение будет окончательным и подлежащим немедленному исполнению, как правило, пока не может помешать стороне, проигравшей арбитраж, попытаться обжаловать его в государственном

---

<sup>334</sup> Описание такого прецедента см.: *Redfern A., Hunter M. Op. cit. P. 612.*

арбитражном суде с целью добиться его отмены. Возможность такого обжалования достаточно ограничена, причем, подчеркнем, *государственный арбитражный суд может только отменить решение, вынесенное арбитрами на подведомственной суду территории, но не может изменить его*, так что вывод об окончательном характере вынесенного в России арбитражного решения не может быть поставлен под сомнение теоретической возможностью его обжалования.

В большинстве стран (например, в России, Швеции, Франции) вынесенное арбитрами решение не нуждается ни в каких дополнительных процедурах, которые подтвердят его окончательный характер. Но в некоторых странах для придания арбитражному решению окончательной силы требуется зарегистрировать его в местном суде; таково, например, требование, сформулированное в подп. «b» п. 1 ст. 1059 ГПК Нидерландов. Подобная регистрация (*deposition of award*), однако, не носит характера судебного процесса – это скорее технический акт, необходимый для придания решению арбитров большего веса<sup>335</sup>. Решение, прошедшее регистрацию, все равно может быть обжаловано в суде того государства, на территории которого оно было вынесено, в соответствии с местным законодательством, но такое обжалование представляет собой отдельное процессуальное действие, не связанное с регистрацией арбитражного решения.

Помимо проблемы «окончательности-обязательности» в связи с текстом подп. «e» п. 1 ст. V Конвенции и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА существует еще одна проблема, которая, к счастью, пока не стала поводом для неединообразной практики судов разных стран. Речь идет о том, что из текста этих актов следует, что арбитражное решение может быть отменено не только государственным судом («компетентной властью», как указано в Конвенции, или «судом», как указано в Законе) страны, где оно было вынесено, но и судом страны, «закон которой применяется» (как указано в Конвенции) или «в соответствии с законом которой [страны] оно было вынесено (как указано в Законе). На первый взгляд может показаться, что на основании этого положения Конвенции возникает дополнительная возможность для оспаривания арбитражного решения, причем не только в той стране, где оно было вынесено, но и в стране, чье право применялось для разрешения спора. На самом же деле такая точка зрения *ошибочна*: вынесенное

---

<sup>335</sup> Данный процесс следует отличать от правила «двойной экзекватуры» (*double-exequatur*), предусматривавшегося Женевской конвенцией 1927 г. В соответствии с этим правилом для приведения в исполнение арбитражного решения было необходимо получить на него экзекватуру сначала в государственном суде по месту вынесения решения, а потом в государственном суде по месту осуществления взыскания. Авторы Конвенции отказались от такого правила, а вслед за Конвенцией такой подход со временем получил поддержку и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

арбитражное решение может быть отменено только государственным судом страны, на чьей территории оно было вынесено, о чем уже было подробно рассказано в § 4.2 ранее.

Помимо отмены арбитражного решения, подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА предусмотрено, что поводом для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения может быть его «приостановление исполнением» государственным судом страны, где было вынесено это решение. В некоторых странах обращение в государственный суд с ходатайством об отмене арбитражного решения, вынесенного на территории данной страны, автоматически приостанавливает исполнение такого решения в этой стране – так, например, было во Франции до 1 мая 2011 г.<sup>336</sup> Суды многих стран (например, Швеции<sup>337</sup> и Нидерландов<sup>338</sup>) не соглашались с указанным подходом, так как получалось, что простое обращение в суд, результат которого неизвестен, может создать препятствие в исполнении арбитражного решения. По нашему мнению, в таких случаях было бы целесообразно применять положения ст. VI Конвенции о предоставлении стороной, возражающей против исполнения арбитражного решения, надлежащего обеспечения.

В принципе, в Австрии и в странах англо-американской модели права, сторона, пытающаяся добиться отмены арбитражного решения, может отдельно ходатайствовать о вынесении специального временного судебного запрета на его исполнение – но в таком случае от нее наверняка потребуется предоставление серьезного обеспечения.

В России, ввиду того что до недавних пор принятие обеспечительных мер в связи с проведением международного коммерческого арбитража не приветствовалось ВАС РФ (о чем уже шла речь в § 1.8 при рассмотрении практики применения норм АПК об обеспечительных мерах), государственные арбитражные суды при рассмотрении возражений против приведения в исполнение иностранного арбитражного решения со ссылкой на то, что оно обжалуется в компетентном суде страны, на чьей территории оно было вынесено, к механизму, предусмотренному ст. VI Конвенции, не обращались. Прецедент был создан только в 2008 г.

ООО «Дельта Вилмар СНГ» обратилось в Арбитражный суд Московской области с заявлением к ООО «ПП "Вертикаль"» о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного Международным коммерческим

---

<sup>336</sup> Декрет от 13 января 2011 г. № 2011-48, вступивший в силу 1 мая 2011 г., это положение ГПК Франции отменил, теперь обжалование вынесенного во Франции решения международного арбитража не влечет за собой автоматического приостановления его приведения в исполнение.

<sup>337</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. VI. P. 237.

<sup>338</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. X. P. 487.

арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Украины по делу АС № 26р/2008 от 8 августа 2008 г., в соответствии с которым ООО «ПП "Вертикаль"» было обязано уплатить ООО «Дельта Вилмар СНГ» 2 136 996,68 долларов США.

Определением Арбитражного суда Московской области от 4 декабря 2008 г. производство по делу было приостановлено до вступления в законную силу судебного акта по жалобе на решение Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины по делу АС № 26р/2008, находящейся на рассмотрении в Шевченковском районном суде г. Киева. Но после этого Арбитражный суд Московской области 13 марта 2009 г. удовлетворил заявление ООО «Дельта Вилмар СНГ» об аресте денежных средств ответчика на всю подлежащую уплате сумму. Это Определение арбитражного суда первой инстанции было поддержано Постановлением Десятого арбитражного апелляционного суда от 23 апреля 2009 г. по делу № А41-20447/08 и гарантировало, что отсрочка исполнения в связи с оспариванием арбитражного решения по месту его вынесения на Украине не позволит должнику уйти от ответственности. В этом случае нет оснований считать, что ст. V Конвенции была нарушена. Впоследствии заявление о приведении в исполнение решения МКАС при ТПП Украины было удовлетворено (Постановление ФАС МО от 28 июля 2010 г. по делу № А41-20447/08).

#### Контрольные вопросы к § 5.5.

1. Суд какого государства вправе рассматривать вопрос об отмене решения международного коммерческого арбитража?
2. В каких случаях оспаривание арбитражного решения по месту его вынесения может затормозить его приведение в исполнение за рубежом?

*§ 5.6. Право суда, рассматривающего дело о приведении в исполнение или отмене решения международного коммерческого арбитража, изучать вопросы арбитрабельности и публичного порядка по собственной инициативе*

Основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, закрепленные в п. 2 ст. V Конвенции, и аналогичные им основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного

коммерческого арбитража, вынесенного в России, закрепленные в подп. 2 п. 1 ст. 36 и подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона о МКА, связаны с наиболее сложными правовыми проблемами международного частного права, затронутыми феноменом международного коммерческого арбитража в целом и Конвенцией в частности. Это проблемы соотношения публичного и частного интересов, пределов вмешательства государства и его судебной системы в отношения между частными лицами, домицилированными в разных странах, возможности сочетания принципа автономии воли сторон с императивными нормами национальных законов, допустимости применения иностранного закона на территории другого государства. Названным проблемам посвящены многочисленные исследования, опубликованные в России и за рубежом<sup>339</sup>, изучение которых не входит в программу настоящего академического курса.

В отличие от других норм Конвенции и Закона о МКА, предоставляющих участникам внешнеэкономических контрактов и арбитрам практически ничем не ограниченную свободу в выборе применимого права, п. 2 ст. V Конвенции, подп. 2 п. 1 ст. 36 и подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона о МКА жестко закрепляется применение *lex fori* к решению вопросов арбитрабельности и публичного порядка, которые могут ставиться в процессе приведения в исполнение или оспаривания решения международного коммерческого арбитража. Таким образом, у судей государственных судов, применяющих Конвенцию и ст. 34 и 36 Закона о МКА, нет необходимости в изучении и применении норм иностранного права в рамках этих вопросов.

Упростив задачи, стоящие перед национальными судами, авторы Конвенции и Типового закона ЮНСИТРАЛ тем самым существенно усложнили задачи, стоящие перед сторонами арбитражного соглашения и арбитрами. Им приходится учитывать требования, связанные с вопросами арбитрабельности и публичного порядка, сформулированные в разных правовых системах: во-первых, по месту вынесения арбитражного решения и по

---

<sup>339</sup> См., например: Луц Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. М., 1970. С. 268 и далее; Раане Л. Международное частное право. М., 1960. С. 95; Садиков О.Н. Коллизионные нормы в международном частном праве // Советский ежегодник международного частного права, 1982. М., 1983; Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного частного права. 1992. № 2; Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национально-правовых систем. М., 1984; Рубанов А.А. Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема // Советский ежегодник международного частного права, 1985. М., 1986; Муранов А.И. К вопросу об «обходе закона» в проекте раздела VII «Международное частное право» части третьей ГК РФ // Московский журнал международного частного права. 1997. № 3; Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): Автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 1998; Sanders P. Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. Geneva, 1985; David R. Arbitration in International Trade. Kluwer, 1985; Decey & Morris On the Conflict of Laws. Sweet & Maxwell, London. 1993.

предполагаемому месту его исполнения, а во-вторых, в законодательстве, которым регулируются (согласно воле сторон) предмет спора и действительность арбитражного соглашения (если такое законодательство было специально выбрано сторонами). Разумеется, учесть все нюансы и особенности законодательства всех стран – участниц Конвенции практически невозможно, однако стремиться к этому необходимо, иначе арбитраж превратится в пустую трату времени и денег. В какой-то мере задача арбитров облегчается возникновением и обобщением существующих в мире универсальных подходов к проблемам арбитрабельности и публичного порядка, которые хотя и не закреплены пока на бумаге в качестве международного договора, однако признаются судами многих развитых государств.

Другой характерной особенностью п. 2 ст. V Конвенции и основанных на ее нормах положениях подп. 2 п. 2 ст. 34 и подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона о МКА является то, что предусмотренные этими нормами механизмы подлежат применению *по инициативе суда*, а не по инициативе лиц, участвующих в деле (что, конечно, не лишает заинтересованную сторону права ссылаться на вопросы арбитрабельности и публичного порядка как на основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения). Здесь также просматривается отличие от других механизмов Конвенции и Закона. Для заключения арбитражного соглашения необходимы действия сторон (даже если они совершаются в пассивной форме в виде отказа от права на выдвижение юрисдикционных возражений), для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного коммерческого арбитража по юрисдикционным или процессуальным основаниям (п. 1 ст. V Конвенции, подп. 1 п. 2 ст. 34 и подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА) тоже требуется воля участника спора (суд не может ссылаться на такие основания по собственной инициативе), но *вопросы арбитрабельности и публичного порядка государственный суд должен изучать даже в том случае, если ответчик не прибег к таким аргументам против приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража или вообще не участвует в процессе*. Положения п. 2 ст. V Конвенции, подп. 2 п. 2 ст. 34 и подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона о МКА являются единственными нормами этих актов, ограничивающими возможность приведения в исполнение решения международного арбитража на основании закона страны, чей суд рассматривает вопрос о таком исполнении (или об отмене соответствующего арбитражного решения): повлиять на эту волю лица, участвующие в споре (включая арбитров), не могут из-за жесткой

коллизией привязки к *lex fori*; они в состоянии только принять к сведению нормы права соответствующего государства и учесть их при подготовке своей позиции.

Несмотря на жестко императивный характер норм *lex fori*, ссылка на которые содержится в п. 2 ст. V Конвенции, подп. 2 п. 2 ст. 34 и подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, вопрос об их применении в отношении арбитражного решения может даже не вставать – это произойдет в том случае, если арбитражное решение будет исполнено в добровольном порядке без обращения в суд. Автору неизвестно ни одного случая, когда сторона, добровольно исполнившая решение международного коммерческого арбитража, вынесенное против нее, подвергалась бы каким-либо санкциям в связи с тем, что такое решение противоречило законодательству по вопросам публичного порядка или арбитрабельности государства, на чьей территории имело место указанное исполнение. Возможность применения такого рода санкций представляется чисто теоретической, поскольку если лицо, против которого обращено арбитражное решение, готово его добровольно исполнить, то у суда (или любых других государственных органов) просто не возникнет повода для изучения данного вопроса. Как уже было указано в Главе 3, для добровольного исполнения иностранного арбитражного решения как в России, так и в других странах не требуется получения каких-либо дозволений от каких-либо государственных органов.

Но в случае принудительного приведения в исполнение или отмены уже вынесенного и добровольно не исполненного решения международного арбитража, государственный суд обязан по собственной инициативе (или по просьбе стороны, возражающей против приведения в исполнение арбитражного решения или добивающейся его отмены) «проверить» решение на соответствие нормам данного государства об арбитрабельности и о публичном порядке. При этом может возникнуть ситуация, когда в силу указанных норм предмет спора не исключен из юрисдикции третейских судов (т.е. арбитрабелен), однако исполнение арбитражного решения будет противоречить публичному порядку<sup>340</sup>.

Другим вариантом для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения может послужить установление факта заключения сделки, за неисполнение обязанностей по которой наказывает арбитражное решение, в результате совершения преступных

---

<sup>340</sup> О соотношении понятий арбитрабельности и публичного порядка 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. 3-е изд., перераб. и доп., Статут, 2008. С. 297, а также § 2.9 ранее.

действий. В качестве абстрактного примера можно привести дело из п. 2 Информационного письма № 156, в котором государственный арбитражный суд отказывает в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в связи с тем, что вступившим в законную силу приговором суда установлено, что содержащий арбитражное соглашение договор заключен в результате коммерческого подкупа директора ответчика. Суд ссылается на нарушение публичного порядка по собственной инициативе, несмотря на то, что представители ответчика аргументы, основанные на подп. «b» п. 1 ст. V Конвенции, не приводили. В ситуации, когда преступные замыслы лиц, заключивших договор, получили соответствующую квалификацию в обвинительном приговоре, такое решение представляется оправданным.

#### Контрольные вопросы к § 5.6.

1. Какой национальный закон применяют в рамках ст. V Конвенции национальные суды при решении вопросов об арбитрабельности предмета спора и возможном нарушении публичного порядка в результате приведения в исполнение арбитражного решения?

2. В каком случае возможно обоснованное применение ссылки на нарушение публичного порядка по инициативе суда, рассматривающего дело о приведении в исполнение или отмене решения международного арбитража, в связи с уголовно-правовыми обвинениями?

#### *§ 5.7. Основания для отказа в приведении в исполнение или отмены решения международного арбитража, связанные с проблемами арбитрабельности*

Вопрос об арбитрабельности предмета спора, вынесенного на рассмотрение международного коммерческого арбитража, уже был подробно рассмотрен в § 2.10 ранее. Ограничимся кратким повтором этой темы.

Конвенция не содержит практически никаких указаний на то, какие споры должны считаться неарбитрабельными. Общая норма п. 1 ст. II Конвенции о том, что в арбитраж могут передаваться споры, связанные с «договорным или иным правоотношением», не может помочь в разрешении данной проблемы, поскольку в этом же пункте оговаривается, что объект спора должен быть арбитрабельным, но содержание такого

понятия не раскрывается. Далее, в подп. «а» п. 2 ст. V Конвенции говорится, что в признании и приведении в исполнение уже вынесенного иностранного арбитражного решения может быть отказано, если объект спора неарбитрабилен по закону страны, где испрашивается исполнение арбитражного решения (такая же норма содержится в подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, а равно и в подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона о МКА, посвященном отмене вынесенных в России международных арбитражных решений). Таким образом, следует сделать вывод о том, что вопрос о критериях арбитрабельности в Конвенции не решен и оставлен на усмотрение стран-участниц.

Аналогичным образом не содержит никаких пояснений по данному вопросу и Европейская конвенция, в которой также затрагивается проблема арбитрабельности (п. 2 ст. VI). Нет соответствующих указаний и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ: этот Типовой закон, равно как и его российский аналог, не содержит никаких критериев в отношении споров, которые *не могут* передаваться на рассмотрение международных арбитражей. Зато эти законы указывают, что в арбитраж *могут по соглашению сторон* передаваться «... споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей...» (п. 2 ст. 1). В той же статье, вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ (п. 5 ст. 1), этот российский Закон устанавливает, что он

«... не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого *определенные споры не могут передаваться в арбитраж...*» (п. 4 ст. 1) [выделено мною. – Б.К.]

Таким образом, российский Закон о МКА исходит из того, что неарбитрабельны лишь те гражданско-правовые споры, которые прямо *определены* в каком-либо федеральном законе как споры, которые не могут быть переданы в международный коммерческий арбитраж. В основе этого подхода лежит простая и ясная логика: такой запрет является исключением из общего правила и, как всякое исключение, должен быть сформулирован *ясно и недвусмысленно*<sup>341</sup>.

Гражданский кодекс Российской Федерации содержит в ст. 11 (п. 1) следующую формулу: «Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным

---

<sup>341</sup> Здесь и далее в настоящем параграфе автор при подготовке этого учебника основывался на материалах следующей совместной публикации: *Маковский А.Л., Карабельников Б.Р.* Арбитрабельность споров: российский подход // Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moiseevič Boguslavskij, A. Trunk, R. Knieper, A. Svetlanov (Hrsg.), BWV, 2004. P. 275–285.

законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд).» Авторитетный комментатор этой нормы пишет: «Выбор между государственными судами и третейскими судами предоставлен спорящим сторонам»<sup>342</sup>. Таким образом, равно как и гражданское процессуальное законодательство, материальное гражданское законодательство России не содержит никаких ограничений в отношении возможности передачи частно-правовых споров на рассмотрение международных арбитражей и третейских судов (с учетом исключения, связанного с вопросами банкротства, о котором речь пойдет ниже).

Приведенные выше нормы российских законодательных актов дают ясное представление о том, что в российском праве возможность передачи *гражданско-правового спора* в третейский суд (международный коммерческий арбитраж) является общим правилом, а запрет поступать таким образом – исключением, которое должно быть установлено федеральным законом и, как всякое исключение, должно быть сформулировано четко и определенно<sup>343</sup>. Такой подход отражен в судебной практике российских государственных арбитражных судов:

«Удовлетворяя заявление Компании "Cukurova Holding AS" об отмене решения суда, суд сослался на пп. 1 ч. 3 ст. 233 АПК РФ, в соответствии с которым арбитражный суд отменяет решение третейского суда, если установит, что спор, рассмотренный третейским судом не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом. Суть данной нормы заключается в том, что суд должен установить неарбитрабельный характер спора, т.е. прийти к выводу о том, что данная категория споров не может быть отнесена к спорам частно-правового характера и вследствие этого спор не может быть передан на рассмотрение третейского суда, то есть спор обладает признаками публичного характера и потому не может быть предметом третейского разбирательства. Помимо этого, данный довод должен быть подкреплён ссылкой на норму федерального закона, исключающей данную категорию споров из компетенции третейских судов»<sup>344</sup>.

Отметим, что спор, к которому относится процитированное Постановление ФАС МО, носил сугубо частно-правовой характер и касался только отношений двух

<sup>342</sup> Проф. Н.И. Клейн в кн.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. 2-е изд. М., 2002. С. 37.

<sup>343</sup> См.: Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // ВВАС РФ. 2001. № 4. С. 92.

<sup>344</sup> Постановление ФАС МО от 4 июня 2007 г., 29 июня 2007 г. № КГ-А40/4610-07 по делу № А40-47310/06-23-346.

хозяйствующих субъектов, не связанных с какими-либо административными процедурами.

Совсем иначе обстоит в России дело со спорами, возникающими из отношений, регулируемых административно-правовыми нормами. «Здесь предметом рассмотрения [судом. – *Б.К.*] является не спор о праве гражданском (в широком смысле), а правомерность, законность действий конкретных должностных лиц, государственных и иных органов»<sup>345</sup>. Для разрешения таких «споров» существуют различные (неисковые) процедуры, и хотя в настоящее время в большинстве случаев эти споры тоже могут быть вовлечены в орбиту судебного процесса, но этому процессу, который ведется по иным правилам, чем рассмотрение гражданского иска, в ряде случаев должно предшествовать обжалование действий (бездействия) соответствующего органа или должностного лица по административной вертикали либо в государственный суд, имеющий право на рассмотрение административных дел. Проблема арбитрабельности таких «споров» частных лиц с властью, действующей в порядке осуществления публичных функций, вообще не может быть поставлена как проблема, имеющая общее значение для международных арбитражей. В прямую противоположность гражданско-правовым спорам, «споры», возникающие из публичных правоотношений, могут быть предметом третейского разбирательства лишь в виде редких исключений, специально предусмотренных законом или международным договором.

Так как не все сделки основаны на нормах сугубо частно-правовых законов, повторим предложенный в доктрине подход к решению вопросов об арбитрабельности споров, основанных на комплексных актах, сочетающих в себе частно-правовые и публично-правовые подходы:

«частно-правовые отношения, имущественные и договорные, вытекающие из сделок, регулируемых законодательными актами комплексного характера, по общему правилу следует считать арбитрабельными, причем независимо от того, упоминает ли какой-либо относящийся к данной отрасли экономики законодательный акт третейские суды или нет»<sup>346</sup>.

О нормах российского законодательства, закрепляющих возможность передачи на рассмотрение международных арбитражей определенных правоотношений комплексного

<sup>345</sup> См.: *Лесницкая Л.Ф.* Рассмотрение в суде жалоб на решения, действия (или бездействие), нарушающие права и свободы граждан // Законодательство и экономика. 1997. № 9/10. С. 53.

<sup>346</sup> См. *Маковский А.Л., Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 284.

характера, уже шла речь в § 2.10. Похожий подход рекомендует и правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации:

«Публично-правовой характер споров, предопределяющий невозможность их передачи на рассмотрение третейского суда, обусловливается не видом имущества (движимого или недвижимого), а спецификой правоотношений, из которых возникает спор относительно данного имущества, и составом участвующих в споре лиц.»<sup>347</sup>

Отметим, что хотя в п. 3 ст. 1 Закона о МКА перечисляется, какие споры могут быть переданы в арбитраж по соглашению сторон, вопреки мнению некоторых авторов<sup>348</sup> такое указание не может считаться критерием арбитрабельности предмета спора, скорее оно связано с анализом возможного субъектного состава участников спора.

Приходится констатировать, что ни на уровне международных договоров в сфере международного частного права, ни в типовых нормативных актах, рекомендованных для принятия ЮНСИТРАЛ, не сделана попытка сформулировать международный стандарт критериев арбитрабельности предмета спора. В полном соответствии с подп. «а» п. 2 ст. V Конвенции национальный суд каждого государства будет решать данный вопрос исходя из норм своего национального законодательства. В настоящем параграфе предметом изучения станет ответ на вопрос о том, какие именно споры могут считаться арбитрабельными или неарбитрабельными по законодательству разных стран.

Несмотря на то, что в национальном законодательстве различных государств по-разному решается вопрос о том, какие споры могут быть разрешены третейскими судами, специалисты указывают на достаточно единообразный подход к данной проблеме, который демонстрируют суды большинства развитых государств<sup>349</sup>. Обычно в таких странах признаются неарбитрабельными споры, связанные с конкуренцией (антитрестовским законодательством), законодательством о борьбе с коррупцией, процедурой банкротства, законодательством о ценных бумагах, о валютном регулировании, о налогах, с трудовым законодательством. Особо следует выделить споры по сделкам, которые хотя и похожи на предпринимательскую деятельность, однако являются некоммерческими по своей природе: подобные споры, как правило, также

<sup>347</sup> См. п. 4 Постановления № 10-П.

<sup>348</sup> См.: Павлова Н.В. О конкуренции компетенции государственных и третейских судов (часть комментария к Постановлению Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 года № 8 «О действии международных договоров применительно к вопросам арбитражного процесса») // ВВАС РФ. 1999. № 8. С. 22.

<sup>349</sup> *Laurence Craig W., Park W., Paulsson J.* International Chamber of Commerce Arbitration. Second edition. Paris: ICC Publications S.A., 1990. Part II. § 5.07.

признаются неарбитрабельными. Остановимся подробнее на каждой из перечисленных категорий споров.

Обычно государственные суды не допускают возможности передачи на рассмотрение международного коммерческого арбитража споров, связанных с нарушением *антимонопольного законодательства* данного государства. Однако далеко не всегда есть возможность точно ответить на вопрос о том, связан ли тот или иной коммерческий спор, в отношении которого существует арбитражное соглашение, с антимонопольным законодательством. Чаще всего ответчик ссылается на нарушение антимонопольного законодательства как на оправдание своего неисполнения тех или иных контрактных обязательств, и при этом далеко не всегда факт такого нарушения уже установлен в преюдициальном порядке до момента возбуждения арбитражного разбирательства (или даже до момента вынесения арбитрами окончательного решения).

Более того, с 1985 г. в США стала складываться практика, в соответствии с которой американские суды стали признавать возможность рассмотрения арбитрами споров, связанных с американским антимонопольным (антитрестовским) законодательством. Начало такой практике положило решение Верховного Суда США, вынесенное 2 июля 1985 г. по делу *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, в котором было указано, что «уважение к полномочиям зарубежных и международных трибуналов [речь идет об органах правосудия, уполномоченных на вынесение решений, имеющих обязательную силу. – *Б.К.*] и чуткость к нужде международной коммерческой системы в предсказуемости в разрешении споров требуют, чтобы мы приводили в принудительное исполнение соглашение сторон [об арбитражном порядке рассмотрения споров. – *Б.К.*], даже если бы во внутреннем контексте следовало бы сделать противоположный вывод»<sup>350</sup>.

Данное решение, в котором речь шла о направлении сторон в арбитраж в соответствии со ст. II Конвенции вопреки заявлению ответчика о неарбитрабельности предмета спора, положило начало целому ряду аналогичных дел<sup>351</sup>, свидетельствующих о намерении американских судов решать проблему арбитрабельности споров, передаваемых на рассмотрение международных коммерческих арбитражей, менее консервативно, нежели при установлении пределов компетенции внутренних арбитражей. Аналогичный подход американские суды стали использовать и в отношении споров, связанных с возможным нарушением законодательства о борьбе с коррупцией.

<sup>350</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XI. P. 555.

<sup>351</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 546.

Американские суды последовательно расширяют сферу арбитрабельных споров. В середине 90-х был положительно решен вопрос об арбитрабельности споров, вытекающих из договоров морской перевозки грузов<sup>352</sup>. 21 февраля 2008 г. Верховный Суд США разъяснил, что даже в случае, если сделка подчинена какому-либо закону штата, предполагающему рассмотрение споров государственным судом или административным органом, спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии в договоре соответствующей арбитражной оговорки. Верховный Суд США при этом отметил, что материальное право штата не регулирует вопрос о юрисдикции арбитража<sup>353</sup>, так как это вопрос процессуальный, который должен разрешаться в соответствии с Federal Arbitration Act (американским федеральным Законом об арбитраже).

Хотя описанная практика американских судов вполне вписывается во всемирную тенденцию к расширению юрисдикции арбитражей, все-таки споры, связанные с антимонопольным законодательством и законодательством о борьбе с коррупцией, как правило, считаются неарбитрабельными. Даже если суд государства, в котором было вынесено соответствующее арбитражное решение, не отменит его по мотивам неарбитрабельности предмета спора и не будет препятствовать проведению арбитража, все равно шансы на исполнение такого решения за рубежом, в стране, где судебная практика по данному вопросу более консервативна, будут невелики. Впрочем, автору неизвестно ни одного случая, когда российский суд отказал бы в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения по мотивам, связанным с тем, что в предмет спора входят неарбитрабельные вопросы антимонопольного законодательства и законодательства о борьбе с коррупцией.

Отметим также, что и американские, и европейские суды вполне допускают применение арбитрами императивных норм антимонопольного законодательства при рассмотрении частно-правовых споров. Помимо уже упоминавшегося выше дела *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* можно сослаться на прецеденты европейских судов, связанные с арбитражным решением по делу *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, в котором поводом для отмены арбитражного решения послужило то, что арбитры такие нормы антимонопольного права Евросоюза не учли –

---

<sup>352</sup> *Vimar Seguros y Reaseguros S.A. v. M/V Sky Reefer*, Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XX, P. 974-987; комментарий к этому делу на русском языке см.: Лобода А.И., Лобода Ю.В. Арбитрабельность споров и признание арбитражных соглашений в сфере международной морской перевозки грузов // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 1. С. 95; № 2. С. 96.

<sup>353</sup> February 21, 2008, The Supreme Court of the United States, *Preston v. Ferrer* (No. 06-1463, 2008 U.S. LEXIS 2011).

право же арбитража на разрешение спора между частными лицами, связанного с применением норм административного законодательства, под вопрос не ставилось<sup>354</sup>.

К числу неарбитрабельных относятся также споры, связанные с налоговыми и иными административными отношениями (такими, как выдача лицензий, проведение конкурсов и аукционов). Однако и здесь требуется особое внимание, чтобы отделить гражданско-правовые отношения от административных.

В качестве примера одного из немногих дел, связанных с решением вопроса об арбитрабельности административных споров в России, можно привести Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. № 3515/00, в котором ВАС отказался передать на рассмотрение МКАС при ТПП РФ спор, связанный с договором купли-продажи, вытекающим из сделки по приватизации государственного имущества, так как п. 1 ст. 29 Федерального закона РФ «О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества в РФ» от 21 июля 1997 г., действовавшего на момент совершения оспариваемой сделки, закреплял рассмотрение соответствующих споров исключительно за государственными судами, т.е. признавал споры о приватизации неарбитрабельными. Этого было достаточно для того, чтобы отказать в направлении сторон в арбитраж<sup>355</sup>.

Отметим, что в случае, если административный орган управления заключает сугубо гражданско-правовую сделку, как это было в случае с ГНС России и ООО «Маврово Скопье», то вытекающие из нее споры вполне соответствуют российским критериям арбитрабельности<sup>356</sup>. Если же сделка с участием органа власти носит инвестиционный характер, т.е. основана на публично-правовых отношениях, предусматривает совершение действий, не регулируемых нормами частного права, то вытекающие из нее споры, в отсутствие в законодательстве специальной нормы об их арбитрабельности, следует считать неарбитрабельными<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> См. комментарий к этому делу на русском языке: *Зыков Р.О.* Ordre public нормы антимонопольного права Европейского Союза как основание для отмены арбитражного решения // *Международный коммерческий арбитраж.* 2007. № 1. С. 77.

<sup>355</sup> К сожалению, ВАС РФ необоснованно указал в этом своем Постановлении, что неарбитрабельность предмета спора влечет за собой недействительность арбитражной оговорки. Тут смешаны два совершенно различных вопроса – об арбитрабельности предмета спора и о действительности арбитражной оговорки. В дальнейшем, к сожалению, эту ошибку российские государственные суды повторили в следующих судебных актах: Постановление ФАС СЗО от 4 декабря 2009 г. по делу № А42-6967/2008, Определении ВАС РФ от 22 марта 2010 г. № ВАС-3174/10 (см. подробнее в § 2.10 ранее). Насколько известно автору, эти вопросы Президиумом ВАС РФ после вступления в силу АПК 2002 г. не рассматривались.

<sup>356</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2007 г. № 15767/07.

<sup>357</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 3 апреля 2012 года № 17043/11.

Особенно часто в России довод о неарбитрабельности предмета спора выдвигается со ссылкой на законодательство о банкротстве. Это связано с тем, что в настоящее время нередко возникают арбитражные споры, по итогам которых присуждаются огромные суммы, иногда сотни миллионов долларов. Разумеется, выплата таких сумм может негативно сказаться на финансовом состоянии стороны, проигравшей арбитраж. В целом, конечно, дела о признании банкротом не относятся к категории арбитрабельных, так как по ним обычно проходит неопределенное количество лиц, которые могут иметь требования к предприятию-банкроту (эти требования должны удовлетворяться в определенной последовательности), могут потребоваться принудительные действия (например, арест имущества, смена управляющих), – все это выходит за рамки мандата арбитров и их юридических (а равно и технических) возможностей. Но далеко не всегда достаточно должнику всего лишь сослаться на свое «банкротство», чтобы обращение в международный арбитраж или исполнение арбитражного решения стало бы невозможным<sup>358</sup>.

В настоящее время в России существует лишь один законодательный акт, прямо запрещающий передачу на рассмотрение третейского суда спора, *вытекающего из гражданско-правовых отношений*: это Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». Как это и требуется для признания гражданско-правового спора неарбитрабельным, п. 3 ст. 33 четко и недвусмысленно устанавливает, что «дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд». О том, на каких стадиях процедуры несостоятельности возможно обращение в международный арбитраж, уже говорилось ранее в § 2.10.

От описанных ситуаций, когда вынесение и исполнение решения международного арбитража следует хронологически сопоставлять с этапами проведения процедуры банкротства в отношении должника, следует отличать ситуации, когда проигравший арбитраж должник ссылается на то, что приведение в исполнение решения международного арбитража может привести к его банкротству, однако при этом ни он сам, ни его кредиторы процедуру несостоятельности не начинают. В этом случае нет никаких оснований говорить о неарбитрабельности предмета спора.

---

<sup>358</sup> О подходах зарубежного законодательства к возможности рассмотрения дел против несостоятельного должника в международном арбитраже см.: *Трушников С.С.* Взаимодействие институтов несостоятельности и коммерческого арбитража в законодательстве и судебной практике различных государств // *Международный коммерческий арбитраж.* 2006. № 2, 3.

В целом следует отнести к категории неарбитрабельных и споры, предмет которых связан с законодательством *о выпуске ценных бумаг*. Это вытекает, прежде всего, из предписаний национального законодательства любого государства о соблюдении определенных публично-правовых механизмов, регулирующих процедуры учета и регистрации прав на ценные бумаги. Арбитры в силу своего «негосударственного» статуса не могут ни иметь равного с государственными судами доступа к сведениям о ценных бумагах, ни давать обязательных для исполнения предписаний органам, осуществляющим учет их владельцев. По аналогичным причинам следует считать неарбитрабельными и споры, связанные с нарушением законодательства *о валютном контроле*. Однако, как и в случае с другими неарбитрабельными предметами споров, в мире наблюдается тенденция к допущению рассмотрения споров такого рода в международном арбитраже. В первую очередь речь идет о возможности разрешения арбитражем споров, не связанных с признанием титула на соответствующие ценные бумаги, но касающихся возмещения вреда, причиненного неисполнением обязательств, связанных с указанными объектами. Однако суды некоторых стран (в частности, США) пошли дальше и признали, что если споры по ценным бумагам не могут быть предметом внутреннего арбитража, то они арбитрабельны в случае международного арбитража<sup>359</sup>.

К сожалению, в последнее время в России остро встал вопрос *об арбитрабельности частно-правовых споров, связанных с объектами недвижимости*. Со ссылкой на ст. 248 АПК об исключительной компетенции государственных арбитражных судов эти суды отказывались приводить в исполнение решения международных арбитражей и внутренних третейских судов, касавшиеся любых прав на недвижимое имущество. Полагаем, что после того, как 26 мая 2011 г. Конституционный Суд Российской Федерации вынес Постановление № 10-П по делу о проверке конституционности положений п. 1 ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, п. 2 ст. 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», ст. 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», п. 1 ст. 33 и ст. 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (Постановление № 10-П) все споры, связанные с недвижимостью, можно однозначно квалифицировать в качестве арбитрабельных, а любые попытки сослаться на ст. 248 АПК и другие статьи АПК о компетенции государственных арбитражных судов как на нормы, превращающие частно-

<sup>359</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. I. P. 203.

правовые споры в неарбитрабельные, считать ошибочными. Этот вопрос, равно как и вопрос об арбитрабельности корпоративных споров, был рассмотрен в § 2.10 ранее.

Конституционный Суд подверг суровой критике практику, сформированную ВАС РФ, в соответствии с которой споры, закрепленные в исключительной компетенции государственных арбитражных судов, рассматривались в качестве неарбитрабельных на основании применения норм АПК.

«Присущий гражданским правоотношениям принцип диспозитивности, в силу которого граждане (физические лица) 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 (пункт 2 статьи 1 ГК Российской Федерации), распространяется и на процессуальные отношения, связанные с рассмотрением в судах в порядке гражданского судопроизводства споров, возникающих в ходе осуществления физическими и юридическими лицами предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. В гражданском судопроизводстве диспозитивность означает, что процессуальные отношения возникают, изменяются и прекращаются главным образом по инициативе непосредственных участников спорных материальных правоотношений, которые имеют возможность с помощью суда распоряжаться процессуальными правами и спорным материальным правом. ...

Этим не затрагивается право федерального законодателя в рамках предоставленной ему дискреции в регулировании данного вопроса (пункты «в», «о» статьи 71 Конституции Российской Федерации) 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. Такие изменения, однако, не могут осуществляться путем произвольного снижения уже достигнутого уровня гарантированности права участников гражданского оборота на использование для защиты своих прав третейского разбирательства, без учета сложившегося правового регулирования, призванного обеспечивать стабильность и динамизм

гражданского оборота и предсказуемость в использовании процессуальных возможностей для его участников».

По сути, Постановление № 10-П разъяснило, что сформированная ВАС РФ практика ограничения арбитрабельности споров на основании норм АПК РФ о компетенции государственных арбитражных судов представляет собой *«произвольное снижение уже достигнутого уровня гарантированности права участников гражданского оборота на использование для защиты своих прав третейского разбирательства»*. Норма ст. 33 АПК о специальной подведомственности споров может использоваться только для разрешения вопроса о подведомственности споров, если есть сомнения в том, какая система государственных судов (арбитражных или общей юрисдикции) может рассматривать соответствующий спор. К вопросу об арбитрабельности эта норма также неприменима, как и норма ст. 248 АПК, о чем уже шла речь в § 2.10 выше.

Отметим также, что и до принятия Постановления № 10-П государственные арбитражные суды умели отличать споры, связанные с сугубо частно-правовыми отношениями, от споров, содержащих публично-правовой элемент, простой ссылки на ст. 248 АПК было недостаточно для признания предмета спора неарбитрабельным. Примером может служить дело, связанное с иском компании NEGEV TREASURES LTD к ФГУП «Институт "ГИНЦВЕТМЕТ"» о расторжении договора и взыскании денежных сумм. Иск был подан в Арбитражный суд г. Москвы, но по просьбе ответчика оставлен без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК в связи с наличием в спорном договоре арбитражной оговорки.

Истец настаивал на недействительности арбитражной оговорки, ссылаясь на то, что согласно ст. 248 АПК дело относится к исключительной компетенции государственных арбитражных судов России, так как касается проведения работ на объекте недвижимости, расположенном в Москве.

Кассационная инстанция, оставляя без изменения акты нижестоящих судов, разъяснила следующее:

«Суды правильно применили пункт 5 статьи 148 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в соответствии с которым арбитражный суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если после его принятия 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.

Довод кассационной жалобы о том, что в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 248 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации спор относится к исключительной компетенции арбитражного суда Российской Федерации основан на неправильном толковании указанной нормы, охватывающей споры, предметом которых являются недвижимое имущество или права на него.

Указанная норма не предусматривает исключения из компетенции третейских судов споров об исполнении обязательств, в том числе о взыскании задолженности по оплате произведенных по договору работ<sup>360</sup>».

Неарбитрабельными считаются также споры, связанные с трудовым законодательством<sup>361</sup>. Это связано с тем, что трудовое законодательство, как российское, так и зарубежное, в отличие от гражданского и торгового не признает принципа автономии воли сторон и характеризуется гораздо большей степенью «зарегулированности», вмешательства со стороны государства, нежели законодательство о коммерческих сделках. Автору неизвестно ни одного национального закона, которым допускалось бы установление юрисдикции по рассмотрению трудовых споров с рядовыми работниками на основании соглашения сторон; напротив, в национальном законодательстве о труде обычно указывается, что трудовые споры подлежат рассмотрению только в специальных судебных органах, зачастую формируемых на началах трипартизма<sup>362</sup>, «встроенных» в национальную судебную систему. Как следствие, трудовые споры считаются неарбитрабельными, хотя из данного правила также есть исключения. Например, в США, где в отличие от Европы к трудовому праву применяется иной подход (в США государство гораздо меньше вмешивается в отношения между работодателем и работником), известен прецедент, когда трудовой спор был признан американским судом арбитрабельным по той причине, что судья посчитал отношения

---

<sup>360</sup> Постановление ФАС МО от 29 января 2009 г. № КГ-А40/13192-08, поддержанное Определением ВАС РФ от 12 мая 2009 г. № 5738/09.

<sup>361</sup> *Laurence Craig W., Park W., Paulsson J.* Op. cit. P. 90.

<sup>362</sup> В качестве примера можно привести *industrial tribunals*, действующие в Англии, состав которых формируется по представительскому принципу: один из судей представляет профсоюзы, другой – предпринимателей, а председатель трибунала является профессиональным юристом. Аналогичные принципы формирования судов, полномочных рассматривать трудовые споры, приняты и в некоторых других европейских странах.

между менеджером филиала и его работодателем «коммерческими» в смысле, закрепленном в п. 3 ст. I Конвенции<sup>363</sup>.

Здесь следует вернуться к сформулированному выше выводу о неарбитрабельности споров, которые носят *некоммерческий характер*. Далеко не во всех странах существует деление права на гражданское и торговое, и только 40 государств – участников Конвенции сделали при присоединении к ней вторую оговорку, предусмотренную п. 3 ст. I Конвенции (о том, что Конвенция будет применяться только к спорам, признаваемым коммерческими (англ. – commercial, хотя в русском тексте Конвенции написано «торговыми») по их национальному законодательству). Однако это не означает, что во всех остальных государствах предмет любого спора может быть признан арбитрабельным: если будет установлено, что отношения между сторонами носили характер трудовых или потребительских (т.е. некоммерческий характер), то государственные суды рассмотрят спор по существу или откажут в исполнении вынесенного арбитражного решения, однако ссылка при этом делаться будет, как правило, не на неарбитрабельность предмета некоммерческого спора, а на недействительность арбитражной оговорки, включенной в некоммерческий договор (о недействительности арбитражных соглашений по потребительским спорам уже шла речь в § 2.8). Такие оговорки явно не отвечают интересам слабой стороны потребительского договора, поскольку рядовые потребители обычно не имеют ни средств на ведение арбитража, ни представления о механизме действия Конвенции. То же самое можно сказать и о рядовых работниках по трудовым договорам. Что же касается приведенного прецедента американского суда в области трудовых споров, то в данном случае, по всей видимости, американский судья посчитал менеджера филиала скорее предпринимателем-управляющим, нежели работником, исходя из характера отношений между сторонами, закрепленного в контракте<sup>364</sup>.

Попытаемся обобщить материал, изложенный в настоящем параграфе. Несмотря на отсутствие единого источника законодательства и судебной практики о спорах, которые не могут быть предметом арбитражного соглашения, все приведенные примеры

---

<sup>363</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 434.

<sup>364</sup> Следует отметить, что Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, исключает принцип автономии воли сторон при заключении потребительских и трудовых договоров и подчиняет их императивным нормам страны, в которой находится потребитель или работник (см.: *Маковская А.А.* Унификация международного частного права в рамках ЕЭС: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1992. С. 17). Это также является подтверждением нашего вывода о том, что степень «публичного» вмешательства в трудовые и некоммерческие (потребительские) договоры слишком высока, чтобы считать споры, связанные с ними, арбитрабельными.

неарбитрабельных споров объединяет один общий признак: такие споры включают в себя правоотношения, которые нельзя считать регулируемыми исключительно частным правом. *Чем значительнее «публичный» элемент спора, тем выше вероятность того, что национальный суд посчитает предмет спора неарбитрабельным* и либо не передаст спор на рассмотрение арбитража, либо откажет в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Разумеется, в разных правовых системах степень участия государства в отношениях между частными лицами различна, поэтому один и тот же вопрос в одной стране может признаваться арбитрабельным, а в другой – нет. Однако на основании приведенных примеров можно сделать вывод о том, что чем более либеральный, рыночный характер носит экономика государства, тем меньше вероятность того, что предмет спора будет признан в этой стране неарбитрабельным (если только отношения между сторонами действительно носят коммерческий характер).

В российском праве возможность передачи *гражданско-правового спора* в третейский суд (международный коммерческий арбитраж) является общим правилом, а запрет поступать таким образом – исключением, которое должно быть установлено федеральным законом.

В России есть нормы, которыми закрепляется исключительная юрисдикция государственных судов по определенным категориям споров, но такие нормы не собраны воедино в каком-то документе, а разбросаны по отдельным законодательным актам: о труде, о банкротстве, о валютном регулировании, о промышленной и интеллектуальной собственности. Причем характерно, что ни один из таких законодательных актов не является актом процессуального законодательства и, кроме того, не содержит прямого запрета на передачу тех или иных споров на рассмотрение международных третейских судов (за исключением Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»); такой запрет следует всякий раз обосновывать косвенными аргументами, связанными с публичным характером соответствующих правоотношений и невозможностью заключения арбитражных соглашений с органами власти, исполняющими предоставленные им законом властные полномочия. Причем, повторим, далеко не всегда наличие в деле публично-правовых аспектов свидетельствует о неарбитрабельности спора.

В качестве примера правомерного рассмотрения арбитрами спора, включавшего в себя элементы публично-правовой тематики, можно привести дело № 64/2001, рассмотренное МКАС при ТПП РФ. В этом деле арбитраж столкнулся с возражениями

против его компетенции по рассмотрению спора, которые ответчик обосновывал тем, что иск связан с неарбитрабельными публично-правовыми отношениями, а именно с проблемами соблюдения таможенного законодательства. В решении по этому делу, вынесенном 28 марта 2002 г., МКАС при ТПП РФ не согласился с доводами ответчика. Действительно, в данном деле причиной спора стало то, что судно, которое должно было быть продано истцу по заключенному им с ответчиком договору, было арестовано таможенными органами. Однако основанием такого ареста стало несоблюдение ответчиком требований таможенного законодательства, выразившееся в несвоевременном оформлении экспортных документов. Именно это нарушение ответчиком своих обязательств и послужило причиной убытков, понесенных истцом. В такой ситуации МКАС при ТПП РФ не усмотрел оснований для оспаривания его юрисдикции и вынес решение о возмещении истцу понесенных им убытков<sup>365</sup>.

#### Контрольные вопросы к § 5.7.

1. Как в российском законодательстве должен быть оформлен запрет на рассмотрение международными арбитражами каких-либо частно-правовых споров?
2. В каких случаях российское законодательство закрепляет право международных арбитражей на рассмотрение споров с административным элементом?
3. Приведите примеры споров, неарбитрабельных по российскому законодательству.

#### *§ 5.8. Основания для отказа в исполнении решения международного арбитража, связанные со ссылкой на нарушение публичного порядка*

Публичный порядок, нарушение которого в результате приведения в исполнение решения международного арбитража указано в подп. «б» п. 2 ст. V Конвенции и подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона о МКА в качестве возможного основания для отказа в исполнении такого решения (а в подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона о МКА – в качестве основания для отмены решения международного арбитража, вынесенного на территории России), относится к числу наиболее сложных и в то же время важных институтов международного частного

---

<sup>365</sup> См.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Обзор практики Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (МКАС) за первое полугодие 2002 г. // Законодательство. 2002. № 11. С. 77.

права. Как уже было указано ранее в § 5.6, в цели, которые ставил перед собой автор настоящего учебника, не входит всесторонний анализ этого института, пользующегося в последнее время особым вниманием со стороны российских правоведов. Мы рассмотрим только проблемы публичного порядка, имеющие непосредственную связь с международным коммерческим арбитражем, с Конвенцией и Законом о МКА.

В законодательстве многих стран, включая Россию, содержатся ссылки на нарушение публичного порядка как основание для отказа в применении иностранного материального права на своей территории, но при этом не дается четких указаний о том, какие именно ситуации, связанные с применением иностранного закона, следует считать противоречащими публичному порядку. Вот как, например, решается этот вопрос в ст. 1193 ГК РФ:

«Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела [раздела VI ГК. – *Б.К.*], в исключительных случаях не применяется, когда 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 отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации».

Содержание понятия «основы правопорядка» выглядит достаточно неопределенным. Очевидно, что российский законодатель не хочет (или не может) наполнить содержание понятия публичного порядка конкретными нормами, применение которых не сталкивалось бы со спорами и неопределенностью. В ст. 34 и 36 Закона о международном коммерческом арбитраже и п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК никак не расшифровывается содержание используемого в них термина «публичный порядок», а в ст. 233 и 239 АПК в перечне оснований для отмены решения третейского суда, вынесенного на территории Российской Федерации, и в перечне оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда используется термин «основополагающие принципы российского права», который также нигде в отечественном законодательстве не разъясняется.

Такая ситуация характерна не только для российского права; законы других стран ничуть не подробнее. Например, в ст. 17 Закона Швейцарии «О международном частном

праве» указано, что «иностранное право не применяется, если последствия его применения несовместимы со швейцарским публичным порядком». В действующей редакции Вводного закона к Германскому гражданскому уложению говорится, что «какая-либо правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение несовместимо с основными правами» (ст. 6 Вводного закона к ГГУ в редакции от 25 июля 1986 г.). Даже если пояснить, что под основными правами в ФРГ имеются в виду права человека и гражданина<sup>366</sup>, все равно понятие результата, который явно несовместим с существенными принципами, представляется ничуть не менее расплывчатым, нежели понятие основ правопорядка, использованное в ст. 1193 ГК.

Отсутствие конкретного наполнения содержанием близких к публичному порядку правовых конструкций «основ правопорядка» и «основополагающих принципов российского права» также соответствует сложившимся мировым тенденциям, закрепленным не только в национальном законодательстве, но и в международных источниках международного частного права, например, таких, как Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г., Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1986 г. (ст. 18). Хотя Россия в этих конвенциях и не участвует, ее законодатель воспользовался разработанными на Западе правовыми конструкциями публичного порядка.

Сложность и, более того, нецелесообразность попытки законодателя дать исчерпывающее описание случаев, когда применение иностранного права признавалось бы противоречащим публичному порядку, связаны с тем, что в законе невозможно заранее предусмотреть все варианты коллизий между отечественным и иностранным правом, которые могут возникнуть на практике. Поэтому приходится прибегать к помощи широких понятий, имеющих зачастую не юридический, а моральный или философский оттенок. Но только таким способом можно «объять необъятное» и исключить возникновение ситуации, когда в обширный перечень критериев публичного порядка не впишется какая-либо иностранная норма, не предвиденная отечественным законодателем. Как писал об этом корифей советского права Л.А. Лунц, «неопределенность категории публичного порядка... ныне возводится в один из принципов международного частного

---

<sup>366</sup> См.: Богуславский М.М., Карабельников Б.Р. Публичный порядок и обязательность исполнения решений международных арбитражей // Экономика и жизнь – Юрист. 2002. № 11.

права»<sup>367</sup>. Отметим, что именно отсутствие в материальном праве четкой дефиниции публичного порядка позволяет проявлять гибкость в применении этого понятия в связи с появлением новых правовых реалий: отмывания денежных средств, полученных преступным путем, наркотрафика, терроризма и т.п.

Несмотря на отсутствие в национальном законодательстве четких критериев противоречия публичному порядку, международная судебная практика по применению Конвенции выработала достаточно единообразный подход к этой проблеме, разделяемый в настоящее время судами большинства развитых государств. Согласно этому подходу признаются противоречащими публичному порядку и не подлежат исполнению иностранные арбитражные решения, в вынесении которых участвовали арбитры, в честности и независимости которых можно усомниться, были нарушены фундаментальные права ответчика, воспрепятствовавшие ему в защите своих прав, а также решения, исполнение которых может вступить в конфликт со сверхимперативными нормами национального гражданского законодательства страны, где испрашивается исполнение, нормами ее административного права или нормами международных договоров такой страны.

Характерным примером ссылки на публичный порядок в связи с обвинением арбитров в коррумпированности может послужить дело В/О «Техностройэкспорт» против американской компании International Development and Trade Services Inc., по которому МКАС при ТПП РФ присудил взыскать с американской компании 200 млн долларов США. При обращении истца в американский суд с ходатайством о приведении в исполнение решения МКАС на территории США ответчик просил американский суд отказать в удовлетворении ходатайства со ссылкой на публичный порядок по той причине, что, по мнению ответчика, МКАС коррумпирован. Американский суд, указав, что решение коррумпированного суда не может быть исполнено по соображениям публичного порядка, тем не менее удовлетворил ходатайство истца, посчитав, что ответчик не предъявил серьезных доказательств того, что МКАС был необъективен при вынесении решения, а также подчеркнул, что право сослаться на коррумпированность арбитража было утрачено в связи с тем, что ответчик не воспользовался находившимися в

---

<sup>367</sup> См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права: Общая часть. М., 1970. С. 271.

его распоряжении сведениями о коррумпированности в ходе арбитражного разбирательства<sup>368</sup>.

Для применения ссылки на нарушение публичного порядка необходимы реальные доказательства необъективного поведения арбитров, протест против которых по каким-то причинам не мог быть заявлен в ходе арбитражного разбирательства, а не абстрактные обвинения общего характера<sup>369</sup>. По нашему мнению, доказательством коррумпированности арбитров может быть только обвинительный приговор суда, вступивший в законную силу (похожий подход мы находим в п. 2 Информационного письма № 156) - в противном случае будет нарушен конституционный принцип презумпции невиновности. Если же у стороны, предполагающей, что арбитр к ней предвзято относится, нет прямых доказательств его коррумпированности, то ей следует не надеяться на ссылку на нарушение публичного порядка на этапе приведения в исполнение арбитражного решения, а, не дожидаясь его вынесения, воспользоваться своим правом на отвод арбитра (или арбитров); такое право закреплено в регламентах всех институциональных арбитражей, им можно воспользоваться и в процессе проведения арбитража *ad hoc*.

Можно сослаться на нарушение публичного порядка в случае, если по ходу арбитражного процесса были *нарушены фундаментальные права ответчика*, что помешало ему защитить свои права. В качестве примера приведем отказ суда ФРГ исполнить арбитражное решение, вынесенное против немецкой компании в американском арбитраже, поскольку основанием для вынесения такого решения был документ, с которым арбитр не дал ответчику ознакомиться. Немецкий суд посчитал, что такое нарушение принципов справедливости несовместимо с публичным порядком<sup>370</sup>. Возможность применить ссылку на нарушение публичного порядка дополняет право стороны, возражающей против исполнения арбитражного решения, сослаться на процессуальные или юрисдикционные проблемы арбитража, перечисленные в п. 1 ст. V Конвенции: если ни одно из оснований, включенных в п. 1 ст. V Конвенции, не применимо или же имевшиеся нарушения трудно квалифицировать как соответствующие одному из этих оснований, тогда возможна ссылка на нарушение публичного порядка в

---

<sup>368</sup> См.: Хендрикс Г. Американская правовая помощь по экономическим спорам, разрешаемым судами и третейскими судами // ВВАС РФ. Специальное приложение. 1999. № 3. С. 38.

<sup>369</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XII. P. 468.

<sup>370</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. II. P. 241.

целом<sup>371</sup>. Наличие такой возможности тем более полезно, что суд не имеет права по своей инициативе ссылаться на основания, перечисленные в п. 1 ст. V Конвенции, но может сам применить подп. «b» п. 2 ст. V Конвенции, даже если ответчик по каким-то причинам не участвует в деле.

Примером такого гипотетического случая применения государственным судом ссылки на публичный порядок *ex officio* может послужить ситуация, в которой третейский суд рассмотрит спор о праве собственности на недвижимость, принадлежащую лицу, не участвовавшему в третейском разбирательстве и не подписывавшему арбитражную оговорку. Нет сомнений в том, что такое решение будет противоречить российскому публичному порядку и потому не будет подлежать приведению в исполнение.

Наиболее сложные случаи применения ссылки на нарушение публичного порядка по Конвенции связаны с иностранными арбитражными решениями, *исполнение которых может вступить в конфликт со сверхимперативными нормами* национального гражданского законодательства страны, где испрашивается исполнение, нормами ее административного права или нормами международных договоров данной страны. Отчасти в приведении в исполнение указанных решений может быть отказано со ссылкой на неарбитрабельность предмета спора, о чем речь шла в предыдущем параграфе, но так происходит далеко не всегда. Например, не может быть исполнено в России решение иностранного арбитража, обязывающее российского ответчика хранить валютные поступления от экспортной деятельности на валютном счете за рубежом<sup>372</sup>: хотя предмет спора (договор купли-продажи) вполне арбитрабелен, исполнение подобного решения приведет к нарушению императивных норм российского валютного законодательства о репатриации и частичной продаже валютной выручки, что может быть расценено как нарушение российского публичного порядка. В то же время Президиум ВАС РФ разъяснил, что ничуть не противоречит российскому публичному порядку решение международного арбитража, которым предусматривается уплата российским должником каких-либо сумм в иностранной валюте<sup>373</sup>. Есть аналогичный прецедент и среди решений ВС РФ<sup>374</sup>.

<sup>371</sup> Van den Berg A.-J. The New York Arbitration Convention of 1958. 1981. P. 301.

<sup>372</sup> Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле», ст. 19.

<sup>373</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 6 августа 2002 г. по делу № 9772/01 // ВВАС РФ. 2002. № 11. С. 50.

<sup>374</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1998. № 9. С. 13–14.

Этот вопрос почему-то стал камнем преткновения для Арбитражного суда г. Москвы, который Определением от 8 октября 2010 г. по делу № А40-81499/10-68-697 со ссылкой на нарушение публичного порядка отказал в выдаче исполнительного листа на приведение в исполнение решения МКАС при ТПП РФ, которым с российского ответчика взыскивалась сумма в долларах США. Это Определение было отменено ФАС МО Постановлением от 13 декабря 2010 г. № КГ-А40/15452-10, разъяснившим, что

«Валютное законодательство Российской Федерации не запрещает открытия и ведения расчетов между резидентами и нерезидентами в иностранной валюте.

Кроме того, содержание понятия "публичный порядок" не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации.

Под публичным порядком Российской Федерации понимаются установленные государством основополагающие нормы об экономическом и социальном устройстве общества, главные устои основ правопорядка, закрепленные Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательством Российской Федерации.

Таким образом, оснований для признания порядка выплаты долга, предусмотренного в указанном решении, не соответствующим законодательству и публичному порядку Российской Федерации, не имелось».

При повторном рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа в Арбитражном суде г. Москвы оно было удовлетворено (Определение от 17 марта 2011 г. по делу № А40-81499/10-68-697).

Особо оговоримся, что нельзя любое несоответствие арбитражного решения (или последствий его исполнения) национальному законодательству считать нарушением публичного порядка: только нарушение в результате исполнения арбитражного решения норм публичного права, составляющих основы правопорядка, или сверхимперативных норм гражданского права может дать повод сослаться на нарушение публичного порядка. Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации в Определении от 25 сентября 1998 г. указала, что

«под «публичным порядком Российской Федерации» понимаются основы общественного строя российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона

могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания»<sup>375</sup>.

Такой подход Верховного Суда Российской Федерации оказался близок к подходу американского суда, указавшего, что ссылка на публичный порядок может быть сделана только тогда, когда «исполнение нарушит самые основные принципы морали и справедливости государства, в котором предполагается исполнение»<sup>376</sup>. Зарубежные суды неоднократно указывали, что вопросы публичного порядка должны трактоваться *очень узко*, иначе любое противоречие между иностранным законом, применявшимся в сделке, и законом страны, где испрашивается приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, можно будет трактовать как нарушение публичного порядка.

К сожалению, несмотря на процитированные выше абсолютно правильные указания, Верховный Суд Российской Федерации сам не всегда руководствуется ими. Например, автору известен прецедент, когда Верховный Суд сослался на публичный порядок в связи с тем, что при строительстве здания на территории Российской Федерации был использован не российский СНиП, а зарубежный строительный стандарт (который, кстати, содержал ничуть не менее жесткие требования, нежели СНиП); вряд ли такой факт можно считать противоречащим публичному порядку как основам общественного строя российского государства.

Для российских предпринимателей, в основном выступающих в качестве ответчиков в международных арбитражах, публичный порядок одно время казался универсальной палочкой-выручалочкой, схватившись за которую они смогут нейтрализовать любые невыгодные для них арбитражные решения. Разумеется, эта была иллюзия, основанная на недостатке знаний. Однако она «удачно» для российских предпринимателей совпала с нехваткой опыта и знаний у российских судей в сфере применения сверхимперативных норм права и норм международного частного права в целом. Многие российские юристы (в том числе судьи, особенно в отдаленных регионах) до недавних пор считали крамольной саму мысль о том, что в силу применения к внешнеэкономическому контракту иностранного права может быть нарушена какая-либо

---

<sup>375</sup> См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1999. № 3. С. 13.

<sup>376</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. I. P. 205.

императивная норма российского права или что вообще к отношениям с участием российской компании может применяться иностранное материальное право<sup>377</sup>.

О том, что далеко не все императивные нормы гражданского права, подпадающие под действие ст. 422 ГК, следует считать сверхимперативными в смысле ст. 1192 ГК, такие специалисты зачастую впервые слышат уже в ходе судебного процесса. Поясним еще раз это различие, сославшись на авторитетный комментарий к ГК РФ:

«Современное международное частное право исходит из существования двух видов императивных норм – императивных норм внутреннего гражданского права и сверхимперативных норм. Нормы первого вида устанавливают пределы осуществления принципа автономии воли сторон во внутреннем гражданском праве и выражают интересы, имеющие большую значимость для соответствующего государства, чем вышеназванный принцип. Именно в этом смысле термин «императивные нормы» употребляется в ст. 422 ГК.

В ситуации, когда из-за наличия в правоотношении иностранного элемента оно попадает в сферу действия международного частного права, применение императивных норм законодательства страны суда может быть устранено как вследствие коллизионной отсылки к иностранному праву, так и в результате прямо выраженного выбора его сторонами. Устранение действия не только диспозитивных, но и императивных норм законодательства страны суда (*lex fori*) в результате подчинения правоотношения иностранному праву можно считать одним из устоявшихся принципов международного частного права. В соответствии с этим же принципом применение к правоотношению иностранного права означает применение как диспозитивных, так и императивных норм этого права.

Нормы, входящие во вторую группу, обычно именуемые сверхимперативными, нормами непосредственного применения и т.п., подлежат применению независимо от того, какое право признано компетентным применительно к конкретному правоотношению. Ни выбор права сторонами, ни действие коллизионных норм страны суда не могут устранить их применения. Такая особая императивность указанных норм есть следствие интересов, на защиту

---

<sup>377</sup> Чтобы не быть обвиненным в голословности, привожу цитату из относительно недавнего Постановления ФАС ВВО от 25 мая 2006 г. по делу № А82-10555/2005-2-2, в котором отказано в исполнении иностранного арбитражного решения со ссылкой на публичный порядок. Формулировка следующая:

«решение иностранного государства [видимо, имеется в виду иностранное арбитражное решение. – Б.К.] противоречит публичному порядку Российской Федерации, так как не применены нормы этой страны».

которых направлены указанные нормы, и выражаемой ими цели, имеющих особую значимость для издавшего эти нормы государства. Другими словами, государственная политика, выражаемая через эти нормы, настолько важна, что государство не может ни при каких обстоятельствах допустить подчинение соответствующих отношений иностранному праву<sup>378</sup>».

Согласно классификации А.Н. Жильцова, к числу сверхимперативных норм российского права относятся, в частности, нормы об основных началах гражданского законодательства (ст. 1 ГК), о пределах осуществления гражданских прав (п. 1 ст. 10 ГК), о недействительности сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности (ч. 1 ст. 169 ГК), о свободе договора (п. 1 ст. 421 ГК). К числу сверхимперативных следует также отнести положения п. 3 ст. 162 ГК о последствиях несоблюдения простой письменной формы внешнеэкономических сделок, предписания п. 2 ст. 414 КТМ, не допускающие устранение или уменьшение ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, за утрату или повреждение груза и багажа либо за просрочку их доставки посредством соглашения сторон о подлежащем применению праве.

Только особая законодательная политика, выражаемая четко сформулированной нормой материального права, в сочетании с наличием тесной связи ситуации с соответствующей правовой системой является основанием для отхода от общего коллизионного принципа, согласно которому обязательственное отношение, осложненное иностранным элементом, регулируется правом, избранным сторонами договора, либо установленным вследствие коллизионной отсылки. В таких случаях наряду с избранным сторонами договорным статутом состав арбитража должен изучать и вопрос о наличии и целесообразности применения сверхимперативной нормы гражданского права, отличного от *lex contractus*, наряду с нормами договорного статута. Как отмечается в одном из авторитетнейших трудов по коллизионному праву,

«законы, применяемые независимо от воли сторон [overriding statutes], представляют собой исключение из общего правила, в соответствии с которым законы применяются в том случае, если они являются частью применимого [к сделке] права. Одной из основных причин применения такого законодательства вопреки избранному сторонами праву является то, что в противном случае цель

---

<sup>378</sup> Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002 (автор комментария к ст. 1192 – А.Н. Жильцов) (цит. по: СПС «КонсультантПлюс»).

законодательства, направленная на регулирование определенных договорных отношений, может оказаться не достигнутой, если стороны могут свободно подчинить свой договор какому-либо иностранному праву»<sup>379</sup>.

Разумеется, выводы, сделанные составом арбитража, будут проверены государственными судами в процессе оспаривания и приведения в исполнение арбитражного решения. При этом вопрос о том, что состав арбитража не применил ту или иную сверхимперативную норму *lex fori* будет ставиться и рассматриваться именно в связи со ссылкой на возможное нарушение публичного порядка. Причем сразу отметим, что практика западных судов весьма консервативно толкует ссылки на нарушение публичного порядка в целом и в связи с неприменением той или иной сверхимперативной нормы в частности.

Неприменение международным арбитражем норм российского законодательства, например, о соотношении штрафа и неустойки, или о существенных условиях договора определенного вида, или применение санкций или средств обеспечения исполнения обязательств, неизвестных российскому праву, не может рассматриваться как нарушение сверхимперативной нормы российского права и влечь за собой ссылку на нарушение публичного порядка в результате приведения в исполнение решения международного арбитража, который руководствовался иностранными правовыми нормами при решении соответствующего вопроса. Ниже будут приведены примеры из судебной практики, подтверждающие этот тезис.

К сожалению, нехватка знаний в сфере международного частного права у российских судей также является следствием многолетней монополии внешней торговли и чувствующейся до сих пор нехватки в России квалифицированного преподавания этой дисциплины.

Таким образом, сложный и достаточно схоластический вопрос о публичном порядке перешел в России из разряда теоретических в сугубо практическую сферу. И собственная судебная практика автора, и изучение большого количества материалов российских судебных дел свидетельствуют о том, что ссылки на публичный порядок встречаются едва ли ни в каждом деле о принудительном исполнении решения международного арбитража.

В то же время большинство судей государственных судов, повторим, не являются специалистами в области международного частного права, и для них часто

---

<sup>379</sup> Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 14<sup>th</sup> edition, P. 25.

затруднительно пользование такой сложной абстрактной категорией, как публичный порядок, тем более, что в науке выделяются «позитивный» и «негативный» публичный порядок, международный и внутренний, материально-правовой, процессуальный<sup>380</sup> и коллизионный<sup>381</sup>. К отсутствию четкости в этом вопросе добавило трудности еще и стремление некоторых российских ученых разграничить сложными теоретическими построениями собственно публичный порядок и «основополагающие принципы российского права» или «основы правопорядка Российской Федерации»<sup>382</sup>.

Автор решительно поддерживает подход одного из наиболее авторитетных специалистов России в сфере международного гражданского процесса, проф. В.А. Мусина, который совершенно справедливо утверждает:

«Понятия «основы правопорядка Российской Федерации» и «основополагающие принципы российского права» суть, несомненно, синонимы»<sup>383</sup>.

Терминологическая разница между Законом о МКА, который вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ сослался на публичный порядок, и Законом о третейских судах, где есть ссылка на основополагающие принципы российского права (п.2 ст. 42), а также АПК, где на понятие «основополагающие принципы российского права» ссылается п. 2. ч. 3 ст. 239 АПК, в то время как п. 7 ч. 2 ст. 244 АПК ссылается на противоречие публичному порядку Российской Федерации как на основание для отказа в приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, действительно имеется. Но эта разница обусловлена лишь слабой юридической техникой российского законодателя, которому показалось разумным заменить непонятный термин «публичный порядок», использованный в Конвенции и Типовом законе ЮНСИТРАЛ, другим, на первый взгляд более понятным

---

<sup>380</sup> О процессуальном публичном порядке более подробно см.: Крохалев С.В. Международный коммерческий арбитраж и публичный порядок. Краткий обзор французской доктрины и судебной практики // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 80; Он же. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб.: Издательский дом С.-Петербург. гос. ун-та, 2006. Недавние дела, связанные с отменой арбитражных решений со ссылкой на нарушение процессуального публичного порядка *La Societe Commercial Caribbean Niquel c. La Societe Overseas Mining Investments Ltd*, Paris Cour d'appel, 1<sup>st</sup> Chamber, 08/23901, 25 March 2010; *Engel Austria c. Don Trade* (Paris Cour d'appel 3 December 2009). Обычно такие ссылки имеют место в случае, если арбитры основывают свое решение на подходе, который не был обоснован сторонами и который представители сторон не имели возможности прокомментировать в ходе процесса.

<sup>381</sup> См.: Шах Х. Международное гражданское процессуальное право. М.: БЕК, 2001. С. 418.

<sup>382</sup> Об этой проблеме см., например: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: Проблемы. Тенденции. Перспективы». М.: Волтерс Клувер, 2005, п.14.14 (СПС «КонсультантПлюс»). Профессор Скворцов поддерживает позицию авторов, пытающихся разграничить понятия «публичный порядок» и «основы правопорядка Российской Федерации» в контексте приведения в исполнение решений третейских судов, например: Арбитражный процесс. Учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 692 (автор главы – Е.А. Виноградова).

<sup>383</sup> Мусин В.А. О взаимоотношениях арбитражных и третейских судов // Арбитражные споры. 2004. № 1 (25). С. 101.

термином «основополагающие принципы российского права», применение которого на практике вызвало к жизни схоластическую дискуссию о содержании понятия «основы правопорядка Российской Федерации». *Все эти термины и понятия лишь клоны конструкции «публичный порядок», хорошо известной специалистам в области международного частного права.*

На помощь судьям в этом лабиринте схоластических конструкций должна прийти судебная практика, т.е. прецеденты российских и зарубежных судов, которые отказывали в приведении в исполнение решений внутренних третейских судов и международных арбитражей со ссылкой на публичный порядок. Именно по этому пути мы пойдем при изучении настоящего курса – упор должен быть сделан не на академическое описание этого достаточно изученного понятия<sup>384</sup>, а на то, что именно может (или не может) считаться нарушением публичного порядка в контексте Конвенции и Закона о МКА. Сначала обратимся к зарубежной практике, а затем сопоставим ее с российской.

В практике судов развитых государств отказ в приведении в исполнение арбитражного решения встречается очень редко, особенно если речь идет о международном арбитражном решении. Это связано не в последнюю очередь с тем, что в ведущих правовых системах мира понятие «международного» или «истинно международного» (truly international) публичного порядка представляет собой лишь частный случай в применении конструкции публичного порядка, как она могла бы применяться по отношению к решениям внутренних судов и арбитражей<sup>385</sup>. Сталкиваясь с решением международного арбитража суды таких государств трактуют «международный» публичный порядок лишь как «наиболее основные принципы морали и справедливости», в то время как по отношению к местным судебным актам и решениям внутренних третейских судов они готовы применять более широкие категории публичного порядка.

---

<sup>384</sup> См., например: *Вербар К.* Определение публичного порядка во внутреннем праве России через французское право / Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2001 (№ 1). С. 264; *Богуславский М.М., Карбельников Б.Р.* Исполнение решений международных арбитражей и ссылки на публичный порядок // *Хозяйство и право.* 2003. № 9. С. 134; *Мусин В.А.* Противоречие публичному порядку как одно из оснований для отказа в принудительном исполнении решения международного коммерческого арбитража // *Третейский суд.* 2003. № 6. С. 83.

<sup>385</sup> См.: *International Arbitration Checklists, Lawrence W. Newman, Grant Hanessian (eds), 2004, Juris Publishing.* P. 187; *Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 616; *ILA Committee on International Commercial Arbitration's Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (London Conference, 2000);* Окончательный доклад по публичному порядку 2002 г. Ассоциации международного права, см. в журнале «Международный коммерческий арбитраж». 2004. № 3. С. 41.

Таким образом, в корне ошибочной является попытка некоторых российских правоведов считать «международный» публичный порядок своего рода «дополнением» к «национальному правопорядку», основанному на международно-правовых источниках<sup>386</sup>. Наоборот – это неотъемлемая часть именно национального публичного порядка, его «сердцевина», касающаяся наиболее важных устоев государства и правосудия<sup>387</sup>. Разумеется, нечасто решение арбитража по отдельному частно-правовому спору может затронуть такие устои. Этим и объясняется столь редкое применение публичного порядка в качестве отказа в приведении в исполнение арбитражного решения в практике западных судов.

Известнейший специалист в области международного арбитража проф. А.-Я. ван ден Берг насчитал за 45 лет применения Нью-Йоркской конвенции в опубликованной судебной практике ведущих мировых правовых систем лишь восемь случаев, когда суды развитых государств отказывали в приведении в исполнение решений международных арбитражей со ссылкой на публичный порядок, и даже эти случаи чаще всего связаны либо с применением устаревших и теперь отмененных норм права, либо с очевидными процессуальными ошибками, допущенными арбитрами в ходе процесса<sup>388</sup>. Как правило, ссылки на публичный порядок в западных судах воспринимаются как курьез и обречены на неудачу. К сожалению, этого не понимают некоторые российские компании, вынужденные вести разбирательство за рубежом и пытающиеся перенести в западные суды свое понимание этой категории как универсального средства возражения против исполнения арбитражного решения.

Так, например, в 2004 г. компания «Аэрофлот» пыталась со ссылкой на публичный порядок воспрепятствовать исполнению в США решения шведского арбитража, вынесенного против нее в пользу американской компании, которая оказывала «Аэрофлоту» различные услуги. Ответчик считал, что сделка (и основанное на ней арбитражное решение) нарушает американский публичный порядок, так как услуги

---

<sup>386</sup> См.: *Нештаева Т.Н.* Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // ВВАС РФ. 2004. № 3. С. 132.

<sup>387</sup> В связи с проявившимся в последнее время у российских исследователей желанием творчески развивать понятие «международного публичного порядка» следует рекомендовать им классическую публикацию по этому вопросу известнейшего швейцарского специалиста П. Лалива: *Lalive P.* (in cooperation with P.M. Patocchi). *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration.* ICCA Congress Series, No 3 (1986), New York. P. 258.

<sup>388</sup> *Ван ден Берг А.-Я.* Почему некоторые арбитражные решения не могут быть принудительно исполнены? Доклад на 17-й Конференции Международного совета по коммерческому арбитражу (ICCA), Пекин, май 2004 // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 37.

американской компании касались бизнеса «Аэрофлота» в Иране и, по его мнению, тем самым нарушали эмбарго, наложенное США на Иран<sup>389</sup>.

Суд объяснил ответчику, что даже если предположить, что заключенное им с истцом Соглашение действительно нарушало эмбарго США, наложенное на Иран, «Аэрофлот» не смог доказать, что приведение в исполнение шведского арбитражного решения нарушит «самые основные понятия морали и справедливости» страны суда. Цитируя решение 1974 г. Апелляционного суда Соединенных Штатов Второго округа в деле *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*<sup>390</sup>, американский суд отметил, что нарушение внешней политики США не нарушает публичный порядок, как это предусмотрено ст. V Конвенции. Суд согласился с недавним решением в деле *Sarhank Group v. Oracle Corp*<sup>391</sup> в том, что аргументы, основанные на ссылках на публичный порядок, должны приниматься с осторожностью, чтобы не препятствовать приведению в исполнение арбитражных решений, вынесенных в Соединенных Штатах, судами других стран.

В качестве другого недавнего примера (на этот раз не связанного с российскими предпринимателями) можно сослаться на решение Апелляционного суда Западной Швеции по делу T 4366-02, вынесенное 29 декабря 2003 г.<sup>392</sup>, отказавшегося отменить решение международного арбитража, вынесенное в Швеции, несмотря на все попытки проигравшей арбитраж стороны доказать, что оно нарушает императивные нормы права ЕС и, следовательно, публичный порядок. Шведские судьи, не умаляя значения таких норм, посчитали, что решение арбитра, присудившего возмещение убытков компании-продавцу, чья продукция не соответствовала техническим стандартам ЕС, не нарушило публичный порядок. Такой вывод основан на том, что арбитр не обязывал покупателя оплачивать продукцию, которая не могла быть им использована, а лишь настаивал на соблюдении им условий договора, согласно которым поставщику должна была быть предоставлена возможность устранить дефекты его продукции, что не противоречит императивным нормам ЕС о технических стандартах.

---

<sup>389</sup> *MGM Productions Group, Inc. (США) v. Aeroflot*, Yearbook Commercial Arbitration vol. XXVIII, русский перевод опубликован в журнале «Международный коммерческий арбитраж», 2005 № 2. Решение американского суда первой инстанции по этому делу было поддержано Апелляционным судом Второго округа от 9 февраля 2004 г., см.: Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXIX. P. 1215.

<sup>390</sup> Опубликовано в Yearbook Commercial Arbitration. Vol. I (1976) P. 205 (US no. 7).

<sup>391</sup> Опубликовано в Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXVIII (2003).P. 1043–1054 (US. no. 415), русский перевод опубликован в журнале «Международный коммерческий арбитраж», 2005. № 3.

<sup>392</sup> Stockholm Arbitration Report, 2004:2.

Указания по поводу содержания и применения понятия публичного порядка при принудительном исполнении иностранных арбитражных решений можно почерпнуть в Окончательном докладе по публичному порядку 2002 г. Ассоциации международного права<sup>393</sup>, причем даже этот доклад уже подвергся критике со стороны ряда специалистов как излишне широко трактующий возможность обращения к категории публичного порядка.

Практика российских государственных арбитражных судов по применению понятия публичный порядок после вступления в силу АПК РФ 2002 г. отличалась непоследовательностью и, отчасти, непредсказуемостью. За прошедшие с этого момента годы произошло определенное упорядочение такой практики, основанное на правовых позициях ВАС РФ. Прежде всего, свою роль сыграло обобщение судебной практики, данное в Информационном письме № 96, в его п. 29, 12, 20, 30 и 31. Последние два пункта не представляют особого интереса, в то время как анализ практики применения пунктов 29, 12 и 20 очень важен.

В п. 29 Информационного письма № 96 было сформулировано представление о публичном порядке:

*«При новом рассмотрении дела и после исследования поставленных вопросов арбитражный суд отказал в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, поскольку последствия исполнения подобного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации, основанному на принципах равенства сторон гражданско-правовых отношений, добросовестности их поведения, соразмерности мер гражданско-правовой ответственности последствиям правонарушения с учетом вины»* [выделено мною. – Б.К.]

Процитированный выше абзац п. 29 Информационного письма № 96 пытается сформулировать критерии понятия «публичный порядок», не только не основанные на материалах какого-либо судебного акта, но и весьма сомнительные с академической точки зрения<sup>394</sup>.

---

<sup>393</sup> Размещено в Интернете по адресу [www.ila-hq.org](http://www.ila-hq.org), перевод и комментарий В.М. Хвесени к принятой по итогам обсуждения этого доклада резолюции см. в журнале «Международный коммерческий арбитраж», 2004, № 3. С. 41.

<sup>394</sup> См. подробную критику п. 29 Информационного письма № 96 в следующей публикации: 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.: Статут, 2008, С. 430 (доступно в СПС «КонсультантПлюс»). В связи с публикацией Информационного письма № 156 при подготовке второго издания настоящего учебника этот материал был опущен.

Правда, в соответствии с п. 12 и 20 Информационного письма № 96, судам было разъяснено, что «При рассмотрении заявления об отмене решения третейского суда арбитражный суд *не вправе пересматривать решение по существу*» и что «Арбитражный суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда *не переоценивает фактические обстоятельства, установленные третейским судом*». Хотя эти пункты Информационного письма № 96 по своим формулировкам на первый взгляд не должны касаться международных арбитражей и относятся только к решениям внутренних третейских судов, на самом деле Законы о МКА и о третейских судах содержат идентичные нормы об основаниях для отмены или отказа в приведении в исполнение решения третейского суда, и ссылки на п. 12 и 20 Информационного письма № 96 стали часто применяться в делах, касающихся международных арбитражей, причем именно тех, в которых имела место ссылка на нарушение публичного порядка.

Специалисты всерьез опасались, что дефиниция понятия «публичный порядок», включенная в последний абзац п. 29 Информационного письма № 96 станет серьезным препятствием на пути развития международного арбитража в нашей стране. И действительно, в 2006 г. (напомним, что хотя Информационное письмо № 96 датировано 22 декабря 2005 г., опубликовано оно было в январе 2006 г.) ссылки на публичный порядок и близкие к нему категории встречались едва ли не в каждом деле об оспаривании или приведении в исполнение арбитражных решений, но, к счастью, *судебная практика по этим вопросам оказалась несомненно лучше*, нежели формулировки п. 29 Информационного письма № 96.

Стороны, проигравшие арбитраж, вдохновленные расплывчатыми формулировками п. 29 Информационного письма № 96, проявляли недюжинную изобретательность в поиске новых вариантов гипотетических нарушений публичного порядка, вытекающих из арбитражных решений: в таком качестве квалифицировалось и взыскание задолженности в иностранной валюте, и нарушение принципа законности, выразившееся в отказе арбитров следовать толкованию закона, которого придерживался ответчик в арбитражном разбирательстве, и многое другое. Однако Арбитражный суд г. Москвы и ФАС МО неоднократно отказывали в удовлетворении заявлений, направленных на отмену решений МКАС и МАК при ТПП РФ по мотивам публичного порядка и в отказе в исполнении решений международных арбитражей по этим же мотивам. Имеет смысл процитировать некоторые формулировки ФАС МО, свидетельствующие о

глубоком понимании этим кассационным судом своей роли в проверке соответствия арбитражного решения публичному порядку:

«...доводы заявителя относительно оснований для отмены решения МКАС требуют проверки правильности оценки третейским судом доказательств, представленных сторонами третейского спора, а также проверки правильности применения норм материального права третейским судом, что не входит в компетенцию арбитражного суда» (Постановление ФАС МО от 21 июня 2006 г. по делу № КГ-А40/5249-06-П);

«[Заявитель] считает, что при принятии решения третейского суда нарушен публичный порядок Российской Федерации.

По мнению [заявителя], нарушение публичного порядка выразилось в нарушении третейским судом принципов законности, состязательности сторон и независимости судей.

Данный довод заявителя основан на неверном толковании закона.

Предметом оценки арбитражного суда для применения пункта 2 статьи 34 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» является проверка соответствия публичному порядку самого решения международного коммерческого арбитража, а не вопросы исследования третейским судом доказательств по делу или правильность применения норм материального права.

Из материалов дела видно, что ОАО [заявитель], ссылаясь на нарушение международным коммерческим арбитражем гражданско-правовых и отраслевых принципов, по сути, обосновывает свои доводы ссылками на конкретные доказательства, которые получили оценку в ходе третейского разбирательства» (Постановление ФАС МО от 10 августа 2006 г. по делу № КГ-А40/7038-05).

Самое оригинальное обоснование необходимости отмены арбитражного решения было заявлено компанией, проигравшей процесс в МКАС при ТПП РФ и просившей отменить арбитражное решение на основании того, что оно якобы нарушает права третьего лица, не участвовавшего в арбитражном разбирательстве, что противоречит ст. 46 Конституции РФ. Арбитражный суд г. Москвы с доводами заявителя согласился и решение МКАС отменил. Тогда в ФАС МО обратилось само то лицо, чьи права якобы были нарушены, и заявило, что вовсе не считает себя обиженным решением МКАС. Кассационная инстанция разобралась в сложившейся ситуации и отменила Определение

Арбитражного суда г. Москвы, указав при этом, что спорное решение МКАС принято на основании третейского соглашения, стороной которого это лицо не было, и поэтому не является обязательным для такого лица и не нарушает его прав. (Постановление ФАС МО от 15 мая 2006 г. по делу № КГ-А40/3981-06-1-2.)

Одним из наиболее ярких дел последних лет, связанных со ссылкой на нарушение публичного порядка, стала странная история с займами, которые были предоставлены ирландской компанией «Келтик Ресорсиз Холдингс Пи-Эл-Си» акционерному обществу «Южно-Верхоянская горнодобывающая компания». Впоследствии право требования к заемщику было уступлено первоначальным кредитором голландской компании «Ардуина Холдинг Б.В.», которая и обратилась в МКАС при ТПП РФ с исками о возврате кредитов и взыскании процентов. Всего было подано пять исков (по числу кредитов), и МКАС при ТПП РФ вынес пять одинаковых решений, обязывающих заемщика исполнить принятые им по кредитным договорам обязательства в пользу нового кредитора. При этом составу арбитража пришлось разрешать многочисленные проблемы, искусственно созданные на пути правосудия ответчиком и первоначальным кредитором, который пожелал связать цессию с исполнением других деловых обязательств и, как следствие, ее оспорить. Обстоятельства этих необычных дел были изложены в журнале «Международный коммерческий арбитраж» (2006, № 1), в котором было опубликовано (в обычной для публикации арбитражных решений обработке) решение МКАС при ТПП РФ по одному из этих дел.

После получения решений МКАС истец, компания «Ардуина», обратился в Арбитражный суд Республики Саха (Якутия) с заявлениями об их принудительном исполнении. Заявления были удовлетворены, но ФАС ВСО пятью своими Постановлениями их отменил со ссылкой на то, что решениями МКАС нарушены «принципы законности и обоснованности судебных решений», т.е. применил подход, основанный на формулировках п. 29 Информационного письма № 96.

И тут в эту странную историю вмешался Высший Арбитражный Суд. Пятью Постановлениями Президиум ВАС РФ отменил Постановления ФАС ВСО и оставил в силе пять Определений Арбитражного суда Республики Саха (Якутия) о выдаче исполнительных листов на соответствующие решения МКАС. При этом Президиум ВАС так аргументировал свою позицию:

«Суд кассационной инстанции не учел, что обязанность по установлению фактических обстоятельств дела входит в полномочия третейского суда, который при

рассмотрении спора установил факт предоставления обществу суммы займа, стороны данный факт в третейском разбирательстве не опровергли, в арбитраж представлено гарантийное письмо о принятии заемных средств» (из Постановления Президиума ВАС РФ по делу № 4438/06 от 12 сентября 2006 г.).

Таким образом, Президиум ВАС РФ посчитал, что п. 20 Информационного письма № 96 о недопустимости пересмотра существа арбитражного решения важнее п. 29 того же документа, приглашающего суды к самостоятельной трактовке понятия публичный порядок. После этого судьи государственных арбитражных судов стали осторожнее подходить к делам, содержащим ссылку на это понятие.

В Постановлении ФАС ВСО от 22 января 2007 г. по делу № А58-5134/06-Ф02-7285/06-С2, которым закончилось рассмотрение в России описанного выше дела компании «Ардуина», было впервые сформулировано получившее впоследствии широкое распространение среди судей арбитражных судов представление о нарушении публичного порядка Российской Федерации:

«Решение международного третейского суда может быть признано противоречащим публичному порядку Российской Федерации в том случае, если в результате его исполнения будут совершены действия либо прямо запрещенные законом, либо наносящие ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивающие интересы больших социальных групп, являющиеся несовместимыми с принципами построения экономической, политической, правовой системы государств, затрагивающие конституционные права и свободы граждан, а также противоречащие основным принципам гражданского законодательства, таким как равенство участников, неприкосновенность собственности, свободы договора»<sup>395</sup>.

Несомненно, такая формулировка значительно лучше, нежели аморфно-демагогическая конструкция п. 29 Информационного письма № 96, приглашающая государственный суд под благовидным предлогом защиты публичного порядка пересматривать существо решений международных арбитражей.

Еще одно дело, в котором есть ссылка на публичный порядок, изложено в п. 31 Информационного письма № 96. В нем государственные арбитражные суды приводят в исполнение решение международного арбитража, которым с российского ответчика

---

<sup>395</sup> Слово в слово этот подход повторен в Постановлении ФАС МО от 14 июня 2007 г., 21 июня 2007 г. № КГ-А40/5368-07 по делу № А40-3513/07-40-34, в Постановлении ФАС УО от 28 октября 2008 г. № Ф09-6789/08-С5, в Постановлении ФАС МО от 28 января 2009 г. № КГ-А40/13179-08. Похожую позицию мы видим в Определении ВАС РФ от 03 августа 2010 года № ВАС-8786/10 по делу № А40-24208/10-63-209 и в Постановлении ФАС МО от 20 октября 2009 года № КГ-А40/12243-09 по делу № А40-110397/09-39-830.

взыскивается сумма в долларах США. Ответчик возражал, что такой платеж будет противоречить публичному порядку РФ, так как «платежным средством на территории Российской Федерации является рубль». Разумеется, во внешнеэкономических операциях расчеты в долларах носят законный характер, но для того, чтобы это удостоверить, потребовалось вмешательство Президиума ВАС РФ.

Несмотря на то, что правовая позиция ВАС РФ в отношении применения ссылки на нарушение публичного порядка оказалась гораздо лучше п. 29 Информационного письма № 96, это информационное письмо все равно до недавних пор играло существенную роль в российских судах при рассмотрении дел, связанных с международными арбитражами. Ситуация радикально улучшилась с принятием 26 февраля 2013 г. Информационного письма № 156. В первом же пункте этого Информационного письма дается следующая формулировка понятия «публичный порядок»:

«... под публичным порядком в целях применения названных норм [подпункта «б» пункта 2 статьи V Нью-Йоркской конвенции и пункта 7 части 1 статьи 244 АПК РФ – *Б.К.*] понимаются 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 (статья 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации ...), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц».

Фактически, это та же процитированная выше формулировка, которая была воплощена в судебных актах, начиная с 2007 года, с одной только важной поправкой – в нее включена ссылка на ст. 1192 ГК. Вряд ли это удачно: сама норма статьи 1192 ГК представляет собой лишь отсылку, и можно спорить, какие нормы ГК и других источников частного права относятся или не относятся к сверхимперативным<sup>396</sup>. Но все-таки подчеркнем: знак равенства между нарушением публичного порядка и нарушением сверхимперативных норм ставится, согласно формулировке п. 1 Информационного

<sup>396</sup> Жильцов А.Н. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже//Международный коммерческий арбитраж. 2004. №2. С. 40; Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации/под ред. А.Л.Маковского, Е.А.Суханова. М.:Юристъ, 2002. С.351.

письма № 156, только в тех сугубо гипотетических случаях, когда в результате совершения запрещенных сверхимперативными нормами действий

«наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц».

Ни одного примера таких действий в Информационном письме № 156 не содержится (хотя в нем есть два примера отказа в исполнении иностранного арбитражного решения: когда сам договор был заключен в результате совершения преступления, установленного обвинительным приговором суда, вступившим в законную силу (п. 2), и когда назначенный стороной по делу арбитр оказался сотрудником аффилированного с этой стороной лица, но поданный ему в связи с этим отвод был отклонен (п. 12)). Это уточнение должно охладить пыл российских компаний, даже подконтрольных государству, которые полагают, что взыскание с них денег приведет к катастрофе национального масштаба. К тому же, п. 1 Информационного письма № 156 прямо нейтрализует вредоносное действие п. 29 Информационного письма № 96, вступая с ним в прямое противоречие. Наконец, в том же первом пункте нового письма продублирована (и в пункте 3 повторена) идея п. 20 Информационного письма № 96 о запрете пересмотра существа арбитражного решения, на этот раз в привязке к международному арбитражу:

«приведенные обществом доводы в обоснование противоречия признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения публичному порядку Российской Федерации фактически направлены на пересмотр его по существу, что не согласуется с частью 4 статьи 243 АПК РФ.»

Попутно подтверждено и предложенное в литературе толкование<sup>397</sup>, распространяющее норму ч. 4 ст. 243 АПК на решения не только прямо поименованных в этой части ст. 243 АПК решения иностранных судов, но и на решения иностранных арбитражей.

Впрочем, так как п. 29 Информационного письма № 96 (даже в связи с принятием Информационного письма № 156) формально никто не отменял, опираясь на указанный в нем «принцип законности» государственные арбитражные суды не раз пытались отменять решения международных арбитражей или отказывать в их приведении в исполнение.

---

<sup>397</sup> 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.: Статут, 2008, С. 430.

Такие попытки, как правило, пресекались вышестоящими инстанциями. Вот несколько примеров:

«нарушение публичного порядка как основание для отмены решения третейского суда должно заключаться в нарушении конкретных основополагающих принципов права и иметь конкретные правовые последствия для заявителя в виде ущемления его прав и законных интересов. Однако наличие подобных обстоятельств судами не установлено, а заявитель на них не ссылался.

<...>

Содержащееся в настоящем постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации толкование правовых норм является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел» (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 января 2011 г. № 11861/10 по делу № А40-16431/10-25-137).

«...доводы Общества сводятся по существу к тому, что иностранный суд [имеется в виду международный арбитражный суд. – *Б.К.*] принял решение, которое основано на голословных заявлениях взыскателя, не подтвержденных документально, и поэтому исполнение решения иностранного суда противоречит основным принципам российского права и публичному порядку Российской Федерации.

При применении пункта 7 части 1 статьи 244 АПК РФ следует иметь в виду, что оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания.

В данном случае отсутствуют основания считать, что исполнение на территории Российской Федерации решения Арбитражного суда города Цюриха об уплате долга и процентов российской компанией в пользу иностранной компании на основании заключенного между ними агентского договора может породить такой результат» (Постановление ФАС СЗО от 18 марта 2010 г. по делу № А56-82470/2009).

«довод общества о том, что решение Арбитража не может быть признано и исполнено на территории Российской Федерации, поскольку оно противоречит публичному порядку, не может быть принят во внимание. Исполнение решения Арбитража не повлечет за собой результат, противный общепринятым нормам

нравственности и морали, угрозу жизни и здоровью граждан, безопасности государства» (Определение ВАС РФ от 3 августа 2010 г. № ВАС-8786/10 по делу № А40-24208/10-63-209).

31 мая 2005 г. было принято Постановление Президиума ВАС РФ № 16697/04, в котором пересмотрены акты нижестоящих арбитражных судов об отмене решения третейского суда. Поводом для отмены послужило то, что при взыскании неустойки за нарушение обязательств третейский суд не применил ст. 333 ГК РФ о снижении размера неустойки, чем, по мнению Арбитражного суда Брянской области и ФАС Центрального округа, нарушил основополагающие принципы российского права. Президиум ВАС РФ с такой постановкой вопроса не согласился, посчитав, что вследствие отказа третейского суда от применения не обязательной к применению нормы ст. 333 ГК о соразмерности санкций последствиям нарушения обязательства никакие «основные начала гражданского законодательства» (так обосновывалось применение нормы п. 2 ч. 3 ст. 233 АПК РФ об основополагающих принципах российского права нижестоящими судами) нарушены не были. В удовлетворении требования об отмене решения третейского суда было отказано. Хотя это дело касается внутреннего третейского суда, оно имеет принципиальную важность, так как в нем Президиум ВАС РФ недвусмысленно запретил попытки пересмотра существа арбитражного решения со ссылкой на публичный порядок или основополагающие принципы российского права. Этот прецедент имел огромное значение не только для внутренних третейских судов, но и для международных арбитражей, действующих на территории РФ – но он не нашел своего отражения в Информационном письме № 96<sup>398</sup>.

Не привела к успеху и ссылка на нарушение арбитражным решением «принципа соразмерности» как разновидности публичного порядка:

«Под нарушением основополагающих принципов российского права понимается покушение на основы правопорядка или нравственности конкретного общества, а не нарушение отдельных отраслевых правовых принципов. Пример

---

<sup>398</sup> Перечислим еще несколько судебных актов, принятых позднее, которыми отвергнуты попытки заинтересованных лиц представить ст. 333 ГК как сверхимперативную норму или рассматривать взимание арбитражем неустойки в сумме, превышающей размер основного долга, как нарушение публичного порядка: Постановления Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2005 г. № 8660/05; от 19 сентября 2006 г. по делу № 5243/06; от 20 марта 2007 г. № 15421/06; Постановление ФАС МО от 7 ноября 2007 г. по делу № КГ-А40/11337-07. В то же время осталось в силе очевидно противоречащее правовой позиции ВАС РФ Постановлению ФАС ВВО от 25 мая 2006 г. по делу № А82-10555/2005-2-2, которым в исполнении иностранного арбитражного решения было отказано со ссылкой на то, что, не применив ст. 333 ГК при рассмотрении спора по договору, подчиненному иностранному праву, иностранный арбитраж тем самым нарушил публичный порядок Российской Федерации.

нарушения публичного порядка – ничтожность сделки по основаниям, предусмотренным ст. 169 Гражданского кодекса Российской Федерации, или применение института иностранного права, несовместимого с российской правовой системой (например, полигамия)» (Постановление ФАС МО от 20 ноября 2009 г. № КГ-А40/12243-09).

Кроме того, суды активно используют идеи, заложенные в п. 12 и 20 Информационного письма № 96 (и подкрепленные пунктами 1 и 3 Информационного письма № 156), как обоснование запрета на пересмотр существа решения международного арбитража в процессе его оспаривания или приведения в исполнение. Рассмотрим несколько примеров<sup>399</sup>.

В Постановлении ФАС МО от 29 декабря 2005 г. № КГ-А40/12843-05 указано:

«Доводы заявителя кассационной жалобы со ссылкой на нормы ст. ст. 218, 422, 421, 608, 702, 703, 168 ГК РФ о том, что третейским судом дана неправильная правовая квалификация договора № 607/2001, содержащего, по мнению заявителя, элементы строительного подряда и аренды, а также о том, что этот договор в части условий, касающихся аренды, является недействительным, направлены на обжалование решения третейского суда по существу рассмотренного им спора, что в силу закона не входит в компетенцию [государственного. – Б.К.] арбитражного суда».

В Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 12 апреля 2010 г. по делу № А52-33/2010 указано:

«в силу статьи 36 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и статьи 244 АПК РФ у арбитражного суда отсутствуют полномочия пересматривать по существу либо давать иную оценку установленным международным коммерческим арбитражем обстоятельствам и правильности применения им норм права».

В Постановлении ФАС МО от 29 июля 2008 г. № КГ-А40/6310-08-П разъяснено:

«Оспаривая соблюдение МКАС при ТПП РФ принципа законности, установленного Конституцией РФ, заявитель фактически ссылается на неправильное

---

<sup>399</sup> Необходимо признать, что существуют и ошибочные судебные акты, когда со ссылкой на п. 29 Информационного письма № 96 российские судьи осуществляют пересмотр существа арбитражного решения, см., например: Постановление ФАС ДВО от 18 февраля 2011 г. № Ф03-9096/2010. После принятия Информационного письма № 156 такие судебные ошибки станут менее вероятными.

применение третейским судом норм материального права и неполное исследование доказательств по делу.

Как правильно указал суд первой инстанции, указанные доводы заявителя направлены на оспаривание решения МКАС при ТПП РФ по существу, в связи с чем не подлежат рассмотрению арбитражным судом в рамках производства по оспариванию решения коммерческого арбитража».

В Постановлении ФАС МО от 28 августа 2008 г. № КГ-А40/7724-08 разъяснено еще более категорично:

«Исходя из положений ст. 34 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и ст. 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд при рассмотрении дел об оспаривании решений третейских судов ограничивается установлением наличия или отсутствия оснований для отмены решения третейского суда, не допуская переоценки по сути конкретных обстоятельств этого дела».

Судьи ВАС, отказывая в передаче в Президиум в порядке надзора дела, в котором нижестоящие суды отказали в отмене решения третейского суда, пояснили (Определение ВАС РФ от 12 ноября 2009 г. № ВАС-11516/09 по делу № А32-11285/2009-55/189ТР):

«рассмотрение вопроса о правильности начисления убытков и конкретных обстоятельств дела означало бы выход арбитражного суда за пределы своей компетенции и пересмотр решения третейского суда по существу, что противоречит сложившейся арбитражной практике по рассмотрению данной категории споров и подтверждается пунктом 12 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражным судом 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», согласно которому арбитражный суд при рассмотрении заявления об отмене решения третейского суда не вправе пересматривать решение по существу».

Ранее в § 5.3 уже упоминалось дело о признании и приведении в исполнение арбитражного решения Международного Арбитражного Суда при Палате экономики Австрии от 19 августа 2009 г. по делу N SCH-5042 по иску компании HiPP GmbH & Co. Export KG к ООО «СИВМА. Детское питание» и ЗАО «СИВМА. Детское питание». Одной из причин (помимо юрисдикционных возражений, рассмотренных в § 5.3), по

которой в его приведении в исполнение было дважды отказано Арбитражным судом г. Москвы, было то, что, по мнению этого суда, состав арбитража совершил ошибку при рассмотрении вопроса о действительности заключенных между сторонами договоров, и поэтому приведение в исполнение этого иностранного арбитражного решения повлечет за собой нарушение публичного порядка Российской Федерации. Президиум ВАС РФ с таким подходом не согласился и объяснил следующее:

«...рассмотрение вопросов о компетенции арбитража Австрии, действительности договора поручительства и иных направлено на пересмотр по существу решения о взыскании задолженности, вынесенного арбитражем Австрии, что недопустимо согласно положениям Конвенции.

В связи с этим у судов первой и кассационной инстанций отсутствовали основания для отказа компании в признании и приведении в исполнение решения арбитража Австрии на территории Российской Федерации».

Поэтому Постановлением Президиума ВАС РФ от 14 июня 2011 г. № 1787/11 Определение Арбитражного суда города Москвы от 26 августа 2010 г. по делу № А40-4113/10-25-33 и постановление ФАС МО от 13 ноября 2010 г. по тому же делу были отменены, и, не передавая дело на новое рассмотрение, Президиум ВАС РФ постановил заявление компании HiPP GmbH & Co. Export KG о признании и приведении в исполнение решения Международного Арбитражного Суда при Палате экономики Австрии от 19 августа 2009 г. по делу N SCH-5042 удовлетворить, и поручил Арбитражному суду г. Москвы выдать исполнительный лист на принудительное исполнение указанного иностранного арбитражного решения.

Более того, сама попытка сослаться на нарушение публичного порядка в случае, если международный арбитраж применял при разрешении спора российское право, представляет собой ошибку, ведь публичный порядок (в его материально-правовом аспекте) представляет собой механизм защиты от действия норм иностранного права, несовместимых с основополагающими принципами российского права. Как разъяснили судьи ВАС при рассмотрении дела, связанного с рассмотрением заявления об отмене решения МКАС при ТПП РФ:

«Ссылка на нарушение публичного порядка может быть принята в случае применения иностранного права. Если же арбитражное решение вынесено на основании применения норм российского права, то к нарушению публичного

порядка Российской Федерации может привести лишь несоблюдение основополагающих принципов процессуального законодательства.

Между тем, международным коммерческим арбитражным судом рассматривался возникший между сторонами сделки гражданско-правовой спор о взыскании задолженности по договору купли-продажи нежилого здания. Строгое исполнение договорных обязательств является составляющей частью публичного порядка Российской Федерации» (Определение ВАС РФ от 18 мая 2009 г. № ВАС-3436/09 по делу № А40-23828/08-68-257, которым отказано в пересмотре в порядке надзора Определения Арбитражного суда города Москвы от 12 августа 2008 г. по делу № А40-23828/08-68-257 и Постановления ФАС МО от 09 декабря 2008 г. по тому же делу).

Итак, в 2013 году Информационное письмо № 156 в пунктах 1 и 3 прямо указало на недопустимость пересмотра существа иностранного арбитражного решения в процессе его приведения в исполнение в РФ. Аналогичный подход следует применять и к процедуре приведения в исполнение или оспаривания решения международного коммерческого арбитража, вынесенного в России, т.к. нормы ст. V Конвенции аналогичны нормам статей 34 и 36 Закона о МКА.

В целом судебная практика по рассмотрению российскими государственными арбитражными судами дел со ссылкой на нарушение публичного порядка после 2006 г. постепенно качественно улучшается, хотя по-прежнему таких ссылок в делах, связанных с приведением в исполнение или оспариванием решений международных арбитражей в России, неоправданно много.

Весьма прискорбная ситуация возникла в деле, связанном с рассмотрением заявления шведской компании Stena RoRo AB о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма от 24 сентября 2008 г. по делу № V054-56/2007. Упомянутым решением арбитража был удовлетворен иск компании к ОАО «Балтийский завод». Определением Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 20 февраля 2009 г. по делу № А56-60007/2008 и Постановлением ФАС СЗО от 24 апреля 2009 г. в приведении в исполнение этого иностранного арбитражного решения было отказано, причем, как это часто имеет место в таких делах, суды, идя на поводу у российских ответчиков, проигравших арбитраж, сперва подвергали пересмотру существо арбитражного решения (указав, вопреки мнению арбитров, что спорные контракты якобы не вступили в силу), а потом сообщили, что его

приведение в исполнение будет противоречить российскому публичному порядку со ссылкой на следующие схоластические рассуждения:

«Под публичным порядком Российской Федерации согласно статье 1193 главы 66 "Общие положения" раздела VI "Международное частное право" Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) понимаются основы правопорядка Российской Федерации.

В свою очередь основы правопорядка Российской Федерации включают в себя помимо основ морали, главных религиозных постулатов, главных экономических и культурных традиций, сформировавших российское гражданское общество, и основополагающие принципы российского права.

К основополагающим принципам российского права, в частности, относятся основные начала гражданского права.

В соответствии со статьей 1 "Основные начала гражданского законодательства" ГК РФ гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты (пункт 1). Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора (пункт 2)».

Если внимательно вчитаться в этот текст, то, отбросив явно не имеющие отношения к сугубо коммерческому делу рассуждения об «основ[ах] морали, главных религиозных постулатов, главных экономических и культурных традиций, сформировавших российское гражданское общество», получится, что свой вывод о том, что арбитры ошиблись в установлении факта вступления договоров в силу, суды двух инстанций приравняли к нарушению основных начал гражданского законодательства<sup>400</sup>.

Пришлось вмешиваться Высшему Арбитражному Суду. Определением ВАС РФ от 11 сентября 2009 г. № 9899/09 дело было передано в Президиум ВАС РФ, причем судьи ВАС предлагали Президиуму решения нижестоящих судов отменить и иностранное

---

<sup>400</sup> Кстати, вывод суда первой инстанции, что нарушение публичного порядка может состоять в том, что взыскание долга приведет к банкротству должника, был отвергнут еще кассационной инстанцией, и при рассмотрении дела в Президиуме ВАС РФ к этому вопросу не возвращались.

арбитражное решение исполнить. Наконец, после долгого ожидания, на своем заседании 13 сентября 2011 г. Президиум ВАС РФ вынес Постановление № 9899/09, которым судебные акты нижестоящих судов были отменены и иностранное арбитражное решение приведено в исполнение. Путь к этому судебному акту российского правосудия занял у заявителя с этом случае более трех лет.

Президиум ВАС РФ в этом Постановлении № 9899/09 еще раз пояснил, что

«В силу пункта [имелось в виду – части. – Б.К.] 4 статьи 243 Кодекса при рассмотрении дела арбитражный суд не вправе пересматривать иностранное арбитражное решение по существу».

Как уже отмечалось выше, в тексте ч. 4 ст. 243 АПК есть ссылка только на то, что запрещается пересмотр по существу иностранных судебных решений, а о том, что в силу системного толкования этой нормы АПК она распространяется и на иностранные арбитражные решения, говорилось лишь в академических источниках<sup>401</sup>. Теперь, после принятия Постановления Президиума ВАС № 9899/09 и п. 1 Информационного письма № 156 в этом вопросе никаких неясностей не осталось.

Заслуживает внимания также и Постановление Президиума ВАС РФ от 26 июля 2011 г. № 2608/11, которым удовлетворено заявление иностранной компании о выдаче исполнительного листа для приведения в исполнение решения Арбитража при Московской торгово-промышленной палате против российского ответчика. Этот ответчик на этапе рассмотрения указанного заявления в государственных арбитражных судах выдвинул аргумент, который им не использовался при рассмотрении спора в международном арбитраже, состоящий в том, что представленные в дело письменные доказательства сфальсифицированы. Первая и кассационная инстанция прислушались к этому аргументу и отказали в выдаче исполнительного листа. Но Президиум принял противоположное решение:

«Законность и обоснованность решения, принятого третейским судом, а также проверка и исследование доказательств, на основе которых оно принято, не входят в перечень оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение.

Подобная процедура Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации не предусмотрена и противоречит сложившейся арбитражной практике

---

<sup>401</sup> 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.: Статут, 2008. С. 229.

по рассмотрению данной категории споров, что подтверждается пунктом 20 [Информационного письма № 96 – Б.К.], согласно которому арбитражный суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда не вправе пересматривать решение по существу.

Таким образом, суды первой и кассационной инстанций, принимая доказательства, которые были исследованы третейским судом при рассмотрении спора и легли в основу вынесенного им решения, оценивая их относимость, допустимость и достоверность, вышли за пределы своей компетенции, допустили переоценку доказательств, признав их подложными.

При этом суды не учли, что представители комбината участвовали в заседаниях третейского суда, высказывали свои возражения относительно разногласий по вопросам взыскания с них убытков как в части расторжения комбинатом договора продажи олеина, так и в части взыскания убытков по контракту в виде дохода, не полученного компанией от реализации 6 000 метрических тонн товара, и имели возможность представить третейскому суду все имеющиеся у них доказательства и документы для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела.

В связи с этим у судов первой и кассационной инстанций отсутствовали основания для отказа компании в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда».

Таким образом был создан важный прецедент не только в отношении консервативного толкования понятия «публичный порядок», но и на высшем уровне была подтверждена необходимость добросовестного участия сторон в арбитраже. Президиум ВАС РФ признал недобросовестным поведение ответчика, который скрыл от арбитража имевшиеся у него сомнения по поводу подлинности документов, но при этом заявил соответствующие доводы позже в государственном суде. Хотя данная ситуация не подпадает непосредственным образом под действие норм ст. 4 Закона о МКА (т.к. в этой статье речь идет о возражениях процессуального характера), Президиум ВАС РФ в указанном деле еще раз напомнил о том, что все аргументы, относящиеся к существу спора, должны быть заявлены своевременно. Аналогичный подход применен и в п. 12 Информационного письма № 156, когда право стороны ссылаться на несоответствие состава арбитража нормам о независимости и беспристрастности арбитра ставится в зависимость от своевременного заявления зависимому арбитру отвода по этой причине.

Рассмотренные примеры, связанные с практикой применения оговорки о нарушении публичного порядка в связи с исполнением решений международных арбитражей, свидетельствуют о постепенной трансформации этого понятия. Впервые сформулированная 200 лет назад, эта оговорка постепенно распространяет свое действие не только на случаи применения иностранного частного материального права, основанного на чуждых моральных и правовых концепциях (таких, как полигамный брак, допущение безвозмездного изъятия частной собственности), но и на решения международных арбитражей, вынесенные с нарушением основополагающих процессуальных принципов добросовестности, справедливости и состязательности. Полагаем, что в этом случае можно говорить о несовместимости «неправосудных» арбитражных решений с конституционными гарантиями судебной защиты (ч. 1 ст. 46 Конституции РФ). Но, как уже было указано, для применения оговорки о нарушении публичного порядка требуется предъявление бесспорных доказательств нарушения арбитрами фундаментальных процессуальных прав стороны, проигравшей арбитраж. Это связано с тем, что, даже рассматривая вопрос об отказе в исполнении международного арбитражного решения по мотивам нарушения публичного порядка, государственный суд не может ревизовать решение по существу.

Проверяя иностранное арбитражное решение на соответствие доктрине публичного порядка своего государства, государственный суд не должен пытаться проанализировать все это решение и определить правильность правовой аргументации арбитров: проверка должна состоять только *в анализе последствий признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения с точки зрения публичного порядка данного государства*, а не в попытке суда по собственной инициативе выявить какие-либо дефекты в арбитражном решении. Только вывод о том, что приведение такого иностранного решения в исполнение на подведомственной суду территории будет противоречить фундаментальным началам правопорядка и нравственности, может привести суд к отказу в признании арбитражного решения со ссылкой на публичный порядок.

Следовательно, государственный суд, рассматривающий ходатайство о приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, не должен пытаться проверить аргументацию арбитров и убедиться в правовой обоснованности их выводов, так как это не даст суду никаких дополнительных возможностей ни по отказу в исполнении иностранного арбитражного решения, ни по его отмене. Таким образом, ошибка в

применении закона, допущенная арбитрами при вынесении решения, сама по себе не является основанием для отказа в приведении данного арбитражного решения в исполнение в соответствии с положениями Конвенции о публичном порядке: отказ возможен только в случае, если вследствие такой ошибки исполнение решения приведет к последствиям, несовместимым с основами правопорядка государства, на чьей территории испрашивается исполнение<sup>402</sup>. Пересмотр же по существу иностранного арбитражного решения российским государственным судом не допускается (ч. 4 ст. 243 АПК, пп. 1 и 3 Информационного письма № 156); суд при решении вопроса о соблюдении публичного порядка лишь *сопоставляет правовые последствия приведения в исполнение иностранного арбитражного решения и основы правопорядка Российской Федерации*.

Ссылка на нарушение публичного порядка в соответствии с Конвенцией должна делаться только в связи с возможным нарушением арбитражным решением основ правопорядка того государства, в котором испрашивается исполнение данного арбитражного решения. Так, американский суд отказался применить оговорку о нарушении публичного порядка в связи с ходатайством о приведении в исполнение в США арбитражного решения, вынесенного на Украине, по мотивам его противоречия украинскому публичному порядку<sup>403</sup>.

Приведенный анализ судебной практики применения подп. «b» п. 2 ст. V Конвенции и соответствующих положений Закона о МКА убедительно свидетельствует, что ссылки на нарушение публичного порядка могут делаться только в том редком случае, когда исполнение решения международного арбитража несовместимо с основами правопорядка государства, которые далеко не всегда совпадают с интересами стороны, возражающей против приведения в исполнение иностранного арбитражного решения. Думается, что соблюдение Россией международных стандартов в применении Конвенции в большей степени соответствует ее интересам, нежели защита прав отдельных (пусть даже очень влиятельных) российских компаний. Кроме того, интернационализация бизнеса в процессе глобализации мировой экономики может превратить отказ российского суда от исполнения арбитражного решения, вынесенного против российского ответчика, в «пиррову победу», так как у этого ответчика можно будет найти активы на Западе.

В одном деле, в котором автор лично принимал участие, Президиум Верховного Суда РФ, рассмотрев дело в отсутствие представителей истца – кипрской фирмы, отказал

---

<sup>402</sup> Van den Berg A.-J. The New York Arbitration Convention of 1958. Deventer-Boston, 1994. P. 269–273.

<sup>403</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXII. P. 958.

в приведении в исполнение на территории Российской Федерации иностранного арбитражного решения, вынесенного в пользу истца против ОАО «Аэрофлот» и ГУП «Главное Агентство воздушных сообщений». В Постановлении Президиума, которым были отменены определения Мосгорсуда и судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ по этому делу, ранее удовлетворивших ходатайство о разрешении приведения в исполнение указанного решения, вообще нет ссылок ни на Конвенцию, ни на Закон о МКА, и только «домысливая» это Постановление можно прийти к выводу о том, что, по всей видимости, Президиум Верховного Суда РФ посчитал исполнение в России арбитражного решения о взыскании с ответчиков нескольких миллионов долларов несовместимым с российским публичным порядком. Видя невозможность исполнения в России арбитражных решений по этому делу, ответчик принял меры к их исполнению за рубежом. В итоге в Монреале (Канада) был арестован самолет «Аэрофлота», стоивший гораздо больше, нежели та сумма, о взыскании которой говорилось в арбитражном решении, в исполнении которого отказал Президиум Верховного Суда РФ, и российским ответчикам пришлось не только уплатить присужденную сумму с процентами и зарубежными процессуальными издержками, но и возмещать убытки пассажиров. Более того, престижу «Аэрофлота» был нанесен чувствительный удар.

Другим примером того, что российские бизнесмены напрасно полагаются на излишне широкое понимание российским судом возможного нарушения публичного порядка, может послужить дело Новокузнецкого алюминиевого завода, о котором речь пойдет ниже в § 5.9.

Приведенные примеры убедительно свидетельствуют, что в настоящее время бизнес крупных российских компаний принял действительно международный характер, вследствие чего даже систематическое неисполнение в России решений международных арбитражей по мотивам нарушения публичного порядка не поможет российским ответчикам избежать платежей во исполнение таких решений.

Еще в 1824 г. английский судья отметил, что «о публичном порядке никогда не говорят, когда есть другие аргументы»<sup>404</sup>. Председатель МКАС при ТПП РФ А.С. Комаров в 2001 г. повторил этот довод<sup>405</sup>. По приведенным примерам видно, что, к сожалению, до сих пор сохраняется немало трудностей в понимании пределов применения понятия публичного порядка. Поэтому есть смысл обобщить *ошибки*,

<sup>404</sup> Burrough J. in *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing. 229 at 252.

<sup>405</sup> Комаров А.С. Это просто разные системы координат // Коммерсантъ. 2001. 20 февраля.

наиболее часто повторяющиеся при ссылках на публичный порядок, как он должен пониматься в соответствии с Конвенцией.

► 1. На нарушение публичного порядка нельзя ссылаться, когда материальным частным правом, которому по выбору сторон или, если такой выбор не был сделан сторонами, по выбору арбитров была подчинена сделка, является частное право того государства, в котором испрашивается признание и исполнение судебного решения. Это связано с правовой природой оговорки о публичном порядке, призванной исключить возможность применения иностранного частного права, а не права страны, в суде которой рассматривается вопрос о принудительном исполнении решения международного арбитража<sup>406</sup>. Исключением является ситуация, когда апелляция к нарушению публичного порядка связана с нарушением процессуальных прав ответчика.

► 2. На нарушение публичного порядка нельзя ссылаться, если к моменту, когда делается соответствующее заявление, окончательное арбитражное решение не вынесено. В подп. «б» п. 2 ст. V Конвенции говорится о том, что признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения не должны противоречить публичному порядку. Пока решение еще не вынесено, нечего признавать и приводить в исполнение, следовательно, нет и не может быть оснований для ссылок на нарушение публичного порядка согласно Конвенции. Эти соображения должны иметь в виду те, кто оспаривает возможность направления сторон в арбитраж в соответствии с механизмом, предусмотренным ст. II Конвенции. В качестве примера еще раз приведем прецедент американского суда, который направил стороны в арбитраж, хотя полагал, что будущее арбитражное решение, возможно, окажется неисполнимым<sup>407</sup>.

► 3. На нарушение публичного порядка нельзя ссылаться, если сторона, выступающая против приведения в исполнение решения международного арбитража, полагает, что арбитры допустили ошибку в применении закона, применили неправильный закон или неправильно оценили фактические обстоятельства дела. Суд, рассматривающий вопрос о приведении в исполнение решения международного арбитража, не вправе изучать такие доводы, поскольку это означало бы попытку пересмотра арбитражного решения по существу, что не допускается Конвенцией и Законом о МКА. К сожалению, многие российские суды пока не понимают, что их полномочия ограничены и они не вправе подвергать арбитражное решение пересмотру по существу. С аналогичной

<sup>406</sup> «Оговорка о публичном порядке направлена на ограничение действия коллизионной нормы, отсылающей к иностранному закону» (Луц Л.А. Указ. соч. С. 269).

<sup>407</sup> Yearbook Commercial Arbitration. Vol. IX. P. 477.

проблемой часто приходится сталкиваться и в случае рассмотрения в российских судах ходатайств об отмене международных арбитражных решений, вынесенных на территории Российской Федерации. Пункт 2 ст. 34 Закона о МКА текстуально почти совпадает со ст. V Конвенции, а значит, российский государственный суд не может отменить решение арбитража, проведенного в России (например, в МКАС при ТПП РФ), по мотивам ошибочности правовой аргументации арбитров. Факт присуждения арбитражем более крупных сумм в качестве возмещения упущенной выгоды, нежели суммы, присуждаемые российскими государственными судами по аналогичным делам, сам по себе не дает оснований для ссылок на нарушение публичного порядка. У ответчика по арбитражному делу есть множество возможностей оспорить размер убытков, рассчитанный истцом, и это должно быть сделано в ходе арбитражного слушания, а не в ходе процедуры приведения в исполнение или оспаривания арбитражного решения. Пункты 1 и 3 Информационного письма № 156 запрещают пересмотр существа иностранного арбитражного решения, и этот же подход должен быть распространен и на дела, связанные с оспариванием или приведением в исполнение международных арбитражных решений, вынесенных на территории России, в силу тождественности норм статей 34 и 36 Закона о МКА и статьи V Конвенции.

► 4. *Само по себе* арбитражное решение не может противоречить публичному порядку в контексте подп. «b» п. 2 ст. V Конвенции и аналогичных норм подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона о МКА; только *исполнение* решения может (теоретически) привести к нарушению публичного порядка. Кстати, в этом состоит единственное серьезное различие между ст. V Конвенции и подп. 2 п. 2 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ (и совпадающим с ним подп. 2 п. 2 ст. 34 Закона о МКА), так как этим Законом в отличие от Конвенции допускается отмена государственным судом арбитражного решения по месту его вынесения, если само это решение противоречит публичному порядку данной страны. Если же речь идет о приведении в исполнение решения международного арбитража, то следует оценивать на соответствие публичному порядку только результат исполнения решения, а не само решение.

► 5. Нельзя ссылаться на нарушение публичного порядка, если решение международного арбитража вынесено в связи с нарушением обязательств по сделке, которая была признана недействительной в российском государственном суде, но признана действительной международным арбитражем. Существование такого решения российского государственного суда не

свидетельствует автоматически о том, что приведение в исполнение решения иностранного арбитража вступит в противоречие с российским публичным порядком. Российский публичный порядок вообще нужно понимать только как основы правопорядка, закрепленные в главах 1 и 2 Конституции РФ, поэтому противоречие арбитражного решения выводам российского суда о действительности отдельной сделки или каким-либо нормам российского законодательства об отдельных институтах частного права (таких, как сделки, расчеты, ответственность за неисполнение обязательств) не может повлечь за собой обоснованную ссылку на нарушение публичного порядка. Кроме того, соответствие решения третейского суда публичному порядку не может зависеть от наличия или отсутствия судебного акта по «косвенному иску» (см. § 5.9): *решение третейского суда, противоречащее публичному порядку, должно само по себе содержать какие-то элементы, несовместимые с цивилизованным правосознанием.* Ответчику следует сосредоточить усилия на защите своей позиции в ходе арбитражного разбирательства, а не на попытках передать спор на рассмотрение государственного суда вопреки арбитражному соглашению, иначе победа в российском суде со ссылкой на нарушение публичного порядка все равно не оградит ответчика от взыскания долга за рубежом. Подробнее об этом см в § 5.10 ниже.

Применение ссылки о нарушении публичного порядка в соответствии с Конвенцией должно быть ограничено только теми редкими случаями, когда исполнение арбитражного решения может привести к правовым последствиям, несовместимым с основами правопорядка и нравственности. Исходя из опыта и профессиональной квалификации юристов, выступающих в качестве арбитров, можно сказать, что вероятность принятия ими таких решений очень невелика.

В заключение повторим и подчеркнем, что в отличие от ч. 3 ст. 233 и ч. 3 ст. 239 АПК, где речь идет о нарушении основополагающих принципов российского права международным арбитражным решением, вынесенным на территории Российской Федерации, в п. 2 ст. V Конвенции и п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК, на которые содержатся ссылки в ч. 2 ст. 244 АПК, речь идет о несовместимости с публичным порядком Российской Федерации не самого иностранного арбитражного решения, *а его исполнения.* Из этого можно сделать вывод, что основания для отказа в приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (которые сформулированы в ч. 2 ст. 244 АПК в виде отсылки к

нормам Конвенции и ст. 36 Закона о МКА), в том числе и основания, связанные с публичным порядком, нужно толковать еще более узко, нежели основания для отмены международных арбитражных решений, вынесенных на территории Российской Федерации.

### § 5.9. «Косвенные иски» и проблема публичного порядка

Наш анализ ситуации вокруг правовой категории «публичный порядок» был бы неполным, если бы мы обошли стороной дела, связанные с применением конструкции так называемых «косвенных исков»<sup>408</sup> в целях создания искусственного конфликта между решением российского суда и решением иностранного арбитража, приводящего к отказу в признании и приведении в исполнение последнего со ссылкой на публичный порядок.

Первым примером стало дело АКБ «Золото-Платина-Банк», который на основании решения, вынесенного 31 августа 2000 г. единоличным арбитром в Лондоне, был обязан уплатить Европейскому Банку Реконструкции и Развития значительную сумму денег по договору поручительства. Не желая исполнять арбитражное решение, банк инициировал обращение своих акционеров в российские суды, которые признали договор поручительства недействительным как сделку, не получившую необходимого корпоративного согласования. После этого в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения было отказано со следующей формулировкой:

«Отказывая в приведении в исполнение арбитражного решения от 31 августа 2000 года, суд исходил из того, что согласно ст. 11 Конституции Российской Федерации суды Российской Федерации осуществляют государственную власть. Применительно к органам судебной власти государственная власть осуществляется путем осуществления правосудия (ст. 118 Конституции Российской Федерации). Одним из основных принципов судопроизводства является обязательность вступивших в законную силу судебных актов для всех государственных органов, организаций,

---

<sup>408</sup> См.: Защита прав инвесторов. Учебно-практический курс / Под ред. В.В. Яркова. СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2006. С. 266 и далее; Ярков В.В. Косвенные иски: отдельные вопросы / в сборнике «Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража». М.: Статут, 2013, С. 332.

должностных лиц и граждан на всей территории Российской Федерации. Суд установил, что решениями Пресненского межмуниципального суда г. Москвы от 14 февраля 2001 года и Кировского районного суда г. Екатеринбурга от 7 марта 2001 года по заявлениям акционеров АКБ «Золото-Платина-Банк» договор поручительства от 24 сентября 1998 года, послуживший основанием для вынесения решения, о приведении в исполнение которого ходатайствует Европейский банк реконструкции и развития, признан недействительным.

Таким образом, суд пришел к правильному выводу, что приведение в исполнение арбитражного решения от 31 августа 2000 года означало бы нарушение основ конституционного строя и существующего в России правопорядка, так как в случае признания иностранного решения российскому компетентному суду пришлось бы игнорировать обязательное решение другого российского суда<sup>409</sup>».

Другим примером стало дело, рассмотренное ФАС Уральского округа. ОАО «Буммаш» заключило 18 мая 2000 г. с виргинской компанией Quality Steel Inc. договор, предусматривавший рассмотрение споров международным арбитражем в Нидерландах. В 2002 г. по инициативе виргинской компании в голландском арбитраже было начато рассмотрение нескольких поданных ею исков, завершившееся вынесением арбитражных решений в пользу истца.

Тем временем акционер ОАО «Буммаш» ОАО «ФПГ "Уральские заводы"» обратился в Арбитражный суд Удмуртской Республики с иском о признании договора недействительным как сделки, совершенной в нарушение законодательства о сделках с заинтересованностью, так как оказалось, что подписавший ее от имени виргинской компании представитель был одновременно членом совета директоров ОАО «Буммаш». Российские суды установили, что процедура утверждения сделки с заинтересованностью ОАО «Буммаш» соблюдена не была, стоимость реализуемого в ее рамках имущества не была определена советом директоров российского акционерного общества, до сведения его акционеров информация о наличии заинтересованности в совершении сделки не доводилась, и в силу ст. 84 Закона «Об акционерных

---

<sup>409</sup> Определение Верховного Суда РФ от 28 мая 2001 г. по делу № 45-Г01-18. Отметим, что из этого определения также следует, что российские судьи не поняли, что применение при рассмотрении спора Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ отнюдь не препятствует ссылкам на английское законодательство об арбитраже, применяемое в качестве *lex arbitri* исходя из места проведения арбитража.

обществах» договор был признан недействительным (Постановление ФАС Уральского округа от 29 декабря 2003 г. по делу № Ф09-3778/03-ГК). С тем же результатом был признан недействительным и другой аналогичный договор, заключенный между теми же лицами, причем в этом деле российские судьи пошли еще дальше и указали, что именно иностранная компания (!) сама нарушила ст. 81 и 82 Закона «Об акционерных обществах» (Постановление ФАС Уральского округа от 24 декабря 2004 г. по делу № Ф09-4269/2004-ГК), хотя она акционером ОАО «Буммаш» не являлась<sup>410</sup>.

Проведя такую «подготовку», ОАО «Буммаш» могло спокойно ожидать обращения иностранного взыскателя в российский суд с заявлением о приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Когда соответствующее заявление поступило, российское правосудие посчитало, что взыскание убытков, к которым российское акционерное общество было присуждено международным арбитражем, вступит в противоречие с российским публичным порядком, и отказало в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (Постановление ФАС Уральского округа от 12 октября 2005 г. по делу № Ф09-2110/05-С6<sup>411</sup>).

Можно привести еще несколько примеров, наиболее значимым из которых является дело «Московского нефтеперерабатывающего завода» (МНПЗ) – первое, в котором Президиум ВАС РФ воспротивился тактике «косвенных исков» и привел в исполнение иностранное арбитражное решение, основанное на взыскании иностранным арбитражем санкций по договору, признанным недействительным российским государственным судом (Постановление от 19 сентября 2006 г. по делу № 5243/06)<sup>412</sup>. Правда, при этом Президиум ВАС РФ

---

<sup>410</sup> При оспаривании договора, в состав которого входит арбитражная оговорка, можно воспользоваться ссылкой на право ответчика на рассмотрение спора в третейском суде, только если иск подан самой компанией-стороной по договору, но не ее акционерами, на которых действие арбитражной оговорки не распространяется. Зато положениями такой оговорки связан прокурор: если он подает иск об оспаривании договора, то в рамках ст. 52 АПК он выступает в качестве процессуального истца в интересах обладателя нарушенного материального права, т.е. самой компании, и оставление иска без рассмотрения по просьбе ответчика на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК возможно. См. об этом Постановление ФАС СЗО от 23 сентября 2005 г. по делу № А21-2499/03-С1, прокомментированное в следующей публикации: *Ярков В.В.* Иск прокурора и арбитражная оговорка в договоре // *Международный коммерческий арбитраж.* 2006. № 3. С. 58. См. также § 4.9.

<sup>411</sup> Отметим также, что критика со стороны ФАС УО в адрес Нидерландского Арбитражного института (NAI) в связи с якобы допущенными им нарушениями голландского права была совершенно необоснованной.

<sup>412</sup> См.: *Карабельников Б.Р.* Косвенные иски как способ узаконить нарушение российскими компаниями их собственных обязательств // СПС «КонсультантПлюс».

позаботился и об отмене судебных актов, которыми спорный договор был признан недействительным по иску одного из акционеров МНПЗ (Постановление Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2006 г. № 9148/06). Президиум ВАС РФ проблему искусственного конфликта между иностранным арбитражным решением и российским судебным актом о недействительности сделки «обошел», просто отменив судебный акт, которым договор был признан недействительным. Так как в этом деле МНПЗ слишком много странного и непонятного<sup>413</sup>, его нельзя считать сколько-нибудь типичным. Но стоит задать вопрос: а если бы судебный акт о признании договора недействительным остался в силе, можно ли было бы считать исполнение вынесенного на основании этого договора решения международного арбитража противоречащим российскому публичному порядку?<sup>414</sup>

Ответ на этот вопрос судебная практика дала только в Постановлении Президиума ВАС РФ от 29 сентября 2010 г. № 17990/09. Хотя это дело было связано с приведением к исполнению решения внутреннего третейского суда, в нем была применена в своем классическом виде тактика «косвенного иска» со ссылкой на нарушение публичного порядка (основополагающих принципов российского права в контексте Закона о третейских судах), и впервые высшей судебной инстанцией России был сформулирован очень 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.

Между банком «Московский капитал» и ФГУП «Государственное научное производственное предприятие "Базальт"» был заключен кредитный договор, права требования по которому были впоследствии переданы НОМОС-БАНКу. Этот банк, руководствуясь п. 7.1 кредитного договора, содержавшего третейскую оговорку, обратился в Постоянно действующий третейский суд при закрытом акционерном обществе «Юридическое общество "Фемида"» (далее – третейский суд) с исковым заявлением о взыскании суммы основного долга по кредиту, процентов за пользование кредитом и пеней. Решением третейского суда от 3

<sup>413</sup> Отметим, что спустя почти полтора года после выдачи исполнительного листа решение стокгольмского арбитража все еще оставалось неисполненным и вокруг него шли странные обыски, возбуждались уголовные дела и т.п. См.: К кредитору МНПЗ пришли с обыском // Коммерсант. 11 января 2008 г.

<sup>414</sup> *Karabelnikov B. and Pellet D.* "Enforcement of International Arbitral Awards in Russia", 19 ICC Ct. Bull. (2008, no. 1).

июля 2009 г. по делу № 1/200 иск был удовлетворен. В связи с тем, что данное решение третейского суда ответчиком добровольно исполнено не было, НОМОС-БАНК обратился в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Определением Арбитражного суда г. Москвы от 9 октября 2009 г. по делу № А40-85426/09-50-631, поддержанным актами кассационной инстанции и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, требование банка было удовлетворено, был выдан исполнительный лист.

Одновременно с этим делом о выдаче исполнительного листа на исполнение решения третейского суда Арбитражный суд г. Москвы рассматривал исковое заявление Государственной корпорации по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной продукции «Ростехнологии» (далее – Госкорпорация) о признании кредитного договора недействительным (ничтожным). Решением Арбитражного суда г. Москвы от 10 ноября 2009 г. по делу № А40-96640/09-44-425 иск Госкорпорации был удовлетворен и кредитный договор признан ничтожным.

В связи с этим Госкорпорация, реализуя свои полномочия собственника имущества предприятия-ответчика, обратилась в ФАС МО с кассационной жалобой об отмене Определения Арбитражного суда г. Москвы от 9 октября 2009 г. о выдаче банку исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Однако ФАС МО Определением от 17 февраля 2010 г. производство по кассационной жалобе прекратил, указав Госкорпорации на ее право на обжалование оспариваемого судебного акта в порядке надзора.

В заявлении о пересмотре Определения суда первой инстанции от 9 октября 2009 г. и Постановления суда кассационной инстанции от 1 декабря 2009 г. о выдаче исполнительного листа на исполнение решения третейского суда, поданном в Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в порядке надзора, Госкорпорация просила их отменить, ссылаясь на нарушение единообразия в толковании и применении арбитражными судами принципов российского права, выразившееся в начислении чрезмерно высоких процентов за просрочку исполнения обязательства по ничтожному договору. То есть по сути в надзорной жалобе речь шла о том, что исполнение третейского решения о взыскании санкций по кредитному договору, признанному государственным арбитражным

судом ничтожным, будет нарушать «основополагающие принципы» российского права, т.е. публичный порядок.

Президиум в своем Постановлении от 29 сентября 2010 г. № 17990/09 аргументы Госкорпорации отверг, указав следующее:

«как следует из материалов дела, спор между банком и предприятием возник по поводу неисполнения кредитного договора – возврата денежных средств и взыскания с предприятия неустойки за просрочку своевременного погашения сумм кредита.

Госкорпорация участником кредитного договора не являлась, в третейском разбирательстве не участвовала.

В суд надзорной инстанции не были представлены доказательства того, что данным спором затронуты права и законные интересы госкорпорации и что она может представлять интересы предприятия в суде по спору об отмене судебных актов о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда».

Таким образом, только в 2010 г. в России впервые был создан прецедент, в котором было приведено в исполнение решение третейского суда, посчитавшего валидным договор, который был признан недействительным решением государственного суда по иску лица, которое не было стороной третейской оговорки. Повторим, что хотя это дело касалось решения именно внутреннего третейского суда, оно следует именно тактике «косвенного иска», направленного на срыв исполнения решения третейского суда по надуманному предлогу нарушения публичного порядка, получившей наибольшее распространение именно в делах, связанных с международным арбитражем. Поэтому Постановление Президиума ВАС РФ от 29 сентября 2010 г. № 17990/09 имеет прецедентный характер и для применения норм Конвенции и Закона о МКА о публичном порядке, аналогичных нормам Закона о третейских судах об основополагающих принципах российского права<sup>415</sup>.

К сожалению, и после принятия Постановления Президиума ВАС РФ от 29

---

<sup>415</sup> К сожалению, в делах, связанных с международным арбитражем, такой вывод ВАС РФ пока сформулирован не был. В Определении ВАС РФ от 27 августа 2012 г. № ВАС-17458/11 по делу № А27-781/2011 судьи ВАС прямо указали, что признание иностранного арбитражного решения, вынесенного по договору, который признан российским государственным судом недействительным, будут вступать в «противоречие с принципом обязательности судебных актов». По всей видимости, это тоже апелляция к публичному порядку (дело «Симан Франсе» против АО «Сибцемент»).

сентября 2010 г. № 17990/09 ситуация с косвенными исками в нашей стране не изменилась. Классическим примером такого дела может послужить иск акционеров ОАО «Росгазификация», направленный на признание недействительности договоров, иск в отношении которых подсуден иностранному арбитражу. Несмотря на отсутствие доказательств каких-либо убытков, нанесенных оспариваемыми договорами истцам, которым в сумме принадлежит ничтожная доля в капитале компании, их иск был удовлетворен (Постановление ФАС МО от 16 октября 2012 г. по делу № А40-151438/09-132-974, А40-7544/11-131-82). При рассмотрении этого «косвенного иска» ответчикам не помогло даже то, что согласно указаниям Постановления Президиума ВАС РФ № 76/12 от 5 июня 2012 года истцы по таким искам должны доказывать несение ими убытков вследствие оспариваемой сделки и/или заведомую невыгодность оспариваемой сделки для общества с учетом всей совокупности относящихся к сделке обстоятельств. Вряд ли в данном деле истцы смогли бы доказать наличие таких убытков или обстоятельств, по крайней мере в принятых судебных актах такого рода доказательства не обсуждаются. К сожалению, это типично для «косвенных исков»: российские суды, рассматривающие иски российских истцов против иностранных ответчиков, указаниям Президиума об оценке совокупности всех обстоятельств дела предпочитают механистический подсчет цифр, составляющих возможные требования по сделке и стоимость активов общества. Сущностный анализ иска, изучение вопроса добросовестности истца подменяются арифметическим расчетом.

Не нашел своего развития подход, сформированный в деле *НОМОС-БАНК против НПО «Базальт»*, и в деле *«Симан Франсе» против АО «Сибцемент»*, по которому Определением ФАС Западно-Сибирского округа от 8 ноября 2012 по делу № А27-781/2011 было прямо указано на то, что признание иностранного арбитражного решения, основанного на презумпции валидности договора, признанного российским судом недействительным в результате подачи «косвенного иска». С этим выводом согласилась и тройка судей ВАС, рассматривавшая просьбу о передаче дела в порядке надзорного производства в Президиум ВАС РФ (Определение ВАС РФ от 19 декабря 2012 г. № ВАС-17458/11).

Вряд ли такая позиция разумна. Сформулируем вопрос еще раз: каким

образом пострадает российский публичный порядок, если компания А заплатит на основании решения третейского суда компании Б определенную денежную сумму, даже если российский суд признал заключенный между ними договор недействительным или ничтожным? Будет ли исполнение решения третейского суда, посчитавшего договор действительным, противоречить основам правопорядка или основным принципам нашего права?

Полагаем, что основы общественного строя Российской Федерации и основополагающие принципы российского права (как описывается публичный порядок в АПК РФ 2002 г.) ничуть не пострадают, если в Российской Федерации будет приведено в исполнение решение третейского суда, которым ответчику предписывается возместить истцу убытки, причиненные нарушением договора, который российский суд признал недействительным в связи с нарушением корпоративно-правовых механизмов его одобрения. Крупная сделка или сделка с заинтересованностью, не получившая одобрения в порядке, предусмотренном Федеральным законом «Об акционерных обществах», Федеральным законом «Об обществах с ограниченной ответственностью» или Федеральным законом «Об унитарных предприятиях», может быть признана недействительной, что в соответствии с п. 2 ст. 167 ГК РФ влечет за собой двустороннюю реституцию. Такое же следствие будет иметь место и в случае, если сделка будет признана российским судом ничтожной (кроме случаев, когда сделка признается недействительной по ст. 169 или п. 2 ст. 179 ГК). Принципиального различия между реституцией и возмещением убытков, которое можно было бы охарактеризовать как посягающее на основы общественного строя или основополагающие принципы российского права, здесь нет и быть не может.

К сожалению, четко и внятно этого Президиум ВАС РФ так до сих пор и не разъяснил, хотя и не поддержал выводы тройки своих судей по делу *«Симан Франсе» против АО «Сибцемент»* в принятом позднее Информационном письме № 156, которое просто обошло проблему «косвенных исков» молчанием. Поэтому в российских судах по-прежнему не спадает вал дел, свидетельствующих о попытках воспрепятствовать приведению в исполнение решений международных арбитражей путем подачи «косвенных исков». Этому способствует и то, что российское корпоративное право так и не смогло пока поставить преграду на пути недобросовестных истцов, стремящихся не столько к защите собственных

законных интересов, сколько к «ограждению» подконтрольных им компаний от ответственности по заключенным ими договорам. В последнее время к классическим «косвенным искам», основанным на нормах корпоративного права о согласовании сделок, добавились иски, основанные на ссылке на ст. 10 ГК о добросовестности поведения участников гражданского оборота<sup>416</sup>, иски, основанные на противоречии уставу сделок, совершенных унитарным предприятием<sup>417</sup>. Иногда такие иски принимают откровенно абсурдный характер.

В качестве примера можно привести Постановление ФАС СЗО от 25 октября 2010 г. по делу № А56-6656/2010, которым был удовлетворен иск миноритарных акционеров российского завода о признании недействительными судостроительных контрактов, заключенных с иностранной компанией и подчиненных шведскому материальному праву со ссылкой

«на недобросовестное поведение компании, которая воспользовалась ситуацией, сложившейся в органах управления завода, осуществлявших действия, направленные в ущерб как интересам завода, так и его акционеров».

Фактически, чтобы сорвать приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, российские суды пошли на признание контракта, подчиненного иностранному праву, ничтожным по российскому праву, причем лишь потому, что российский завод, стремясь победить в конкурсе на заключение выгодного контракта, сам предложил невыгодные для себя условия. Такое предложение российского контрагента было потом приравнено российскими судьями судов трех инстанций к признанию недобросовестности именно иностранной компании! Только вмешательство Президиума ВАС РФ, который рассмотрел это дело на своем заседании 13 сентября 2011 г. и, отменив Постановлением № 1795/11 все акты, принятые по нему нижестоящими судами, в иске отказал, прекратило этот абсурд. Причем целью этого иска было именно

---

<sup>416</sup> См., Карбельников Б.Р. Злоупотребление правом не может быть основанием для предъявления иска// «Закон». 2011. № 11. С. 77.

<sup>417</sup> См. Постановление Президиума ВАС РФ № 16882/11 от 29 марта 2012 года, в соответствии с которым рассмотрение «третьей» судом спора из неуставной сделки с государственным предприятием с целью получения оснований для исполнения обязательств последним по такой ничтожной сделке противоречит основополагающим принципам российского права и публичным интересам». Это еще одна попытка, на наш взгляд, необоноснованная, расширить категорию «публичный порядок». Уставные цели многих унитарных предприятий сформулированы очень широко, и вместо решения некоммерческих задач эти предприятия на самом деле зачастую занимаются обычной коммерцией.

создание ситуации, когда признание контракта ничтожным было бы использовано как препятствие для приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного в Швеции.

Характерным примером бесполезности усилий «торпедировать» решение международного арбитража на основании акта российского государственного суда о недействительности сделки, содержащей арбитражную оговорку, может послужить дело *Soinco SACI (Argentina) and Eural Kft (Hungary) v. Novokuznetsk Aluminium Plant*. Аргентинская и венгерская компании начали международный арбитраж в Швейцарии против Новокузнецкого алюминиевого завода в связи с нарушением им неких контрактных обязательств, принятых ответчиком в отношении истцов. Ответчик не принимал активного участия в арбитраже, и дело было решено не в пользу ответчика (по делу было взыскано 196 430 03 доллара США). Однако юристы Новокузнецкого алюминиевого завода добились в государственном Арбитражном суде г. Кемерово решения о признании недействительной сделки, по которой возник спор. На основании такого решения российского государственного суда Новокузнецкий алюминиевый завод со ссылкой на нарушение публичного порядка пытался сначала добиться отмены решения международного арбитражного суда в Швейцарии, а потом отказа от его признания и приведения в принудительное исполнение в Англии. Обе попытки потерпели полный крах: Верховный Суд Швейцарии отказался отменить вынесенное против Новокузнецкого алюминиевого завода арбитражное решение, а английские суды в 1997 г. взыскали присужденную арбитражем сумму путем обращения взыскания на задолженность английской компании Base Metal Trading (Guernsey) Ltd в пользу Новокузнецкого алюминиевого завода<sup>418</sup>.

Видя готовность российских государственных судов создавать искусственные препятствия на пути исполнения арбитражных решений путем удовлетворения недобросовестных косвенных исков, иностранные компании обращаются в иностранные суды с требованием запретить ведение «параллельных» процессов в России. Примером может послужить дело ОАО УК «Ингосстрах-Инвестиции» против BNP Paribas SA. В нем миноритарный акционер российской компании, выдавшей гарантию иностранному банку, пытался оспорить эту сделку в Арбитражном суде г. Москвы. Договор гарантии был подчинен английскому праву,

<sup>418</sup> См.: Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXIII. P. 196, 795.

местом рассмотрения споров был закреплен ЛМТС (LCIA). Английские суды вынесли решение, запрещающее подачу исков в иной юрисдикции, установив сговор между российским миноритарием и компанией гарантом, направленный на срыв ведущегося арбитражного разбирательства<sup>419</sup>.

Приходится констатировать, что в настоящее время в нашей стране остается неразрешенной проблема «косвенных исков», поданных для создания формального противоречия между решением третейского суда и актом российского государственного суда. По нашему мнению, в увязке с исполнением арбитражного решения (неважно – внутреннего или международного третейского суда) самый вопрос о нарушении публичного порядка вообще не может ставиться в зависимость от исхода рассмотрения какого-то другого иска в государственном суде. И Нью-Йоркская конвенция, и Закон о МКА, и АПК в оговорке о публичном порядке исходят из того, что он не должен быть нарушен в результате исполнения именно самого арбитражного решения, т.е. *соображения публичного порядка должны касаться анализа последствий исполнения только этого арбитражного решения, независимо от любых других актов государственных судов, как уже вступивших в силу, так и возможных в будущем.*

Если арбитражное решение направлено на исполнение сделки о поставке рабынь в гарем, или об отгрузке бомб террористам, или присуждает компенсацию за неисполнение таких сомнительных обязанностей, его реализация сама по себе нарушит публичный порядок – вне зависимости от того, признает ли какой-либо орган лежащую в его основе сделку недействительной или ничтожной. Иными словами, *последствия, несовместимые с цивилизованным правосознанием, должны вытекать прямо из факта исполнения арбитражного решения.* К сожалению, за исключением Постановления Президиума ВАС РФ от 29 сентября 2010 г. № 17990/09 (по делу *НОМОС-БАНК против НПО «Базальт»*), процитированного выше, пока этот очевидный вывод не находит своего подтверждения в российской судебной практике.

---

<sup>419</sup> [2012] EWCA Civ 644.

Впрочем, после 1 сентября 2013 г., когда вступит в силу закон, вносящий второй пакет поправок в ГК РФ<sup>420</sup>, возможности для подачи в России «косвенных» и близких к ним по своим последствиям исков может быть несколько сократятся:

► У заинтересованных лиц появятся основания запрашивать согласие корпоративных органов и акционеров на совершение сделок (и даже если это согласие не будет формально дано, у запрошенных миноритарных акционеров уже не будет возможности сослаться на то, что о совершении не угодной им сделки им стало известно спустя годы, статья 157<sup>1</sup> ГК РФ).

► Норма статьи 165<sup>1</sup> ГК РФ предусматривает, что «Сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним». Так что, учитывая сокращенные сроки исковой давности на оспаривание крупных сделок и сделок с заинтересованностью, вовремя направленное в адрес миноритарного акционера сообщение о сделке сможет повысить ее устойчивость к «косвенным искам», надо только будет поручить его доставку курьерской службе с хорошей репутацией.

► Новеллы, внесенные в пп. 2 и 5 статьи 166 ГК, препятствуют стороне, «из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки» в оспаривании этой сделки, если оспаривание предпринято «по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли». Таким образом закреплено действие принципа добросовестности в этой сфере. Правда, остается пока неясным, будет ли отсутствие подачи иска со стороны лица, не одобрившего сделку, но извещенного о ней, рассматриваться в качестве проявления его воли, направленной на исполнение сделки. Непонятно также, что означает такая до сих пор не встречавшаяся в российском законодательстве формулировка, как «Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения» - это ограничение права лица на подачу иска (вряд ли уместное в ГК РФ), или указание суду на необходимость отклонения недобросовестного иска?

► Пунктом 2 статьи 168 ГК РФ в новой редакции закреплено, что поскольку иного не предусмотрено законом, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, ничтожна, *только если она при этом посягает «на публичные*

---

<sup>420</sup> Федеральный закон Российской Федерации от 7 мая 2013 года № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

*интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц».* То есть для утверждения о ничтожности сделки теперь недостаточно просто установить ее противоречие закону или подзаконному акту, надо будет доказывать и ее посягательство на какие-то высшие ценности. Будут ли они совпадать с пониманием публичного порядка, установленными Информационным письмом № 156? Хотелось бы на это надеяться, иначе вместо стабилизации гражданского оборота мы получим лишь ничем не ограниченное право судей на собственное усмотрение в отношении анализа любой сделки. При желании и уборку улиц можно счесть связанной с публичными интересами или охраняемыми законом правами третьих лиц.

► Сделка, совершенная юридическим лицом в противоречии с целями деятельности, определенно ограниченными в его учредительных документах, сможет быть признана судом недействительной по иску этого юридического лица, его учредителя (участника) или иного лица, в интересах которого установлено ограничение, *только если будет доказано, что другая сторона сделки знала или должна была знать о таком ограничении* (статья 173 ГК РФ). Впрочем, не следует слишком полагаться на эту законодательную новеллу: ничто не сможет разубедить российский суд, что разумный бизнесмен должен изучить устав и другие доступные корпоративные документы своего контрагента, и, следовательно, должен знать о закрепленных в них ограничениях.

► В пункте 4 статьи 181<sup>4</sup> ГК РФ предусмотрено, что «Решение собрания не может быть признано судом недействительным, если голосование лица, права которого затрагиваются оспариваемым решением, не могло повлиять на его принятие и решение собрания не влечет существенные неблагоприятные последствия для этого лица». То есть истцу, стремящемуся оспорить принятое в его отсутствие решение общего собрания хозяйственного общества, придется всегда доказывать, что одобренная без его участия сделка повлекла именно для него (а не для хозяйственного общества) *существенные неблагоприятные последствия*. По нашему мнению, это возможно только в случае снижения стоимости пакета акций или доли капитала, принадлежащей истцу, в результате совершения одобренной оспариваемым решением общего собрания сделки, что в условиях России является редчайшим случаем. Впрочем, возможны и другие трактовки этой новеллы ГК РФ.

Более того, не все в этом пакете поправок в ГК РФ порадует сторонников стабильности гражданского оборота, немало в нем норм, которые несомненно сыграют на руку любителям «косвенных исков». Перечислим их:

► Новая формулировка статьи 166 ГК РФ прямо указывает, что у истца есть право на оспаривание сделки, даже если она *не повлекла для него наступления неблагоприятных последствий*. Можно просто сослаться на такие абстрактные понятия, как «*нарушение прав или охраняемых законом интересов*» - непонятно, что это за нарушение, если оно осталось без неблагоприятных последствий для собственно истца. Забота о народной нравственности? Укрепление обороноспособности? При этом наличие у лица, добивающегося признания недействительной ничтожной сделки, права на удовлетворение соответствующего иска также ставится в зависимость от того, имеет ли истец связанный с этим иском не описанный в ГК РФ «охраняемый законом интерес» (пп. 2 и 3 статьи 166 ГК РФ). При этом обратим также внимание на то, что в статье 166 ГК РФ речь идет просто о «наступлении неблагоприятных последствий», а в пункте 4 статьи 181<sup>4</sup> ГК РФ право на иск обусловлено наличием «*существенных неблагоприятных последствий*». Значит, право на оспаривание решений собраний уже, чем право на оспаривание сделок, или это лишь дефект законодательной техники? Придется ждать руководящих разъяснений ВАС РФ.

► Статья 167 ГК РФ дополнена пунктом 4, в соответствии с которым «Суд вправе не применять последствия недействительности сделки (пункт 2 настоящей статьи) [т.е. реституцию – *Б.К.*], если их применение будет противоречить основам правопорядка или нравственности». То есть узаконены судебные акты, признающие сделки недействительными, но оставляющие стороны без реституции. Правда, применение этой новеллы ограничено случаями, когда реституция будет противоречить «основам правопорядка и нравственности» – посмотрим, признают ли эту норму первой части ГК РФ отсылающей к понятию публичного порядка, фигурирующему в части третьей ГК РФ и объясненному в Информационном письме № 156. Более того, напомним, что и это Информационное письмо не разъясняет, будет ли противоречить «основам правопорядка и нравственности» взыскание международным арбитражем убытков в связи с нарушением обязательств по сделке, признанной российским судом недействительным.

В общем, придется подождать, пока станет ясно, стали ли эти новеллы в ГК РФ шагом вперед или назад.

Контрольные вопросы к § 5.8 и § 5.9.

1. Приведите примеры дел, когда исполнение арбитражного решения может привести к нарушению российского публичного порядка.

2. В каких случаях исполнение арбитражного решения не может привести к нарушению российского публичного порядка?

3. Как российские государственные арбитражные суды понимают публичный порядок в контексте Закона о МКА и Конвенции?

4. Чем отличаются императивные нормы российского гражданского права от сверхимперативных?

5. Возможен ли пересмотр существа решения международного коммерческого арбитража под предлогом соответствия последствий принудительного исполнения такого решения или самого решения российскому публичному порядку?

6. Будет ли противоречить публичному порядку России приведение в исполнение решения международного арбитража, исходящее из валидности сделки, ранее признанной недействительной российском судом в результате подачи «косвенного иска»?

7. Как российское законодательство ограничивает право акционеров и участников российских хозяйственных обществ на оспаривание сделок, совершенных этими обществами?

*§ 5.10. Приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, отмененных по месту их вынесения*

Следует отметить, что тенденция к безусловному признанию обязательности исполнения арбитражного решения уже фактически вышла за рамки правовых механизмов, предусмотренных Конвенцией. Поскольку Конвенция не содержит императивной нормы об отказе в исполнении арбитражного решения, которое было отменено компетентной властью по месту вынесения, у суда, в который подано ходатайство о приведении в исполнение такого отмененного решения, все

равно есть право его исполнить. Во многих странах сложилась достаточно устойчивая практика исполнения арбитражных решений, которые были отменены государственным судом по месту их вынесения<sup>421</sup>. Такая практика, основана на «проарбитражном» подходе Нью-Йоркской конвенции, получившим свое дальнейшее развитие в нормах Европейской конвенции, анализ ст. IX которой был проведен ранее в § 5.5<sup>422</sup>.

Сказанное не означает, что отмена арбитражного решения государственным судом по месту вынесения решения стала невозможной или бесполезной: во-первых, круг участников Европейской конвенции невелик и далеко не всегда в рамках Нью-Йоркской конвенции суды западных стран используют свое дискреционное полномочие по признанию и приведению в исполнение иностранного арбитражного решения, отмененного «компетентной» властью по месту его вынесения; во-вторых, как уже было указано, оспаривание арбитражного решения по юрисдикционным и процессуальным основаниям позволяет государственному суду достаточно глубоко изучить обстоятельства дела, положенные в основу арбитражного решения, вследствие чего у такого государственного суда все равно остаются полномочия, достаточные для отмены неправомерного арбитражного решения (более того, те же юрисдикционные и процессуальные возражения, предусмотренные Конвенцией, могут выдвигаться и за рубежом при возражении против приведения в исполнение арбитражного решения в дополнении к ссылке на подп. «е» п. 1 ст. V Конвенции); а в-третьих, значительная часть международных арбитражных решений предполагает их приведение в исполнение в той же стране, где они были вынесены, и, следовательно, механизм, определенный ст. V Нью-Йоркской конвенции и уточненный п. 2 ст. IX Европейской конвенции, к ним неприменим. Тем не менее

<sup>421</sup> Примером может служить дело *Chromalloy Aeroservices Inc. v. the Arab Republic of Egypt*, Yearbook Commercial Arbitration, vol. XXII (1997), P. 692, арбитражное решение по которому, вынесенное в 1994 г. в Египте, было отменено в том же году Апелляционным судом Каира со ссылкой на то, что арбитры допустили ошибку при применении норм египетского материального права, которому была подчинена сделка. Несмотря на это, 31 июля 1996 г. суд округа Колумбия (США) и 14 января 1997 г. Апелляционный суд Парижа признали и привели в исполнение это арбитражное решение. Другим, еще более ярким примером, может служить признание и приведение в исполнение во Франции арбитражного решения по делу *Societe Hilmarton Ltd. v. Societe OTV*, Yearbook Commercial Arbitration vol. XIX (1994) P. 665, вынесенного в Швейцарии и отмененного судом этой страны. Впоследствии новый состав арбитража вынес по этому делу новое решение, которое также было приведено в исполнение во Франции. Следующим отмененным решением, приведенным в исполнение во Франции, стало дело *PT Putrabali Adyamulia v Rena Holding*, June 29, 2007 case No 06-13.292 and No 05-18.053.

<sup>422</sup> См.: Записка Секретариата ЮНСИТРАЛ 32-й сессии (Вена, 17 мая – 4 июня 1999 г.) // Документ ЮНСИТРАЛ А/CN.9/460. С. 29.

на уровне международного договора был закреплен принцип, по которому арбитражное решение, отмененное государственным судом по месту вынесения, сохраняет свою обязательность и возможность приведения в принудительное исполнение за рубежом, если причиной отмены решения было основание, не предусмотренное подп. «а»–«d» п. 1 ст. V Конвенции.

В кругу специалистов пока не выработалось единой точки зрения по вопросу целесообразности сохранения и развития практики, в соответствии с которой приводится в исполнение арбитражное решение, отмененное государственным судом по месту вынесения. В западной литературе встречаются публикации, критикующие практику исполнения арбитражных решений, отмененных по месту их вынесения, как подрывающую стабильность международного гражданского процесса и предсказуемость функционирования Конвенции<sup>423</sup>. Однако такая практика существует, причем не только в рамках стран – участниц Европейской конвенции<sup>424</sup>, но и в США. На выработку четких указаний по этому вопросу и на их закрепление в международном договоре, дополняющем Конвенцию, в ближайшее время рассчитывать не приходится, и ввиду того, что отмена международных арбитражных решений на Западе представляет собой редчайшее исключение из правила, согласно которому западные суды всячески способствуют международному арбитражу, спор до некоторых пор носил в основном академический характер.

К сожалению, в последнее время сугубо схоластическая дискуссия о целесообразности приведения в исполнение международного арбитражного решения, отмененного государственным судом по месту его вынесения, приобрела практическое значение. И поводом к этому послужили судебные акты Арбитражного суда г. Москвы и ФАС МО, отменившие четыре решения МКАС при ТПП РФ, вынесенные в 2006 г. по искам люксембургской компании Yukos Capital S.a.r.l. против ОАО «Юганскнефтегаз», бывшего дочернего предприятия НК

---

<sup>423</sup> *Gharavi H.G.* The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award. Kluwer Law International. 2002 – в этой книге обобщаются наиболее интересные прецеденты приведения в исполнение отмененных арбитражных решений и дается критический анализ такой практики. Из недавних публикаций на русском языке выделим следующую: *Плеханов В.В., Усокин 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. № 1. С. 31.

<sup>424</sup> *Paulson J.* Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment // The ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 9. N. 1 (May 1998).

«ЮКОС», которое получило у истца четыре кредита, выданных на основании четырех кредитных договоров, содержащих арбитражную оговорку о рассмотрении споров во МКАС при ТПП РФ. По всем четырем делам иски были удовлетворены и с должника были взысканы суммы основного долга и процентов, причитавшиеся кредитору, люксембургской компании, на основании этих кредитных договоров (решения МКАС при ТПП РФ от 19 сентября 2006 г. по делам № 143/2005, 144/2005, 145/2005 и 146/2005).

Постановления ФАС МО от 26 июля, 13 августа 2007 г. № КГ-А40/6775-07 по делу № А40-4577/07-8-46, № А40-4582/07-8-47 и № КГ-А40/6616-07 по делу № А40-4576/07-69-46, № А40-4581/07-69-47 оставили без изменений определения Арбитражного суда г. Москвы об отмене решений МКАС при ТПП РФ, несмотря на допущенные судьями ФАС МО многочисленные ошибки<sup>425</sup>, Высший Арбитражный Суд вмешиваться в это дело не стал. Зато суды Амстердама<sup>426</sup> и Лондона, дав соответствующую оценку квалификации их российских коллег, эти решения исполнили, и ответчику пришлось сполна расплатиться по счетам, включая проценты за несколько лет и оплату услуг юристов взыскателя, связанных с приведением решений МКАС при ТПП РФ в исполнение за рубежом.

Принимая во внимание, что эти дела – не единственные, когда решения МКАС при ТПП РФ, вынесенные против могущественных российских компаний<sup>427</sup>, отменяются Арбитражным судом г. Москвы по основаниям, которые западные суды ни в коем случае не посчитают убедительными, по-видимому, российским ответчикам, имеющим активы на Западе, следует подготовиться к тому, что победа в Арбитражном суде г. Москвы может оказаться мнимой.

Контрольные вопросы к § 5.10.

1. Допускается ли Конвенцией приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, отмененного по месту его вынесения?

<sup>425</sup> См. подробнее об этих судебных ошибках: *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.: Статут, 2008. С. 403.

<sup>426</sup> *Yukos Capital S.A.R.L. v. Rosneft* Amsterdam Court of Appeal, 28 April 2009, Case No. 200.005.269/1.

<sup>427</sup> См. § 3.6 об отмене решения МКАС при ТПП РФ в 2011 г., Постановление ФАС Московского округа от 10 октября 2011 г. по делу № А40-35844/11-69-311 (*НЛМК против Максимова*). Вопрос о признании и приведении в исполнение этого отмененного арбитражного решения решается в судах Нидерландов и Франции (см. газету «Ведомости» от 18 июня 2012 года).

*§ 5.11. Преюдициальность судебных актов по делам, связанным с оспариванием решений международных коммерческих арбитражей*

Вопрос о преюдициальном характере выводов, к которым приходит государственный арбитражный суд, рассматривающий заявление об отмене решения международного коммерческого арбитража, вынесенного в России, для процесса о приведении в исполнение такого решения, уже вкратце затрагивался ранее в § 4.1. Суть наших выводов состоит в том, что те основания для отмены арбитражного решения, которые были заявлены в первом процессе и отвергнуты судом, в силу нормы ч. 2 ст. 69 АПК получают преюдициальный характер и на них уже нельзя будет ссылаться в качестве основания для отказа в приведении в исполнение соответствующего арбитражного решения.

В то же время, отметим, что вопрос о преюдициальном значении обстоятельств, установленных первым вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, нельзя считать заранее разрешенным в контексте споров о приведении в исполнение и оспаривании решений международных арбитражей. Часть 2 ст. 69 АПК закрепляет преюдициальное значение только обстоятельств, *доказанных по другому делу*. При рассмотрении заявления о приведении в исполнение международного арбитражного решения могут рассматриваться одни обстоятельства, а при рассмотрении заявления об отмене этого же арбитражного решения – другие обстоятельства. Более того, даже если во вступившем в законную силу судебном акте указано на отсутствие, например, оснований для отмены решения международного арбитража, вынесенного на территории России, это не означает, что проигравшая арбитраж сторона уже не имеет никаких шансов добиться отказа в выдаче исполнительного листа на приведение в исполнение этого решения.

Дело в том, что бóльшую часть оснований для отказа в выдаче исполнительного листа или отмены решения международного арбитража государственный суд *не вправе исследовать по своей инициативе* – он может делать это только по заявлению стороны, против которой направлено арбитражное решение (см. подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА, см. § 5.2 выше). Предположим, что первым рассматривалось дело об

оспаривании решения международного арбитража, вынесенного на территории России, и сторона, против которой направлено это решение, сослалась на то, что арбитражное соглашение было недействительным. Если суд отвергнет этот аргумент и не отменит арбитражное решение, в ходе рассматриваемого позже дела о выдаче исполнительного листа ответчик уже не сможет сослаться на этот аргумент ввиду преюдициального значения, которое, в силу нормы ст. 69 АПК РФ, будет иметь ранее вынесенное определение или постановление по делу об отмене арбитражного решения. Такой вывод следует из Постановления ФАС МО от 27 марта 2006 г. по делу № КГ-А40/2138-06, причем указанный судебный акт не является единственным в этом роде.

В другом деле ответчик, проигравший международный арбитраж в МАК при ТПП РФ, попытался добиться отмены арбитражного решения в Арбитражном суде г. Москвы. Предъявленные им аргументы носили достаточно стандартный характер и были направлены фактически на пересмотр существа арбитражного решения. Арбитражный суд г. Москвы в удовлетворении заявления об отмене решения МАК при ТПП РФ отказал, Постановлением ФАС МО определение суда первой инстанции было оставлено в силе (Постановление ФАС МО от 11 августа 2005 г. по делу № КГ-А40/5892-05).

После этого сторона, выигравшая процесс в МАК, обратилась в арбитражный суд по месту нахождения ответчика с заявлением о выдаче исполнительного листа. Сперва в этом ей было отказано, но со второй попытки истец своего добился, причем решающую роль в формировании позиции суда сыграл вывод о преюдициальной силе решений судов Московского округа, принятых в ходе процесса об оспаривании решения МАК. Была сделана ссылка на то, что согласно ч. 2 ст. 69 АПК РФ обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным актом арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, не доказываются вновь при рассмотрении арбитражным судом другого дела, в котором участвуют те же лица (Постановление ФАС ДВО от 26 сентября 2006 года по делу № Ф03-А73/06-1/3036).

В то же время у ответчика в деле о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения все-таки останется возможность сослаться на другие основания для невыдачи исполнительного листа (например, на неуведомление ответчика или на выход арбитрами за рамки

их полномочий), на которые он не ссылался при рассмотрении его заявления об отмене этого арбитражного решения. В части аргументов, которые суд не вправе исследовать по собственной инициативе, вступившее в законную силу определение или постановление не обладает преюдициальностью, если при первом рассмотрении этого дела ответчик на такие аргументы не ссылался.

Иным образом обстоит дело с основаниями для отмены арбитражного решения или отказа в выдаче исполнительного листа, которые *суд всегда должен изучать по собственной инициативе*. Речь идет о таких предусмотренных подп. 2) п. 2 ст. 34 и подп. 2) п. 1 ст. 36 Закона о МКА основаниях, как неарбитрабельность предмета спора и противоречие публичному порядку. В контексте преюдициальности следует отметить, что наличие вступившего в законную силу судебного акта, отказавшего в отмене арбитражного решения, вынесенного на территории РФ, препятствует ссылкам на неарбитрабельность объекта, являющегося предметом спора, и противоречие публичному порядку в ходе рассмотрения заявления о выдаче исполнительного листа. Даже если сторона, проигравшая арбитраж, в своем заявлении об отмене арбитражного решения, вынесенного на территории РФ, не ссылалась на неарбитрабельность объекта, являющегося предметом спора, и противоречие публичному порядку, суд все равно должен был проверить наличие таковых оснований для отмены арбитражного решения по собственной инициативе. Следовательно, при последующем рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа государственный арбитражный суд не сможет заново исследовать вопросы арбитрабельности и публичного порядка, если к моменту его заседания уже имеется вступившее в законную силу определение или постановление по делу об отмене решения международного арбитража, вынесенного на территории России<sup>428</sup>, в котором государственный суд отказал в отмене этого арбитражного решения.

---

<sup>428</sup> См.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Практика ФАС Московского округа по делам, связанным с оспариванием и приведением в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 15 и далее.

Контрольные вопросы к § 5.11.

1. Какие вопросы, рассмотренные государственным арбитражным судом в рамках процесса об отмене решения международного арбитража, вынесенного в России, будут иметь преюдициальный характер при рассмотрении заявления о приведении в исполнение в России этого арбитражного решения?

Контрольные вопросы к Главе 5.

1. По каким признакам сгруппированы основания для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в ст. V Нью-Йоркской конвенции?

2. Может ли суд государства, чье материальное право регулировало сделку, отменять иностранное арбитражное решение, которым был рассмотрен вытекающей из этой сделки спор?

3. Возможно ли приведение в исполнение решения международного коммерческого арбитража, которое было отменено судом по месту его вынесения?

## Заключение

Международный коммерческий арбитраж давно стал частью системы внешней торговли, зарекомендовав себя в качестве надежного способа разрешения споров, осложненных иностранным элементом. Вобрав в себя лучшие процессуальные черты государственного правосудия как в странах континентальной системы права, так и в странах англо-американской системы, он стал действительно гибким и эффективным. Грамотный юрист-международник сможет подобрать арбитражную оговорку, соответствующую любому контракту, – от многомиллиардных инвестиций до поставки небольшой партии недорогого товара. Сторона спора, которая в полном объеме использует предоставленные ей применимым арбитражным регламентом права, будет иметь полную возможность представить собственную позицию, несмотря на то что арбитрами будут иностранные специалисты. Наконец, универсальное распространение Нью-Йоркской конвенции и основанного на ней национального законодательства гарантирует принудительное исполнение арбитражного решения – хотя фирмы, берегущие свою репутацию, исполняют вынесенные против них арбитражные решения, как правило, добровольно.

В то же время международный арбитраж – сложная комплексная дисциплина и требует от практикующего юриста постоянного изучения новых дел, свежих примеров из судебной-арбитражной практики, обмена опытом. В России уже многие годы проводятся конференции, посвященные арбитражу – их организуют ТПП РФ, American Bar Association, ТПС, МТП, ЛМТС. Еще больше таких конференций проводится за рубежом.

В России выходят два журнала, регулярно освещающих тематику международного арбитража – «Вестник международного коммерческого арбитража» и «Третейский суд». На Западе количество таких изданий измеряется десятками: назовем лишь самые авторитетные: *Arbitration International*, *Journal of International Arbitration*, *Journal of International Dispute Settlement*, *Arbitration*, *Global Arbitration Review*, регулярно выходят сборники, посвященные сравнительно-правовому анализу арбитражного законодательства и судебной практики в разных странах: *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*<sup>429</sup>, многие другие. В 2011 г. ICCA

---

<sup>429</sup> В вышедшем в 2011 г. издании *Handbook* глава, посвященная России, написана автором настоящего учебника.

опубликовало Руководство по толкованию Нью-Йоркской конвенции для судей<sup>430</sup>. Существуют различные платные и бесплатные<sup>431</sup> Интернет-ресурсы, содержащие большое количество самых разнообразных материалов по этой тематике.

Автор призывает читателей, которые всерьез заинтересовались международным коммерческим арбитражем, не ограничиваться элементарными сведениями, почерпнутыми из этого учебника, а продолжить свое образование. Знания в этой сфере никогда не останутся без употребления, по крайней мере до тех пор, пока экономика России полностью зависит от экспорта и импорта.

12 декабря 2012 года в Послании Федеральному собранию Президент РФ В.В. Путин заявил, что «необходимо подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России, причем на качественно новом уровне». Согласно поручениям Президента и Председателя Правительства срок для выработки мер – 1 июля 2013 года. Так что в настоящее время российские чиновники и другие заинтересованные лица разрабатывают далеко идущие изменения в АПК, Закон о МКА, Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации», причем каждая из этих групп лиц по-своему понимает указание Президента перевести регулирование в этой сфере «на качественно новый уровень».

Аргументы специалистов о том, что соответствие Закона о МКА Типовому закону ЮНСИТРАЛ должно сохраниться, что не следует вносить в законы подходы, которые могут быть закреплены на уровне постановления Пленума ВАС РФ или даже информационного письма его Президиума, что давно пора устранить явные нестыковки между Законом о МКА и АПК РФ<sup>432</sup>, остаются пока без внимания. В случае, если изменения, предлагаемые различными государственными служащими и представителями отдельных общественных организаций, преследующих собственные цели, действительно повлекут за собой отход от текстов и стандартов ЮНСИТРАЛ, «новый уровень» окажется более низким – вряд ли это имел в виду Президент.

Самый вопрос о необходимости совершенствования законодательства ставился для того, чтобы предотвратить дальнейшее бегство споров с участием российских компаний в зарубежные суды и арбитражи. Если вносимые изменения приведут к отказу от стандартов ЮНСИТРАЛ, то, несмотря на Информационное письмо № 156, западный

---

<sup>430</sup> Доступно в Интернете бесплатно на сайте [www.arbitration-icca.org](http://www.arbitration-icca.org).

<sup>431</sup> [italaw.com](http://italaw.com); [uncitral.org](http://uncitral.org); [arbitrations.ru](http://arbitrations.ru)

<sup>432</sup> 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.: Статут, 2008, С. 435.

бизнес расценит эти законодательные новеллы как указание на новый шаг России по пути изоляционизма, и вместо того, чтобы поступить в российские государственные суды или подконтрольные государству российские третейские центры (к чему наивно стремятся авторы соответствующих законодательных инициатив), дела в еще большем количестве будут уходить за рубеж.

Если же изменения в законодательстве будут разумными и будут оценены западным бизнесом положительно, то, наряду с последовательным применением Информационного письма № 156, могут быть созданы некоторые предпосылки к возвращению споров с участием российских компаний в пределы нашего отечества. Но только при условии существенного пересмотра отношения судов к «косвенным» и аналогичным искам, к вопросу об арбитрабельности корпоративных споров. Да и в этом случае, такое улучшение репутации российского правосудия займет немало времени, в течение которого российские граждане будут продолжать испытывать на своей шкуре все «прелести» новейшего российского государственного капитализма: ограничение количества игроков на рынке, завышенные цены, убогое предложение товаров и услуг, отсутствие современных технологий. А все серьезные споры, связанные с российской экономикой, будут по-прежнему решаться в Лондоне, Париже, Стокгольме...

### Рекомендуемая русскоязычная литература

*Аникина Е.Б.* Комментарий к Постановлению ФАС МО от 15 августа 2003 г. по делу № КГ-А40/5470-03П // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 106.

*Асосков А.В.* Вопросы международного арбитража в новом обзоре Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ: поиск правильных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 2. С. 9.

*Асосков А.В.* Допустимость разрешения корпоративных споров в международном арбитраже/Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 80-летию МКАС при ТПП РФ под ред А.А. Костина, М.:Статут, 2012, С. 6.

*Балеевских Л.С.* Арбитрабельность корпоративных споров: конституционно-правовой аспект. //Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 10

*Бардина М.П.* Определение применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии выбора права сторонами / Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Л.Н. Галенской, СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2007.

*Богуславский М.М.* Международное гражданское процессуальное право в государствах СНГ // Экономика и жизнь – Юрист. 2001. № 5.

*Богуславский М.М.* Международное частное право. М.: Юрист, 2006.

*Богуславский М.М.* Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право. Современная практика. М.: Тон-Остожье, 2000.

*Богуславский М.М., Карабельников Б.Р.* Публичный порядок и обязательность исполнения решений международных арбитражей // Экономика и жизнь – Юрист. 2002. № 11.

*Богуславский М.М., Карабельников Б.Р.* Исполнение решений международных арбитражей и ссылки на публичный порядок // Хозяйство и право. 2003. № 9 С. 134.

*Ван ден Берг А.-Я.* Почему некоторые арбитражные решения не могут быть принудительно исполнены? // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 37.

*Видер В.В.* Применение Нью-Йоркской конвенции в Англии // Третейский суд. 2003. № 6. С. 60.

*Вилкова Н.Г.* Международный коммерческий арбитраж в современном мире: проблемы и перспективы // ВВАС РФ. 2002. № 12.

*Виноградова Е.А.* Российский суд не вправе отменить решение третейского суда, вынесенное на территории другого государства // Российская юстиция. 2002. № 6.

*Дандэс Х.* Сибирский вклад в английское право: публичный порядок, незаконность и принудительное исполнение решений международных арбитражей. Дело *Soinco S.A.C.I. против НКАЗ* и последующие дела // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 53.

*Дуглас З., Климов Я.Ю.* Инвестиционный арбитраж с участием государств//Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 78

*Жильцов А.Н., Муранов А.И.* Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право: иностранное законодательство. М.: Тон-Остожье, 2001.

*Жильцов А.Н.* Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже//Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 2. С. 40.

*Жильцов А.Н.* Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 10.

*Кабатова Е.В.* Изменения Типового закона ЮНСИТРАЛ и их имплементация/в сборнике Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 80-летию МКАС при ТПП РФ под ред. А.А. Костина, М.:Статут, 2012, С. 165

*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.: Статут, 2008.

*Карабельников Б.Р.* О некоторых вопросах международного арбитража при заключении внешнеэкономических сделок с участием российских предприятий // Цивилист. 2005. № 1.

*Карабельников Б.Р.* Публичный порядок и международный арбитраж: объективные и субъективные проблемы российской практики // Журнал международного публичного и частного права. 2005. № 6.

*Карабельников Б.Р.* Высший Арбитражный Суд РФ поддерживает внутренние третейские суды, но не доверяет международному арбитражу // СПС КонсультантПлюс, 2006.

*Карабельников Б.Р.* Косвенные иски как способ узаконить нарушение российскими компаниями их собственных обязательств // Законы России. 2007. № 7. С. 76.

*Карабельников Б.Р.* Глоссарий международного коммерческого арбитража. М.: Статут, 2007.

*Карабельников Б.Р.* Рассмотрение споров по Регламенту Лондонского международного третейского суда // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1.

*Карабельников Б.Р.* Конституционный Суд Российской Федерации ставит точку в споре об арбитрабельности споров по российскому законодательству // СПС «КонсультантПлюс», июль 2011.

*Карабельников Б.Р.* Злоупотребление правом не может быть основанием для предъявления иска, статья в журнале//Закон. 2011. № 11.

*Карабельников Б.Р.* Эволюция международного коммерческого арбитража и его место в правовой и экономической системе//Закон. 2012. № 5

*Комаров А.С.* Международный коммерческий арбитраж и государственный суд // Закон. № 2. 2003.

*Комаров А.С.* Основополагающие принципы третейского суда // ВВАС РФ. 2001. № 4.

*Комаров А.С.* Разрешение внешнеэкономических споров международным арбитражем // Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001.

*Комаров А.С.* Обеспечительные меры в международном коммерческом арбитраже // Хозяйство и право. 2004. № 4. С. 41.

*Комаров А.С.* Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 7.

*Костин А.А.* Некоторые проблемы арбитража // Третейский суд. 2000. № 3.

*Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение. М.: Международные отношения, 2001.

*Крохалев С.В.*, Международный коммерческий арбитраж и публичный порядок. Краткий обзор французской доктрины и судебной практики // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 80.

*Крохалев С.В.* Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2006.

*Курочкин Д.В.* Обеспечительные меры в российском суде в поддержку иностранного арбитража//Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 71

*Курочкин Д.В.* Несколько комментариев к рекомендациям Президиума ВАС РФ по рассмотрению дел о признании и приведении в исполнение решений международных арбитражей и иностранных судебных решений // Международный коммерческий арбитраж, 2006. № 6. С.66.

*Лебедев С.Н.* Международное сотрудничество в области международного коммерческого арбитража. М., 1979.

*Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988.

*Лебедев С.Н.* Международный торговый арбитраж. М., 1965.

*Литвинский Д.И.* Принципы «взаимности» и «права на суд» в области экзекватуры на исполнение в России иностранных судебных решений: Постановление ФАС МО от 2 марта 2006 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 4. С. 37.

*Луниц Л.А.* Курс международного частного права: Общая часть. М., 1970.

*Луниц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. М., 1976.

*Маковский А.Л.* Предисловие // Международное частное право: иностранное законодательство / Сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2001.

*Маковский А.Л., Карабельников Б.Р.*, Арбитрабельность споров: российский подход // Россия в контексте международного развития: международное частное право, защита культурных ценностей, интеллектуальная собственность, унификация права. Festschrift für Mark Moisevič Boguslavskij, A. Trunk, R. Knieper, A. Svetlanov (Hrsg.), BWV, 2004, p. 275–285.

*Марышева Н.И.* Международная правовая помощь и ее виды // Проблемы международного частного права. М., 2000.

*Марышева Н.И.* Вопросы признания и исполнения в России решений иностранных судов//Журнал российского права. 2006. № 8.

*Мосс Дж.К.* Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М., 1996.

*Мосс Дж. К.* Существует ли риск коллизии между Нью-Йоркской конвенцией и принятым после нее национальным законодательством о поддержке арбитража? // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С.113.

*Муранов А.И.* Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений. Компетенция российских судов. М.: Юстицинформ, 2002.

*Муранов А.И.* Десять причин, почему Генри Резник неправ //pravo.ru/review/face/view/83847/

*Мусин В.А.* Арбитражная оговорка во внешнеэкономическом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. № 4.

*Мусин В.А.* Третейские суды: «второе дыхание» // Экономика и жизнь – Юрист. 2002. № 31.

*Мусин В.А.* Противоречие публичному порядку как одно из оснований для отказа в принудительном исполнении решения международного коммерческого арбитража // Третейский суд. 2003. № 6. С. 83.

*Нестеренко А.В.* Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 30.

*Пеллю Д.* Исполнение арбитражных решений по делу Noga во Франции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 2. С. 72.

*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. № 1. С. 31

*Розенберг М.Г.* Арбитражная практика за 1996–1997 гг. М.: Статут, 1998.

*Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 4-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2010

*Розенберг М.Г.* Практика МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2000–2008.

*Сальвиус О.,* Участие российских сторон в международном арбитраже: практические советы // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 3. С. 36.

*Содерлунд К.* Решения международного коммерческого арбитража: сроки вынесения, содержание, виды // Хозяйство и право. 2002. № 12.

*Стрелов И.М.* Взаимодействие арбитражных и третейских судов // ВВАС РФ. 2005. № 4. С. 112.

*Трунк А.* Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 127.

*Трушников С.С.* Взаимодействие институтов несостоятельности и коммерческого арбитража в законодательстве и судебной практике различных государств // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 2, 3.

*Уолш Т., Тейтельбаум Р.* Решения Лондонского международного третейского суда по вопросу отвода арбитров: введение // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 170.

*Фалькович М.С.* Третейский суд: проблемы и перспективы // ВВАС РФ. 2002. № 6.

*Филатов И.А.* Практика МКАС при ТПП РФ. Решения, вынесенные в 2006 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 3. С. 75.

*Хванг М., Лай Э.,* Могут ли очевидные ошибки быть приравнены к нарушению публичного порядка? // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 2. С. 75.

*Хегер С.* Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М.: Волтерс Клувер, 2006.

*Хертицфельд Дж.* Место проведения арбитражного разбирательства и выбор применимого права / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2007. С. 470.

*Хертицфельд Дж.* О некоторых основополагающих вопросах, рассматриваемых в ходе арбитражей по двусторонним инвестиционным договорам // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 4. С. 29.

*Хлестова И.О.* Вопросы иммунитета государства в законодательстве и договорной практике Российской Федерации // Проблемы международного частного права. М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, 2000.

*Хлестова И.О.* Проблема юрисдикционного иммунитета государства и ее законодательное решение // Экономика и жизнь – Юрист. 2001. № 4.

*Хлестова И.О.* Иммунитет иностранного государства и международный коммерческий арбитраж // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 14.

*Хлестова И.О.*, Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в РФ/Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. М.: Статут, 2007, С. 490.

*Хобер К.* Если дело дошло до суда // Нефть и капитал. 2000. № 1.

*Хобер К.* Мировой опыт третейского разбирательства (на примере Швеции) // Экономика и жизнь – Юрист. 2002. № 16.

*Хобер К.* Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 61.

*Хобер К.* Решение Округного суда Амстердама от 27 августа 2002 г. по вопросу о признании и приведении в исполнение Решения МКАС при ТПП РФ от 19 ноября 2001 г. // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 111.

*Хобер К.* Ответственность государства и инвестиционный арбитраж // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 3. С. 7.

*Хомич М.С.* Оптимизация расходов сторон на проведение арбитражного разбирательства // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 85.

*Ходыкин Р.М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // в сборнике «Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража». М.: Статут, 2013, С. 274

*Хоцанов Д.А.* Действительность арбитражного соглашения: очередные судебные ошибки // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2. С. 38.

*Шебанова Н.А.* Некоторые вопросы рассмотрения споров с участием иностранных лиц в арбитражных судах РФ // ВВАС РФ. 2000. № 5.

*Шор Л., Янг М., Вилске Ш.*, Межюрисдикционные баталии по отмене швейцарского арбитражного решения // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 3. С. 53.

*Яковлев В.Ф.* Выступление на международной научно-практической конференции, посвященной 70-летию МКАС при ТПП РФ // ВВАС РФ. 2002. № 12.

*Ярков В.В.* Краткий комментарий Постановления Президиума ВАС РФ от 14.01.03 № 2853/00 // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 2. С. 95.

*Ярков В.В.* Иск прокурора и арбитражная оговорка в договоре // Международный коммерческий арбитраж. 2006. № 3. С. 58.

*Ярков В.В.* Отказ в признании и приведении в исполнение вынесенного в Лондоне решения международного арбитража (продолжение Калининградского дела) // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2. С. 67

*Ярков В.В.* Взаимодействие арбитражного и судебного разбирательства: некоторые аспекты // Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь проф. Л.Н. Галенской. СПб.: Издательский дом С.-Петербур. гос. ун-та, 2007.

*Ярков В.В.* Косвенные иски: отдельные вопросы // в сборнике «Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража». М.: Статут, 2013, С. 332.

Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина, сост. Г.В. Севастьянов. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007.

Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. проф. В.В. Яркова. М.: Инфотропик Медиа, 2011.

Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М.: Статут, 2003.

Комментарии к арбитражным регламентам ведущих арбитражных институтов / под ред. Р. Хлупа – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: «Инфотропик Медиа», 2012.

Международный коммерческий арбитраж: Учебник / под ред. В.А.Мусина, О.Ю. Скворцова – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: «Инфотропик Медиа», 2012.

Арбитражный процесс: учебник / Отв. ред. проф. В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

## Нью-Йоркская конвенция

### КОНВЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ О ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

#### Статья I

1. Настоящая Конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица. Она применяется также к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение.

2. Термин "арбитражные решения" включает не только арбитражные решения, вынесенные арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу, но также и арбитражные решения, вынесенные постоянными арбитражными органами, к которым стороны обратились.

3. При подписании, ратификации или присоединении к настоящей Конвенции или при уведомлении, предусмотренном в статье X этой Конвенции, любое государство может на основе взаимности заявить, что оно будет применять настоящую Конвенцию в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных только на территории другого Договаривающегося Государства. Оно может также заявить, что оно будет применять настоящую Конвенцию только в отношении споров, возникающих по договорным или иным правоотношениям, которые считаются торговыми по национальному закону государства, делающего такое заявление.

#### Статья II

1. 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 договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства.

2. Термин "письменное соглашение" включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами.

3. 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.

#### Статья III

Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях. К признанию и приведению в

исполнение арбитражных решений, к которым применяется настоящая Конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины или сборы, чем те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних решений.

#### Статья IV

1. Для получения упомянутого в предшествующей статье признания и приведения в исполнение сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение, при подаче такой просьбы представляет:

а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового;

б) подлинное соглашение, упомянутое в статье II, или должным образом заверенную копию такового.

2. Если арбитражное решение или соглашение изложено не на официальном языке той страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого решения, сторона, которая просит о признании и приведении в исполнение этого решения, представляет перевод этих документов на такой язык. Перевод заверяется официальным или присяжным переводчиком или дипломатическим или консульским учреждением.

#### Статья V

1. 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 соглашении, указанном в статье II, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это 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

д) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж, или

е) 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.

2. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также 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.

#### Статья VI

Если перед компетентной властью, указанной в подпункте "е" пункта 1 статьи V, было 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.

#### Статья VII

1. 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.

2. 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.

#### Статья VIII

1. Настоящая Конвенция открыта до 31 декабря 1958 года для подписания от имени любого члена Организации Объединенных Наций, а также от имени любого государства, которое является или впоследствии станет членом какого-либо специализированного учреждения Организации Объединенных Наций или которое является или впоследствии станет участником Статута Международного Суда, или любого другого государства, которое будет приглашено Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций.

2. Настоящая Конвенция подлежит ратификации и ратификационные грамоты депонируются у Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций.

#### Статья IX

1. Настоящая Конвенция открыта для присоединения всем государствам, упомянутым в статье VIII.

2. Присоединение совершается депонированием грамоты о присоединении у Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций.

#### Статья X

1. Любое государство может при подписании или ратификации настоящей Конвенции или при присоединении к ней заявить, что эта Конвенция распространяется на все или некоторые территории, за международные отношения которых оно несет ответственность. Такое заявление вступает в силу одновременно с вступлением в силу настоящей Конвенции в отношении этого государства.

2. В любое время после указанного выше такое распространение может быть совершено посредством уведомления на имя Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций и вступает в силу на девяностый день, считая со дня получения Генеральным Секретарем Организации Объединенных Наций этого уведомления, или в день вступления в силу настоящей Конвенции в отношении соответствующего государства, в зависимости от того, какой срок истекает позднее.

3. Что касается территорий, на которые настоящая Конвенция не будет распространена при подписании или ратификации ее или при присоединении к ней, то каждое заинтересованное государство должно рассмотреть вопрос о возможности принятия мер, необходимых для распространения применения этой Конвенции к указанным территориям при условии согласия правительств таких территорий, где это необходимо по конституционным основаниям.

#### Статья XI

К федеративным и неунитарным государствам применяются нижеследующие постановления:

а) по тем статьям настоящей Конвенции, которые относятся к законодательной юрисдикции федеральной власти, обязательства федерального правительства в соответствующих пределах те же, что и обязательства Договаривающихся Государств, которые не являются федеративными государствами;

б) что касается тех статей настоящей Конвенции, которые относятся к законодательной юрисдикции образующих федерацию государств или провинций, не обязанных согласно конституционной системе федерации принимать законодательные меры, то федеральное правительство доводит такие статьи со своей благоприятной рекомендацией до сведения надлежащих властей государств или провинций в кратчайший по возможности срок;

с) федеративное государство, участвующее в настоящей Конвенции, представляет, по требованию любого другого Договаривающегося Государства, переданному через Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций, справку об имеющихся отношении к любому конкретному постановлению настоящей Конвенции законах и практике федерации и ее составных частей, указывая, в какой мере это постановление проведено в жизнь законодательными или иными мерами.

#### Статья XII

1. Настоящая Конвенция вступает в силу на девяностый день, считая со дня депонирования третьей ратификационной грамоты или грамоты о присоединении.

2. Для каждого государства, ратифицирующего настоящую Конвенцию или присоединяющегося к ней после депонирования третьей ратификационной грамоты или грамоты о присоединении, настоящая Конвенция вступает в силу на девяностый день после депонирования этим государством своей ратификационной грамоты или грамоты о присоединении.

### Статья XIII

1. Любое Договаривающееся Государство может денонсировать настоящую Конвенцию письменным уведомлением на имя Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций. Денонсация вступает в силу через год со дня получения этого уведомления Генеральным Секретарем.

2. Любое государство, которое сделало заявление или уведомление на основании статьи X, может в любое время впоследствии заявить в уведомлении на имя Генерального Секретаря Организации Объединенных Наций, что действие настоящей Конвенции в отношении соответствующей территории прекратится через год со дня получения этого уведомления Генеральным Секретарем.

3. Настоящая Конвенция будет применяться в отношении арбитражных решений, дела о признании и приведении в исполнение которых были начаты до вступления в силу денонсации.

### Статья XIV

Никакое Договаривающееся Государство не вправе пользоваться настоящей Конвенцией против других Договаривающихся Государств иначе как в тех пределах, в которых оно обязано применять эту Конвенцию.

### Статья XV

Генеральный Секретарь Организации Объединенных Наций уведомляет государства, упомянутые в статье VIII, о нижеследующем:

- a) о подписании и ратификациях согласно статье VIII;
- b) о присоединениях согласно статье IX;
- c) о заявлениях и уведомлениях, вытекающих из статей I, X и XI;
- d) о дне вступления настоящей Конвенции в силу согласно статье XII;
- e) о денонсациях и уведомлениях согласно статье XIII.

### Статья XVI

1. Настоящая Конвенция, английский, испанский, китайский, русский и французский тексты которой являются равно аутентичными, хранится в архиве Организации Объединенных Наций.

2. Генеральный Секретарь Организации Объединенных Наций препровождает заверенные копии настоящей Конвенции государствам, упомянутым в статье VIII.

ПРИЛОЖЕНИЕ II [К ДОКЛАДУ ЮНСИТРАЛ О РАБОТЕ ЕЕ 39-Й СЕССИИ]  
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 10 июня 1958 года, принятая  
Комиссией Организации Объединенных Наций  
по праву международной торговли 7 июля 2006 года  
на ее тридцать девятой сессии

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, ссылаясь на Резолюцию 2205 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1966 года, которой была учреждена Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли с целью содействия прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли с помощью, в частности, изыскания путей и средств, обеспечивающих единообразное толкование и применение международных конвенций и единообразных законов в области права международной торговли,

сознавая тот факт, что в Комиссии представлены различные правовые, социальные и экономические системы мира, а также страны, находящиеся на различных уровнях развития,

ссылаясь на последовательные резолюции Генеральной Ассамблеи, в которых неоднократно подтверждался мандат Комиссии как центрального правового органа в рамках системы Организации Объединенных Наций в области права международной торговли на координацию правовой деятельности в этой области,

будучи убеждена в том, что широкое принятие Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года<sup>433</sup>, стало существенным достижением в деле обеспечения верховенства права, особенно в области международной торговли,

напоминая, что Конференция полномочных представителей, на которой была подготовлена и открыта для подписания Конвенция, приняла резолюцию, в которой указывается, в частности, что Конференция "считает, что большее единообразие внутренних законов об арбитраже способствовало бы эффективности арбитража при разрешении частнопровых споров",

учитывая различные толкования требований в отношении формы в соответствии с Конвенцией, которые отчасти являются результатом различий в формулировках между пятью равно аутентичными текстами Конвенции,

принимая во внимание пункт 1 статьи VII Конвенции, цель которой заключается в том, чтобы в максимально возможной степени обеспечить приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, в частности, путем признания права любой заинтересованной стороны полагаться на законодательство или международные договоры страны, в которой подается ходатайство, основанное на арбитражном решении, включая случаи, когда такое законодательство или международные договоры обеспечивают более благоприятный режим по сравнению с Конвенцией,

учитывая широкое использование электронной торговли,

принимая во внимание такие международно-правовые документы, как Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года<sup>434</sup>, который был

<sup>433</sup> United Nations. Treaty Series. Vol. 330. No. 4739.

<sup>434</sup> Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сороковая сессия, Дополнение N 17 (A/40/17), приложение I, и издание Организации Объединенных Наций, в продаже под N R.95.V.18.

впоследствии пересмотрен, в частности в отношении статьи 7<sup>435</sup>, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле<sup>436</sup>, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях<sup>437</sup> и Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах<sup>438</sup>,

принимая также во внимание принятие внутреннего законодательства, а также прецедентное право, которое содержит более благоприятные по сравнению с Конвенцией требования в отношении формы и которое регулирует арбитражные соглашения, арбитражное разбирательство и приведение в исполнение арбитражных решений,

считая, что при толковании Конвенции следует учитывать необходимость содействовать признанию и приведению в исполнение арбитражных решений,

1) рекомендует применять пункт 2 статьи II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года, исходя из признания того, что содержащееся в нем описание обстоятельств не носит исчерпывающего характера;

2) рекомендует также применять пункт 1 статьи VII Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года, таким образом, чтобы предоставить любой заинтересованной стороне 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.

---

<sup>435</sup> Там же, шестьдесят первая сессия, Дополнение N 17 (A/61/17), приложение I.

<sup>436</sup> Там же, пятьдесят первая сессия, Дополнение N 17 (A/51/17), приложение I, и издание Организации Объединенных Наций, в продаже под N R.99.V.4, в которое также включено Руководство по принятию.

<sup>437</sup> Там же, пятьдесят шестая сессия, Дополнение N 17 (A/56/17), приложение II, и издание Организации Объединенных Наций, в продаже под N R.02.V.8, в которое также включено Руководство по принятию.

<sup>438</sup> Резолюция N 60/21 Генеральной Ассамблеи, приложение.

Европейская конвенция

## ЕВРОПЕЙСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ВНЕШНЕТОРГОВОМ АРБИТРАЖЕ

НИЖЕПОДПИСАВШИЕСЯ,  
ДОЛЖНЫМ ОБРАЗОМ уполномоченные,  
СОБРАВШИЕСЯ под эгидой Европейской Экономической Комиссии Организации Объединенных Наций,  
КОНСТАТИРУЯ, что 10 июня 1958 г. на Конференции Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу была подписана Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений,  
ЖЕЛАЯ содействовать развитию европейской торговли путем устранения, по мере возможности, некоторых затруднений в функционировании внешнеторгового арбитража в отношениях между физическими и юридическими лицами различных европейских стран,  
СОГЛАСИЛИСЬ о нижеследующих постановлениях.

### Статья I

#### Сфера применения Конвенции

1. Настоящая Конвенция применяется:

а) к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно свое местонахождение в различных Договаривающихся Государствах, о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле;

б) к арбитражным процессам и решениям, основанным на соглашениях, указанных в пункте 1, абзац "а" настоящей статьи.

2. Для применения настоящей Конвенции:

а) термин "арбитражное соглашение" обозначает арбитражную оговорку в письменной сделке или отдельное арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами, телеграммами или в сообщениях по телетайпу, а в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, – всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами;

б) термин "арбитраж" обозначает разбирательство споров как арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу (арбитраж *ad hoc*), так и постоянными арбитражными органами;

с) термин "местонахождение юридического лица" обозначает место, где находится контора юридического лица, заключившего арбитражное соглашение.

### Статья II

Возможность для публично-правовых юридических  
лиц обращаться к арбитражу

1. В случаях, предусмотренных пунктом 1 статьи I настоящей Конвенции, юридические лица, которые по применимому к ним национальному закону рассматриваются как "юридические лица публичного права", будут иметь возможность заключать арбитражные соглашения.

2. При подписании или ратификации настоящей Конвенции или присоединении к ней каждое Договаривающееся Государство может сделать заявление об ограничении упомянутой возможности условиями, указанными в его заявлении.

### Статья III

#### О праве иностранных граждан быть арбитрами

Для разбирательства споров, предусмотренных настоящей Конвенцией, арбитрами могут быть назначены иностранные граждане.

### Статья IV

#### Осуществление арбитражного процесса

1. Стороны арбитражного соглашения могут по своему усмотрению:

a) предусматривать передачу споров на разрешение постоянного арбитражного органа; в этом случае рассмотрение споров будет производиться в соответствии с регламентом такого органа;

b) предусматривать передачу споров на разрешение арбитража по данному делу (арбитраж ad hoc) и в этом случае, в частности:

i) назначать арбитров или устанавливать в случае возникновения какого-либо спора методы их назначения;

ii) устанавливать местонахождение арбитражного суда;

iii) устанавливать правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры.

2. Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение в арбитраж ad hoc и если в течение 30 дней с даты извещения ответчика о передаче дела в арбитраж одна из сторон не назначила своего арбитра, то, если стороны не предусмотрели в арбитражном соглашении иного, арбитр этой стороны назначается по просьбе другой стороны председателем компетентной торговой палаты страны, в которой на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж проживает или имеет свое местонахождение не назначившая арбитра сторона. Этот пункт равным образом применяется к замещению арбитров, назначенных одной из сторон или председателем вышеуказанной торговой палаты.

3. Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение в арбитраж ad hoc, состоящий из единоличного арбитра или из нескольких арбитров, но если в арбитражном соглашении не содержится необходимых для осуществления арбитражного процесса данных, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи, то, если стороны не пришли к соглашению на этот счет и с оговоркой относительно случая, указанного в пункте 2, соответствующие меры будут приняты уже назначенными арбитром или арбитрами. Если стороны не договорились о назначении единоличного арбитра или если назначенные арбитры не могли достигнуть договоренности о мерах, которые должны быть приняты, истец должен будет обратиться с просьбой о принятии этих мер в том случае, 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 местонахождение; 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 местонахождение, либо к Специальному комитету, состав и характер деятельности которого определены в приложении к настоящей Конвенции. Если истец не воспользовался правами, предоставленными ему настоящим пунктом, этими правами могут воспользоваться ответчик или арбитры.

4. Председатель или Специальный комитет, к которому направлена просьба, может в зависимости от характера просьбы:

а) назначить единоличного арбитра, если это было согласовано сторонами, арбитра-председателя, суперарбитра или третьего арбитра;

б) произвести замещение арбитра (или арбитров), назначенных в ином порядке, чем это предусмотрено в пункте 2 настоящей статьи;

с) устанавливать местонахождение арбитражного суда, причем решением арбитров может быть избрано другое место арбитража;

д) устанавливать либо непосредственно, либо путем ссылки на регламент какого-либо постоянного арбитражного органа правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры, если последние за отсутствием договоренности между сторонами сами не установили правил своей процедуры.

5. Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение постоянного арбитражного органа, но не назначили этого органа и не достигли соглашения на этот счет, то истец может направить просьбу о таком назначении в соответствии с положениями пункта 3 настоящей статьи.

6. Если в арбитражном соглашении не содержится указаний относительно того, каким из видов арбитража – постоянно действующим или *ad hoc* – должен быть решен спор между сторонами, и если стороны не пришли к соглашению по этому поводу, то истец сможет направить просьбу о решении этого вопроса в соответствии с положениями пункта 3 настоящей статьи. Председатель или Специальный комитет могут либо отослать стороны к постоянному арбитражному органу, либо им предписать назначить своих арбитров в срок, указанный председателем или Специальным комитетом, и принять в этот же срок меры, необходимые для осуществления арбитражного процесса. В последнем случае применяются пункты 2, 3 и 4 настоящей статьи.

7. Если в течение 60 дней с момента получения им просьбы о выполнении одной из функций, перечисленных в пунктах 2, 3, 4, 5 и 6 настоящей статьи, председатель торговой палаты, к которой была направлена просьба в силу положений одного из вышеназванных пунктов, не примет соответствующих мер, лицо, обратившееся с просьбой, которая не была выполнена, может обратиться к Специальному комитету с просьбой о том, чтобы он взял на себя выполнение функций, которые не были выполнены.

## Статья V

### Отвод арбитражного суда по неподсудности

1. Отвод арбитражного суда любой из сторон по неподсудности должен быть заявлен в арбитражном суде не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по существу дела, если этот отвод основывается на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения или

утраты им силы; а если он основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, то как только будет поставлен в ходе арбитражного процесса вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Заявление об отводе, сделанное на более поздних стадиях арбитражного процесса, может быть удовлетворено, если арбитражный суд найдет причину просрочки уважительной.

2. Указанные в пункте 1 возражения против компетенции арбитражного суда, не выдвинутые в установленные в этом пункте сроки, не могут быть выдвинуты на более поздней стадии арбитражного процесса, а также в государственном суде при обращении к нему с просьбой о рассмотрении дела по существу или об исполнении арбитражного решения, если только эти возражения не касаются таких вопросов, возбуждение которых не предоставляется свободному усмотрению сторон в силу закона, применимого арбитром, или соответственно в силу закона, подлежащего применению компетентным государственным судом согласно коллизионной норме страны суда. Решение арбитра о пропуске срока может быть обжаловано в государственном суде.

3. 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.

## Статья VI

### Подсудность государственным судам

1. 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.

2. При вынесении решения по вопросу о наличии или действительности указанного арбитражного соглашения государственные суды Договаривающихся Государств, в которых поднят этот вопрос, должны будут руководствоваться, если вопрос касается правоспособности сторон, законом, который к ним применяется, а по другим вопросам:

а) законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

б) при отсутствии указаний на этот счет – законом страны, в которой должно быть вынесено решение;

с) 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, – законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело.

Суд, в котором возбуждено дело, может не признать арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства.

3. Если одна из сторон в арбитражном соглашении подала заявление с просьбой об арбитраже, то государственный суд, в который может в последующем обратиться другая сторона с иском по тому же предмету или вопросу об отсутствии, недействительности или

утрате силы арбитражным соглашением, должен отложить вынесение решения по вопросу о компетенции арбитражного суда до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела, поскольку у государственного суда нет достаточно существенных оснований для отступления от этого правила.

4. Испрашивание одной из сторон временных мер или мер предварительного обеспечения в государственном суде не должно рассматриваться ни как несовместимое с арбитражным соглашением, ни как передача дела в государственный суд для разрешения его по существу дела.

## Статья VII

### Применимое право

1. Стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении спора по существу. Если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой. В обоих случаях арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями.

2. Арбитры выносят решение в качестве "дружеских посредников", если между сторонами на этот счет имеется договоренность и если применимый закон это разрешает.

## Статья VIII

### Мотивы решения

Считается, что стороны в арбитражном соглашении договорились о необходимости мотивированного арбитражного решения, если только они:

а) не оговорили особо, что решение не должно быть мотивировано, или

б) не избрали арбитражной процедуры, в рамках которой не принято мотивировать арбитражное решение, и если при этом ни одна из сторон не потребовала особо, до окончания устного разбирательства или при отсутствии устного разбирательства до составления арбитражного решения, чтобы решение было мотивировано.

## Статья IX

### Объявление арбитражного решения недействительным

1. Отмена арбитражного решения, подпадающего под действие настоящей Конвенции в одном из Государств – участников Конвенции, будет являться причиной отказа в признании или исполнении этого решения в других Государствах – участниках настоящей Конвенции только при условии, что отмена арбитражного решения была произведена в Государстве, в котором или по закону которого это решение было вынесено, и лишь по одному из следующих оснований:

а) стороны в арбитражном соглашении были, по применимому к ним закону, в какой-либо мере недееспособны или это соглашение было недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено; или

б) сторона, требующая отмены решения, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

с) указанное решение было 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 не быть отменена; или

д) состав арбитражной коллегии или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или при отсутствии такового не соответствовали положениям статьи IV настоящей Конвенции.

2. В отношениях между Государствами – участниками настоящей Конвенции, которые одновременно являются участниками Нью-Йоркской конвенции 10 июня 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, пункт 1 настоящей статьи ограничивает применение статьи V, 1 "е" Нью-Йоркской конвенции случаями, предусмотренными в пункте 1 статьи IX настоящей Конвенции.

## Статья X

### Заключительные положения

1. Настоящая Конвенция открыта для подписания или присоединения к ней для стран – членов Европейской Экономической Комиссии и стран, допущенных с правом совещательного голоса в соответствии с пунктом 8 круга ведения этой Комиссии.

2. Страны, могущие участвовать в некоторых работах Европейской Экономической Комиссии согласно статье 11 положения о ее круге ведения, могут стать Договаривающимися сторонами настоящей Конвенции путем присоединения к ней по ее вступлении в силу.

3. Конвенция будет открыта для ее подписания до тридцать первого декабря тысяча девятьсот шестьдесят первого года включительно. После этой даты она будет открыта для присоединения к ней.

4. Настоящая Конвенция подлежит ратификации.

5. Ратификация Конвенции или присоединения к ней производится путем передачи надлежащего акта на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций.

6. При подписании или ратификации настоящей Конвенции или присоединении к ней каждая Договаривающаяся сторона препровождает Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций список торговых палат и других органов ее страны, председатели которых будут выполнять функции, возложенные статьей IV настоящей Конвенции на председателей компетентных торговых палат.

7. Постановления настоящей Конвенции не затрагивают действительности многосторонних и двусторонних соглашений в отношении арбитража, заключенных Договаривающимися Государствами.

8. Настоящая Конвенция вступает в силу на девяностый день после того, как пять указанных в пункте 1 настоящей статьи стран передадут акты о ратификации или

присоединении. В отношении каждой страны, которая ратифицирует настоящую Конвенцию или присоединится к ней впоследствии, настоящая Конвенция вступает в силу на девяностый день после передачи страной ратификационной грамоты или акта о присоединении.

9. Настоящая Конвенция может быть денонсирована любой Договаривающейся стороной путем нотификации Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций. Денонсация вступает в силу по истечении двенадцатимесячного срока после получения Генеральным Секретарем упомянутой выше нотификации.

10. Если после вступления в силу настоящей Конвенции число Договаривающихся сторон окажется вследствие денонсации менее пяти, настоящая Конвенция теряет силу со дня, когда станет действительной последняя из денонсаций.

11. Генеральный Секретарь Организации Объединенных Наций сообщает странам, указанным в пункте 1, а также странам, ставшим Договаривающимися сторонами на основании пункта 2 настоящей статьи:

- a) о заявлениях, сделанных в соответствии с пунктом 2 статьи II,
- b) о ратификациях Конвенции и о присоединениях к ней в соответствии с пунктами 1 и 2 настоящей статьи,
- c) о сообщениях, полученных в соответствии с пунктом 6 настоящей статьи,
- d) о датах вступления в силу настоящей Конвенции в соответствии с пунктом 8 настоящей статьи,
- e) о денонсациях в соответствии с пунктом 9 настоящей статьи,
- f) об утрате настоящей Конвенцией силы в соответствии с пунктом 10 настоящей статьи.

12. После тридцать первого декабря тысяча девятьсот шестьдесят первого года подлинник настоящей Конвенции будет сдан на хранение Генеральному Секретарю Организации Объединенных Наций, который препроводит надлежащим образом заверенные копии каждой из стран, указанных в пунктах 1 и 2 настоящей статьи.

В УДОСТОВЕРЕНИЕ ЧЕГО нижеподписавшиеся, надлежащим образом на то уполномоченные, подписали настоящую Конвенцию.

СОСТАВЛЕНО в Женеве двадцать первого апреля тысяча девятьсот шестьдесят первого года в одном экземпляре на русском, английском и французском языках, причем все три текста являются равно аутентичными.

Приложение

#### СОСТАВ И ХАРАКТЕР ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СПЕЦИАЛЬНОГО КОМИТЕТА, УКАЗАННОГО В СТАТЬЕ IV КОНВЕНЦИИ

1. Специальный комитет, указанный в статье IV Конвенции, состоит из двух постоянных членов и председателя. Один из постоянных членов избирается торговыми палатами или другими органами, назначаемыми в соответствии с пунктом 6 статьи X Конвенции государствами, в которых на момент открытия Конвенции для подписания

существуют национальные комитеты Международной торговой палаты и которые к моменту выборов являются участниками Конвенции. Другой член избирается торговыми палатами или другими органами, назначаемыми в соответствии с пунктом 6 статьи X Конвенции государствами, в которых, на момент открытия Конвенции для подписания, национальных комитетов Международной торговой палаты не существует и которые к моменту выборов являются участниками Конвенции.

2. Лица, которые будут в соответствии с предусмотренными ниже в пункте 7 условиями исполнять обязанности председателя Специального комитета, соответственно избираются торговыми палатами или другими органами, как это предусмотрено в пункте 1 настоящего приложения.

3. Торговые палаты или другие органы, указанные в пункте 1 настоящего приложения, избирают в то же время и в соответствии с предусмотренными выше условиями заместителей председателей и заместителей постоянных членов Специального комитета на тот случай, если они временно лишены возможности исполнять свои обязанности. Если один из председателей или один из постоянных членов вообще не может исполнять свои обязанности или выходит в отставку, его заместитель становится председателем или постоянным членом, и группа торговых палат или других органов, которая избрала заместителя, ставшего председателем или постоянным членом, избирает нового заместителя.

4. Первые выборы Комитета происходят в течение 90 дней после депонирования пятой ратификационной грамоты или пятого акта о присоединении. В этих выборах могут также участвовать торговые палаты или другие органы стран, подписавших Конвенцию, но не ставших еще ее участниками. Если не представляется возможным провести выборы в указанный срок, применение пунктов 3–7 статьи IV Конвенции приостанавливается до тех пор, пока не будут проведены вышеуказанные выборы.

5. С оговоркой относительно положений пункта 7 члены Специального комитета избираются сроком на четыре года. Новые выборы происходят в течение первых шести месяцев четвертого года, считая с даты предыдущих выборов. Если выборы новых членов Комитета оказались безрезультатными, то ранее избранные члены продолжают исполнять свои обязанности до избрания новых членов.

6. Результаты выборов членов Специального комитета сообщаются Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций, который доводит их до сведения государств, указанных в пункте 1 статьи X настоящей Конвенции, и государств, ставших Договаривающимися В СТАТЬЕ X ЧУТЬ РАНЕЕ СТОРОНАМИ ПИСАЛОСЬ СО СТРОЧНОЙ – ОСТАВИТЬ РАЗНОЕ НАПИСАНИЕ? Сторонами согласно пункту 2 статьи X. Генеральный Секретарь также извещает эти страны о возможном прекращении применения и о вступлении в силу пунктов 3–7 статьи IV Конвенции в соответствии с пунктом 4 настоящего приложения.

7. Лица, избранные в качестве председателей, исполняют свои обязанности поочередно, каждое из них – в течение двух лет. Возложение функций председателя на одно из лиц, избранных в условиях, предусмотренных в пункте 2, в течение первого двухлетнего периода после вступления Конвенции в силу, производится по жребию. Затем обязанности председателя возлагаются на новый двухлетний период на лицо, избранное председателем группой стран иной, чем та, которая избрала председателя, исполнявшего свои обязанности в течение предыдущего двухлетнего периода.

8. Просьбы к Специальному комитету, предусмотренные в пунктах 3–7 статьи IV Конвенции, направляются Исполнительному секретарю Европейской экономической комиссии. Исполнительный секретарь направляет эти просьбы сперва члену Специального комитета, избранному группой стран иной, чем та, которая избрала

председателя, исполняющего свои обязанности в момент подачи просьбы. Решение, предложенное членом, к которому Исполнительный секретарь обратился в первую очередь, препровождается Исполнительным секретарем другому члену Комитета и, если последний одобряет его, это решение рассматривается как решение Комитета и как таковое доводится Исполнительным секретарем до сведения лица, обратившегося с просьбой.

9. Если оба члена Специального комитета, к которому Исполнительный секретарь обратился, не могут договориться путем переписки, Исполнительный секретарь Европейской экономической комиссии созывает совещание Специального комитета в Женеве, чтобы попытаться прийти к согласованному решению по представленной просьбе. За отсутствием единогласия, решение Комитета принимается большинством голосов и доводится Исполнительным секретарем до сведения лица, обратившегося с просьбой.

10. Расходы, связанные с содействием, оказанным Специальным комитетом в деле урегулирования спора, входящего в область применения настоящей Конвенции, оплачиваются лицом, обратившимся с просьбой, и относятся им на счет процессуальных расходов.

СПИСОК  
ТОРГОВЫХ ПАЛАТ И ДРУГИХ ОРГАНОВ, ПРЕПРОВОЖДЕННЫЙ  
ГЕНЕРАЛЬНОМУ СЕКРЕТАРЮ В СООТВЕТСТВИИ  
С ПУНКТОМ 6 СТАТЬИ X

Австрия

Президент "Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft", Wien I., Stubenring 12.

Белорусская Советская Социалистическая Республика

Торгово-промышленная палата СССР.

Болгария

Президент Торговой палаты Народной Республики Болгарии, 11-А Бульвар Стамболийского, София.

Венгрия

Председатель Венгерской торговой палаты.

Верхняя Вольта

Торговая палата Верхней Вольты в Уагадугу.

Испания

Conseja Superior de Camaras de Comercio, Industria y Navigacion (Верховный совет палат торговли, промышленности и судоходства) Avda de Jose Antonio, 15, Madrid, 14.

Италия

Associazione Italiana per l'Arbitrato (Итальянский арбитражный союз).

Куба

Торговая палата Республики Куба и ее президент.

Польша

Председатель Польской палаты внешней торговли. Polska Izba Handlu Zagranicznego (Польская палата внешней торговли). Ul. Trebacka 4, Warszawa.

Румыния

Торговая палата Румынской Народной Республики через посредство ее председателя.

Союз Советских Социалистических Республик

Торгово-промышленная палата СССР.

Турция

Объединение турецких торгово-промышленных палат и товарных бирж. Генеральный секретарь Объединения г-н Берин Бейдаг примет участие в заседании, на котором будут избраны члены Специального комитета.

Украинская Советская Социалистическая Республика

Торгово-промышленная палата СССР.

Федеративная Республика Германии

Deutsche Ausschuss für Schiedsgerichtswesen (Германская арбитражная комиссия), через посредство ее председателя, Bonn, Markt 26-32.

Франция

Председатель собрания президентов торговых и промышленных палат, который будет также участвовать в выборах в Специальный комитет. Первый заместитель Председателя этого Собрания будет выступать в качестве его заместителя. Канцелярия Председателя Собрания находится по адресу: 27, Avenue de Friedland, Paris (8e).

Чехословакия

Торговая палата Чехословацкой Социалистической Республики, через посредство ее президента.

Югославия

Председатель внешнеторгового арбитражного суда при Федеральной экономической палате, Knez Mihajlova 10, Beograd.

Закон о МКА

7 июля 1993 года

№ 5338-1

---

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

ЗАКОН «О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ»

(в ред. Федерального закона от 03.12.2008 № 250-ФЗ)

Настоящий Закон:

исходит из признания полезности арбитража (третейского суда) как широко применяемого метода разрешения споров, возникающих в сфере международной торговли, и необходимости комплексного урегулирования международного коммерческого арбитража в законодательном порядке;

учитывает положения о таком арбитраже, содержащиеся в международных договорах Российской Федерации, а также в типовом законе, принятом в 1985 году Комиссией ООН по праву международной торговли и одобренном Генеральной Ассамблеей ООН для возможного использования государствами в своем законодательстве.

Раздел I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Сфера применения

1. 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.

2. В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться:

спору из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также

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

3. Для целей пункта 2 настоящей статьи:

если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению;

если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство.

4. Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или

могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе.

5. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые содержатся в российском законодательстве об арбитраже (третейском суде), то применяются правила международного договора.

## Статья 2. Определение терминов и правила толкования

Для целей настоящего Закона:

"арбитраж" означает любой арбитраж (третейский суд) независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением, в частности Международным коммерческим арбитражным судом или Морской арбитражной комиссией при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложения I и II к настоящему Закону);

"третейский суд" означает единоличного арбитра или коллегия арбитров (третейских судей);

"суд" означает соответствующий орган судебной системы государства;

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;

если в каком-либо положении настоящего Закона имеется ссылка на то, что стороны согласились или что они могут согласиться, или в любой другой форме имеется ссылка на соглашение сторон, такое соглашение включает любые арбитражные правила, указанные в этом соглашении;

когда в каком-либо положении настоящего Закона, исключая абзац первый статьи 25 и пункт 2 статьи 32, имеется ссылка на иск, оно применяется также к встречному иску, а когда в нем имеется ссылка на возражение, оно применяется к возражению на такой встречный иск.

## Статья 3. Получение письменных сообщений

1. 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 местонахождению коммерческого предприятия, постоянному месту жительства или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения;

сообщение считается полученным в день такой доставки.

2. Положения настоящей статьи не применяются к сообщениям в ходе производства в судах.

## Статья 4. Отказ от права на возражение

Если сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, 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.

#### Статья 5. Пределы вмешательства суда

По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе.

Статья 6. Органы для выполнения определенных функций содействия и контроля в отношении арбитража

1. Функции, указанные в пунктах 3 и 4 статьи 11, пункте 3 статьи 13 и в статье 14, выполняются Президентом Торгово-промышленной палаты Российской Федерации.

2. Функции, указанные в пункте 3 статьи 16 и в пункте 2 статьи 34, выполняются Верховным Судом республики в составе Российской Федерации, краевым, областным, городским судом, судом автономной области и судом автономного округа по месту арбитража.

## Раздел II. АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

#### Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

1. Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

2. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена иском заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, является арбитражным соглашением при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

#### Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде

1. 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 и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

2. В случае предъявления иска, указанного в пункте 1 настоящей статьи, арбитражное разбирательство может быть тем не менее начато или продолжено и

арбитражное решение вынесено, пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде.

#### Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда

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.

### Раздел III. СОСТАВ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

#### Статья 10. Число арбитров

1. Стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров.
2. Если стороны не определяют этого числа, то назначаются три арбитра.

#### Статья 11. Назначение арбитров

1. Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином.

2. Стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру назначения арбитра или арбитров при условии соблюдения положений пунктов 4 и 5 настоящей статьи.

3. В отсутствие такого соглашения:

при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, и два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра; 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 третьем арбитра, по просьбе любой стороны назначение производится органом, указанным в пункте 1 статьи 6;

при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не договорятся об арбитра, по просьбе любой стороны назначение производится органом, указанным в пункте 1 статьи 6.

4. Если при процедуре назначения, 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 учреждение, не выполняет какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой,

любая сторона может просить орган, указанный в пункте 1 статьи 6, принять необходимые меры, если только соглашение о процедуре назначения не предусматривает иных способов обеспечения назначения.

5. Решение органа, указанного в пункте 1 статьи 6, по любому из вопросов, которые отнесены к его ведению в соответствии с пунктом 3 или 4 настоящей статьи, не подлежит обжалованию. При назначении арбитра этот орган учитывает любые требования, предъявляемые к квалификации арбитра соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра, а в случае назначения единоличного или третьего арбитра принимает также во внимание желательность назначения арбитром лица, не являющегося гражданином тех государств, к которым принадлежат стороны.

## Статья 12. Основания для отвода арбитра

1. В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства должен без промедления сообщать сторонам о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельствах ранее.

2. Отвод арбитра может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не обладает квалификацией, обусловленной соглашением сторон. Сторона может заявить отвод арбитра, которого она назначила или в назначении которого она принимала участие, лишь по причинам, которые стали ей известны после его назначения.

## Статья 13. Процедура отвода арбитра

1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре отвода арбитра при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи.

2. В отсутствие такой договоренности сторона, намеревающаяся заявить отвод арбитра, должна в течение 15 дней после того, как ей стало известно о формировании третейского суда или о любых обстоятельствах, указанных в пункте 2 статьи 12, в письменной форме сообщить третейскому суду мотивы отвода. Если арбитра, которому заявлен отвод, не берет самоотвод или другая сторона не соглашается с отводом, вопрос об отводе решается третейским судом.

3. Если заявление об отводе при применении любой процедуры, согласованной сторонами, или процедуры, предусмотренной в пункте 2 настоящей статьи, не удовлетворено, сторона, заявляющая отвод, может в течение 30 дней по получении уведомления о решении об отклонении отвода просить орган, указанный в пункте 1 статьи 6, принять решение по отводу; последнее решение не подлежит обжалованию. Пока просьба стороны ожидает своего разрешения, третейский суд, включая арбитра, которому заявлен отвод, может продолжать арбитражное разбирательство и вынести арбитражное решение.

## Статья 14. Прекращение полномочий (мандата) арбитра

1. В случае, когда арбитра оказывается юридически или фактически неспособным выполнять свои функции или по иным причинам не осуществляет их без неоправданной задержки, его полномочия (мандат) прекращаются, если арбитра берет самоотвод или стороны договариваются о прекращении мандата. В иных случаях, когда сохраняются разногласия относительно какого-либо из этих оснований, любая сторона может обратиться в орган, указанный в пункте 1 статьи 6, с просьбой разрешить вопрос о прекращении мандата; такое решение не подлежит обжалованию.

2. Самоотвод арбитра или согласие стороны на прекращение его мандата в соответствии с настоящей статьей или пунктом 2 статьи 13 не означает признания любого из оснований, упомянутых в настоящей статье или в пункте 2 статьи 12.

## Статья 15. Замена арбитра

Если мандат арбитра прекращается на основании статьи 13 или 14, или ввиду того, что он берет самоотвод по любой иной причине, или ввиду отмены его мандата соглашением сторон, а равно во всяком другом случае прекращения его мандата, другой арбитр назначается в соответствии с правилами, которые были применимы к назначению заменяемого арбитра.

#### Раздел IV. КОМПЕТЕНЦИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

##### Статья 16. Право третейского суда на вынесение постановления о своей компетенции

1. Третейский 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. Решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки.

2. Заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску. Назначение стороной арбитра или ее участие в назначении арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что третейский суд превышает пределы своей компетенции, должно быть сделано, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы, будет поставлен в ходе арбитражного разбирательства. Третейский суд может в любом из этих случаев принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.

3. Третейский суд может вынести постановление по заявлению, указанному в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если третейский суд постановит как по вопросу предварительного характера, что он обладает компетенцией, любая сторона может в течение 30 дней после получения уведомления об этом постановлении просить суд, указанный в пункте 2 статьи 6, принять решение по данному вопросу; такое решение не подлежит обжалованию. Пока просьба стороны ожидает своего разрешения, третейский суд может продолжить разбирательство и вынести арбитражное решение.

##### Статья 17. Полномочие третейского суда распорядиться о принятии обеспечительных мер

Если стороны не договорились об ином, третейский суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Третейский суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами.

#### Раздел V. ВЕДЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

##### Статья 18. Равное отношение к сторонам

К сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции.

#### Статья 19. Определение правил процедуры

1. При условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства третейским судом.

2. В отсутствие 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.

#### Статья 20. Место арбитража

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 21. Начало арбитражного разбирательства

Если стороны не договорились об ином, арбитражное разбирательство в отношении конкретного спора начинается в день, когда просьба о передаче этого спора в арбитраж получена ответчиком.

#### Статья 22. 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 документальные доказательства сопровождалась переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом.

#### Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску

1. В течение срока, согласованного сторонами или определенного третейским судом, истец должен заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковые требования, о спорных вопросах и о требуемом удовлетворении, а ответчик должен заявить свои возражения по этим пунктам, если только стороны не договорились об ином в отношении необходимых реквизитов таких заявлений. Стороны могут представить вместе со своими заявлениями все документы, которые они считают относящимися к делу, или могут сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые они представят в дальнейшем.

2. Если стороны не договорились об ином, в ходе арбитражного разбирательства любая сторона может изменить или дополнить свои исковые требования или возражения по иску, если только третейский суд не признает нецелесообразным разрешить такое изменение с учетом допущенной задержки.

#### Статья 24. Слушание и разбирательство по документам

1. 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 соответствующей стадии арбитражного разбирательства, если об этом просит любая из сторон.

2. Сторонам достаточно заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании и о любом заседании третейского суда, проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов.

3. 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.

#### Статья 25. Непредоставление документов или неявка стороны

Если стороны не договорились об ином, в тех случаях, когда без указания уважительной причины:

истец не представляет свое исковое заявление, как это требуется в соответствии с пунктом 1 статьи 23, – третейский суд прекращает разбирательство;

ответчик не представляет своих возражений по иску, как это требуется в соответствии с пунктом 1 статьи 23, – третейский суд продолжает разбирательство, не рассматривая такое непредставление само по себе как признание утверждений истца;

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.

#### Статья 26. Эксперт, назначенный третейским судом

1. 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.

2. 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.

#### Статья 27. Содействие суда в получении доказательств

Третейский суд или сторона с согласия третейского суда могут обратиться к компетентному суду Российской Федерации с просьбой о содействии в получении доказательств. Суд может выполнить эту просьбу, руководствуясь правилами, касающимися обеспечения доказательств, в том числе судебных поручений.

### Раздел VI. ВЫНЕСЕНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ И ПРЕКРАЩЕНИЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

#### Статья 28. 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.

#### Статья 29. Вынесение решения коллегией арбитров

При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, любое решение третейского суда, если стороны не договорились об ином, должно быть вынесено большинством арбитров. Однако вопросы процедуры могут разрешаться арбитром, являющимся председателем третейского суда, если он будет уполномочен на это сторонами или всеми другими арбитрами.

#### Статья 30. Мировое соглашение

1. Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, третейский суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

2. Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями статьи 31 и должно содержать указание на то, что оно является арбитражным решением. Такое арбитражное решение имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

#### Статья 31. Форма и содержание арбитражного решения

1. Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано единоличным арбитром или арбитрами. При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, достаточно наличия подписей большинства членов третейского суда при условии указания причины отсутствия других подписей.

2. В арбитражном решении должны быть указаны мотивы, на которых оно основано, вывод об удовлетворении или отклонении исковых требований, сумма арбитражного сбора и расходы по делу, их распределение между сторонами.

3. 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.

4. После вынесения арбитражного решения каждой стороне должна быть передана его копия, подписанная арбитрами в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи.

### Статья 32. Прекращение арбитражного разбирательства

1. Арбитражное разбирательство прекращается окончательным арбитражным решением или постановлением третейского суда, вынесенным в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи.

2. Третейский суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства, 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;

стороны договариваются о прекращении разбирательства;

третейский суд находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным.

3. Мандат третейского суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства, без ущерба, однако, для положений статьи 33 и пункта 4 статьи 34.

### Статья 33. Исправление и толкование решения. Дополнительное решение

1. В течение 30 дней по получении арбитражного решения, если сторонами не согласован иной срок:

любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может просить третейский суд исправить любые допущенные в решении ошибки в подсчетах, описки или опечатки либо иные ошибки аналогичного характера;

при наличии соответствующей договоренности между сторонами любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может просить третейский суд дать толкование какого-либо конкретного пункта или части решения.

Третейский суд, если он сочтет просьбу оправданной, должен в течение 30 дней по ее получении внести соответствующие исправления или дать толкование. Такое толкование становится составной частью арбитражного решения.

2. Третейский суд в течение 30 дней, считая с даты арбитражного решения, может по своей инициативе исправить любые ошибки, указанные в абзаце втором пункта 1 настоящей статьи.

3. 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. Третейский суд, если он сочтет просьбу оправданной, должен в течение 60 дней по ее получении вынести дополнительное арбитражное решение.

4. Третейский суд в случае необходимости может продлить срок, в течение которого он должен исправить ошибки, дать толкование или вынести дополнительное арбитражное решение в соответствии с пунктом 1 или 3 настоящей статьи.

5. Положения статьи 31 должны применяться в отношении исправления или толкования арбитражного решения или в отношении дополнительного арбитражного решения.

## Раздел VII. ОСПАРИВАНИЕ АРБИТРАЖНОГО РЕШЕНИЯ

Статья 34. Ходатайство об отмене как исключительное средство оспаривания арбитражного решения

1. Оспаривание в суде арбитражного решения может быть произведено только путем подачи ходатайства об отмене в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи.

2. Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в пункте 2 статьи 6, лишь в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что: одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была в какой-либо мере недееспособна, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону Российской Федерации; или она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением; или

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали настоящему Закону; либо

2) суд определит, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или

арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

3. Ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трех месяцев со дня получения стороной, заявляющей это ходатайство, арбитражного решения, а в случае, если была подана просьба в соответствии со статьей 33, – со дня вынесения третейским судом решения по этой просьбе.

4. Суд, в который подано ходатайство об отмене арбитражного решения, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитражное разбирательство или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения.

## Раздел VIII. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

### Статья 35. Признание и приведение в исполнение арбитражного решения

1. Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение с учетом положений настоящей статьи и статьи 36.

2. Сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, должна представить должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, а также подлинное арбитражное соглашение, указанное в статье 7, или должным образом заверенную копию такового. Если арбитражное решение или соглашение изложены на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на русский язык.

### Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения

1. В признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано лишь:

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:

одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была в какой-либо мере недееспособна; или

это 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 или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение; или

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или в отсутствие такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; или

решение еще не стало обязательным для сторон, или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено; либо

2) если суд найдет, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или

признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации.

2. Если в суде, указанном в абзаце пятом подпункта 1 пункта 1 настоящей статьи, заявлено ходатайство об отмене или приостановлении исполнения арбитражного решения, суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если сочтет это надлежащим, отложить вынесение своего решения и может также по ходатайству той стороны, которая просит о признании или приведении в исполнение арбитражного решения, обязать другую сторону представить надлежащее обеспечение.

Президент  
Российской Федерации  
Б.ЕЛЬЦИН

Москва, Дом Советов России  
7 июля 1993 года  
№ 5338-1

Приложение I

## ПОЛОЖЕНИЕ О МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖНОМ СУДЕ ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

1. Международный коммерческий арбитражный суд является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом), осуществляющим свою деятельность в соответствии с Законом Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже".

Торгово-промышленная палата Российской Федерации утверждает Регламент Международного коммерческого арбитражного суда, порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов суда, оказывает иное содействие его деятельности.

2. В Международный коммерческий арбитражный суд могут по соглашению сторон передаваться:

спору из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей, а также

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

Гражданско-правовые отношения, споры из которых могут быть переданы на разрешение Международного коммерческого арбитражного суда, включают, в частности, отношения по купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, обмену товарами и (или) услугами, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), научно-техническому обмену, обмену другими результатами творческой деятельности, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям,

страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации.

3. Международный коммерческий арбитражный суд принимает к своему рассмотрению и споры, подлежащие его юрисдикции в силу международных договоров Российской Федерации.

4. Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации является преемником арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, образованного в 1932 году, и, в частности, вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в арбитражный суд при Торгово-промышленной палате СССР.

5. Решение Международного коммерческого арбитражного суда исполняется сторонами в определенные им сроки. Если срок исполнения в решении не указан, оно подлежит немедленному исполнению. Не исполненные в срок решения приводятся в исполнение в соответствии с законом и международными договорами.

6. По делам, подлежащим рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде, председатель Суда может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования.

## Приложение II

### ПОЛОЖЕНИЕ О МОРСКОЙ АРБИТРАЖНОЙ КОМИССИИ ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

(в ред. Федерального закона от 03.12.2008 № 250-ФЗ)

1. Морская арбитражная комиссия является самостоятельным постоянно действующим арбитражным учреждением (третейским судом), осуществляющим свою деятельность по разрешению споров, отнесенных к ее компетенции статьей 2 настоящего Положения, в соответствии с Законом Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже".

Торгово-промышленная палата Российской Федерации утверждает Регламент Морской арбитражной комиссии, порядок исчисления арбитражного сбора, ставки гонораров арбитров и других расходов Комиссии, оказывает содействие в ее деятельности.

2. Морская арбитражная комиссия разрешает споры, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового мореплавания, независимо от того, являются сторонами таких отношений субъекты российского и иностранного либо только российского или только иностранного права. В частности, Морская арбитражная комиссия разрешает споры, вытекающие из отношений:

1) по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, а также перевозке грузов в смешанном плавании (река-море);

2) по морской буксировке судов и иных плавучих объектов;

3) по морскому страхованию и перестрахованию;

4) связанных с куплей-продажей, залогом и ремонтом морских судов и иных плавучих объектов;

5) по лоцманской и ледовой проводке, агентскому и иному обслуживанию морских судов, а также судов внутреннего плавания, поскольку соответствующие операции связаны с плаванием таких судов по морским путям;

6) связанных с использованием судов для осуществления научных исследований, добычи полезных ископаемых, гидротехнических и иных работ;

7) по спасанию морских судов либо морским судном судна внутреннего плавания, а также по спасанию в морских водах судном внутреннего плавания другого судна внутреннего плавания;

8) связанных с подъемом затонувших в море судов и иного имущества;

9) связанных со столкновением морских судов, морского судна и судна внутреннего плавания, судов внутреннего плавания в морских водах, а также с причинением судном повреждений портовым сооружениям, средствам навигационной обстановки и другим объектам;

10) связанных с причинением повреждений рыболовным сетям и другим орудиям добычи (вылова) водных биологических ресурсов, а также с иным причинением вреда при осуществлении промышленного рыболовства.

(в ред. Федерального закона от 03.12.2008 № 250-ФЗ)

Морская арбитражная комиссия разрешает также споры, возникающие в связи с плаванием морских судов и судов внутреннего плавания по международным рекам, в случаях, указанных в настоящей статье, а равно споры, связанные с осуществлением судами внутреннего плавания заграничных перевозок.

3. Морская арбитражная комиссия принимает к рассмотрению споры при наличии соглашения между сторонами о передаче их на ее разрешение.

Комиссия принимает к рассмотрению также споры, которые стороны обязаны передать на ее разрешение в силу международных договоров Российской Федерации.

4. По делам, подлежащим рассмотрению Морской арбитражной комиссией, председатель Комиссии может по просьбе стороны установить размер и форму обеспечения требования и, в частности, вынести постановление о наложении ареста на находящиеся в российском порту судно или груз другой стороны.

5. Решения Морской арбитражной комиссии исполняются сторонами добровольно. Решение Комиссии, не исполненное стороной добровольно, приводится в исполнение в соответствии с законом и международными договорами.

6. Порядок реализации обеспечения, предоставленного на основании статьи 4 настоящего Положения, устанавливается председателем Морской арбитражной комиссии по вступлении ее решения в законную силу.

7. Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации является преемником Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР, образованной в 1930 году, и, в частности, вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате СССР.

ПРИЛОЖЕНИЕ I [К ДОКЛАДУ ЮНСИТРАЛ О РАБОТЕ ЕЕ 39-Й СЕССИИ]  
Пересмотренные статьи Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом  
арбитраже

[Статья 1, пункт 2]

2. Положения настоящего Закона за исключением статей 8, 9, 17 Н, 17 I, 17 J, 35 и 36, применяются только в том случае, если место арбитража находится в данном государстве.

Статья 2 А. Международное происхождение и общие принципы

1. При толковании настоящего Закона надлежит учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности.

2. Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящего Закона и которые прямо в нем не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основан настоящий Закон.

[Статья 7]

Вариант I

Статья 7. Определение и форма арбитражного соглашения

1. Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.

2. Арбитражное соглашение заключается в письменной форме.

3. 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.

4. 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 сообщений данных; "сообщение данных" означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

5. Кроме того, арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно заключается путем обмена иском заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

6. Ссылка в договоре на какой-либо документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение в письменной форме при условии, что данная ссылка такова, что делает упомянутую оговорку частью договора.

## Вариант II

### Статья 7. Определение арбитражного соглашения

Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет.

## Глава IV А. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ И ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ

### Раздел 1. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ

Статья 17. Полномочия третейского суда выносить постановление о принятии обеспечительных мер

1. Если стороны не договорились об ином, третейский суд может, по просьбе какой-либо стороны, предписать обеспечительные меры.

2. Обеспечительная мера представляет собой любую временную меру независимо от того, вынесена ли она в форме арбитражного решения или в какой-либо иной форме, – при помощи которой в любой момент, предшествующий вынесению решения, которым окончательно урегулируется спор, третейский суд распоряжается о том, чтобы та или иная сторона:

- a) поддерживала или восстановила статус-кво до разрешения спора;
- b) приняла меры с целью предупреждения нынешнего или неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу или воздерживалась от принятия мер, которые могут причинить такой ущерб;
- c) предоставила средства для сохранения активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение; или
- d) сохраняла доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора.

Статья 17 А. Условия для предписывания обеспечительных мер

1. Сторона, запрашивающая обеспечительную меру согласно пунктам 2 (a), (b) и (c) статьи 17, убеждает третейский суд в том, что:

a) может быть причинен ущерб, который не может быть должным образом устранен путем присуждения убытков, если постановление о принятии такой меры не будет вынесено, и такой ущерб существенно перевешивает ущерб, который может быть причинен стороне, в отношении которой принимается такая мера, если эта мера будет предписана и

b) существует разумная возможность того, что запрашивающая сторона добьется успеха в отношении существа требования. Любое определение относительно такой возможности не затрагивает свободу усмотрения третейского суда при вынесении любых последующих определений.

2. Применительно к просьбе о принятии обеспечительной меры согласно пункту 2 (d) статьи 17, требования, предусмотренные в пунктах 1 (a) и (b) настоящей статьи, применяются только в той мере, в которой третейский суд считает это уместным.

## Раздел 2. ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ПОСТАНОВЛЕНИЯ

Статья 17 В. Ходатайства о вынесении предварительных постановлений и условия для вынесения предварительных постановлений

1. Если стороны не договорились об ином, сторона может представить, без уведомления любой другой стороны, просьбу о принятии обеспечительной меры вместе с ходатайством о вынесении предварительного постановления, предписывающего какой-либо стороне не наносить ущерба целям запрашиваемой обеспечительной меры.

2. Третейский суд может вынести предварительное постановление, если он сочтет, что предварительное раскрытие информации о просьбе о принятии обеспечительной меры стороне, в отношении которой она принимается, может нанести ущерб целям такой меры.

3. Условия, определенные согласно статье 17 А, применяются в отношении любого предварительного постановления, при том условии, что ущерб, который должен оцениваться согласно пункту 1 (а) статьи 17 А, представляет собой ущерб, который может быть причинен в результате вынесения или невынесения постановления.

Статья 17 С. Особый режим предварительных постановлений

1. Незамедлительно после того, как третейский суд выносит определение в отношении ходатайства о вынесении предварительного постановления, третейский суд уведомляет все стороны о просьбе о принятии обеспечительной меры, ходатайстве о вынесении предварительного постановления, предварительном постановлении, если таковое выносится, и всех других обменах сообщениями, в том числе путем указания на содержание любых устных сообщений, между любой стороной и третейским судом, которые касаются вышеперечисленного.

2. Одновременно третейский суд предоставляет любой стороне, в отношении которой принимается предварительное постановление, возможность изложить свою позицию в кратчайшие практически возможные сроки.

3. Третейский суд незамедлительно принимает решение по любому возражению против вынесения предварительного постановления.

4. Срок действия предварительного постановления истекает через двадцать дней после даты, в которую оно было вынесено третейским судом. В то же время третейский суд может вынести обеспечительную меру, применяющую или изменяющую предварительное постановление, после уведомления стороны, в отношении которой принимается предварительное постановление, и предоставления ей возможности изложить свою позицию.

5. Предварительное постановление имеет обязательную силу для сторон, однако не подлежит приведению в исполнение в судебном порядке. Такое предварительное постановление не представляет собой арбитражного решения.

## Раздел 3. ПОЛОЖЕНИЯ, ПРИМЕНИМЫЕ В ОТНОШЕНИИ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР И ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

Статья 17 D. Изменение, приостановление, отмена

Третейский 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 третейского суда.

#### Статья 17 Е. Предоставление обеспечения

1. Третейский суд может потребовать от стороны, запрашивающей обеспечительную меру, предоставить надлежащее обеспечение в связи с этой мерой.

2. Третейский суд требует от стороны, ходатайствующей о вынесении предварительного постановления, предоставить обеспечение в связи с этим постановлением, если только третейский суд не сочтет это неуместным или излишним.

#### Статья 17 F. Раскрытие информации

1. Третейский суд может потребовать от любой стороны незамедлительно раскрыть информацию о любом существенном изменении обстоятельств, на основании которых мера была запрошена или предписана.

2. Сторона, ходатайствующая о вынесении предварительного постановления, раскрывает третейскому суду информацию обо всех обстоятельствах, которые могут иметь отношение к принятию третейским судом определения о вынесении этого постановления или оставлении его в силе, и это обязательство сохраняется до тех пор, пока стороне, в отношении которой запрашивается постановление, не будет предоставлена возможность изложить свою позицию. Впоследствии применяется пункт 1 настоящей статьи.

#### Статья 17 G. Издержки и убытки

Сторона, запрашивающая обеспечительную меру или ходатайствующая о вынесении предварительного постановления, несет ответственность за любые издержки и убытки, причиненные этой мерой или этим постановлением любой стороне, если третейский суд впоследствии определит, что при данных обстоятельствах эта мера не должна была предписываться или это постановление не должно было выноситься. Третейский суд может присудить возмещение таких издержек и убытков в любой момент разбирательства.

### Раздел 4. ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕР

#### Статья 17 H. Признание и приведение в исполнение

1. Обеспечительная мера, вынесенная третейским судом, признается имеющей обязательную силу и, если третейским судом не предусмотрено иное, приводится в исполнение по обращению к компетентному суду, независимо от страны, в которой она была вынесена, при условии соблюдения положений статьи 17 I.

2. Сторона, которая испрашивает признание или приведение в исполнение обеспечительной меры или ходатайство которой удовлетворено, незамедлительно сообщает суду о любой отмене, приостановлении или изменении этой обеспечительной меры.

3. Суд государства, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, может, если он сочтет это надлежащим, распорядиться о предоставлении

запрашивающей стороной надлежащего обеспечения, если третейский суд уже не вынес определения в отношении предоставления обеспечения или в случае, когда такое решение является необходимым для защиты прав третьих сторон.

Статья 17 I. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение<sup>439</sup>

1. В признании или приведении в исполнение обеспечительной меры может быть отказано лишь:

a) по просьбе стороны, против которой она направлена, если суд установит, что:

i) такой отказ оправдывается основаниями, которые изложены в пунктах 1 (a) (i), (ii), (iii) или (iv) статьи 36, или

ii) решение третейского суда в отношении предоставления обеспечения в связи с обеспечительной мерой, вынесенной третейским судом, не было выполнено, или

iii) обеспечительная мера была отменена или приостановлена третейским судом или, если на то имеются соответствующие полномочия, судом государства, в котором проводится арбитраж или в соответствии с законодательством которого была предписана эта обеспечительная мера, или

b) если суд найдет, что:

i) обеспечительная мера не совместима с полномочиями, предоставленными суду, если только суд не примет решения об изменении формулировки этой обеспечительной меры в той степени, в которой это необходимо для ее приведения в соответствие с его собственными полномочиями и процедурами для целей приведения этой обеспечительной меры в исполнение и без изменения ее существа, или

ii) любые основания, изложенные в пунктах 1 (b), (i) или (ii), статьи 36, относятся к признанию и приведению в исполнение обеспечительной меры.

2. Любое определение, вынесенное судом по любому из оснований, указанных в пункте 1 настоящей статьи, имеет силу только для целей ходатайства о признании и приведении в исполнение обеспечительной меры. Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение обеспечительной меры, при вынесении этого определения не проводит рассмотрения существа обеспечительной меры.

## Раздел 5. ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ, ПРЕДПИСЫВАЕМЫЕ СУДОМ

Статья 17 J. Обеспечительные меры, предписываемые судом

Суд обладает такими же полномочиями выносить обеспечительные меры в связи с арбитражным разбирательством, независимо от того, находится ли место разбирательства в данном государстве, как и полномочия, которыми он обладает в связи с судопроизводством. Суд осуществляет такие полномочия в соответствии со своими собственными процедурами с учетом особенностей международного арбитража.

[Статья 35, пункт 2]

<sup>439</sup> Условия, изложенные в статье 17 I, направлены на ограничение числа обстоятельств, при которых суд может отказать в приведении в исполнение обеспечительной меры. Если какое-либо государство установит меньшее число обстоятельств, при которых в приведении в исполнение может быть отказано, то это не будет противоречить цели настоящих типовых положений, состоящей в обеспечении определенного уровня согласования.

2. Сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, представляет подлинное арбитражное решение или его копию. Если арбитражное решение изложено не на официальном языке данного государства, то суд может предложить этой стороне представить его перевод на такой язык.

## ГЛОССАРИЙ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

### Принятые обозначения

Знак «—» используется перед переводом соответствующего термина.

Знак «=» означает аналогичный по своему содержанию термин.

Подчеркнуты термины, которым посвящены отдельные статьи.

*Курсивом* без скобок выделены латинские термины. Если после термина отсутствует уточнение в скобках о том, к какому языку он относится, то соответствующий термин – английский.

1. 2. Цифрами пронумерованы различные значения, которые может иметь один и тот же термин.

Указание источника публикации без номера страницы означает, что эта публикация доступна в СПС «КонсультантПлюс».

### А

AAA = American Arbitration Association – Американская арбитражная ассоциация, ведущий институциональный арбитражный орган (arbitral institution) США. AAA приняла регламенты для рассмотрения различных категорий споров, в том числе и международных (International Dispute Resolution Procedures), а также Этический кодекс для арбитров, рассматривающих коммерческие споры (Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes) (www.adr.org; www.icdr.org).

ABA = American Bar Association – Американская ассоциация адвокатов.

abuse of right = abus de droit (*франц.*) = Rechtsmissbrauch (*нем.*) – злоупотребление правом, концепция, предусматривающая для допустившего такое злоупотребление лица невыгодные последствия как в материально-правовом аспекте (отказ в защите права, основанного на злоупотреблении), так и в процессуальном контексте (отказ состава арбитража в рассмотрении аргументов, представленных с злоупотреблением, или утрата права на использование того или иного аргумента (estoppel)). См. § 1.9, 3.7.

ACAS = Advisory, Conciliation and Arbitration Service – Служба по консультированию, примирению и арбитражу, орган в Великобритании, оказывающий услуги в сфере предпринимательских отношений.

ACI Arb = associate of the Chartered Institute of Arbitrators – ассоциированный член Королевского Института Арбитров (Chartered Institute of Arbitrators).

acte de mission (*франц.*) = terms of reference. См. § 3.7.

action to set aside = plea in nullity = *vacatur* – обращение в суд с целью отмены арбитражного решения. В абсолютном большинстве развитых стран такое обращение возможно только в отношении арбитражного решения, вынесенного на территории данного государства и только в связи с грубыми процессуальными нарушениями, допущенными в ходе рассмотрения спора, или по мотивам нарушения законодательства об арбитрабельности (arbitrability) или публичном порядке (public policy) этого государства. Такой подход препятствует попыткам пересмотра существа арбитражного решения со стороны судей государственных судов, рассматривающих заявление об отмене арбитражного решения. В ряде европейских стран законодательство дополнительно предоставляет участникам арбитражного разбирательства, не имеющим постоянного места осуществления деятельности в соответствующем государстве, право своим соглашением исключать отдельные процессуальные основания для отмены арбитражного решения (waiver agreement). В ряде случаев право стороны добиваться отмены арбитражного решения зависит от того, как она воспользовалась имевшимся у нее правом возражать против допущенных в ходе арбитражного разбирательства процессуальных нарушений (см. estoppel), см. ст. 4 Закона о МКА. См. § 4.5, 5.2 и 5.10.

*ad hoc arbitration* – арбитраж *ad hoc* (дословно «на случай»). Арбитражное разбирательство, в котором никакой институциональный арбитражный орган (arbitral institution) не принимает участия, а только выполняет функции назначающего органа (appointing authority). В настоящее время большинство арбитражей *ad hoc* проводится в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL Arbitration Rules), одобренным Генеральной Ассамблеей ООН 15 декабря 1976 г., хотя возможно проведение арбитража *ad hoc* без применения этого Арбитражного регламента в соответствии с правилами, согласуемыми самими сторонами или арбитрами. См. § 2.11.

*ad hoc panels of CAS* – судебные палаты *ad hoc* Спортивного арбитражного суда (CAS), формируемые Спортивным арбитражным судом для ускоренного рассмотрения споров, возникающих в ходе проведения Олимпийских игр и других крупнейших спортивных соревнований. Несмотря на свое название, такие палаты представляют собой разновидность институционального арбитража (institutional arbitration), а не арбитража *ad hoc*.

*ad valorem* – в зависимости от размера денежной оценки спора (amount in dispute).

additional award – дополнительное арбитражное решение, которое поясняет или дополняет ранее вынесенное решение (award), не изменяя его. См. § 3.10

Additional Facility – Правила дополнительной процедуры Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, позволяющие разрешать инвестиционные споры (investment disputes) с участием государств, не ратифицировавших Вашингтонскую конвенцию от 18 марта 1965 г. (ICSID Convention). См. § 1.6.

adjudication – 1. рассмотрение спора юрисдикционным органом, чье решение носит обязательный характер, т.е. государственным судом или арбитражем (третейским судом); 2. в Англии – предварительное рассмотрение спора, в результате которого

выносятся решение, которое может быть пересмотрено в рамках судебного или арбитражного разбирательства.

administered arbitration – институциональный арбитраж (institutional arbitration) с участием административного органа, который при необходимости решает вопросы, связанные с местом проведения арбитража, количеством арбитров, их назначением и отводом, финансовыми аспектами разбирательства, например, МКАС при ТПП РФ (ICAC at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation). В арбитраже МТП (см. ICC Rules) административный орган Международный арбитражный суд МТП (ICC Court of International Arbitration) осуществляет опосредованный контроль за качеством выносимого составом арбитража арбитражного решения (award), см. scrutiny of the award. См. § 3.10.

ADR = Alternative Dispute Resolution – альтернативный метод разрешения спора: 1. в Европе «дружественный» (amicable) метод разрешения спора, в котором выносимое независимым третьим лицом решение не имеет обязательной силы. Арбитраж (arbitration) в понятие ADR в Европе не входит; 2. в США любой метод разрешения спора с участием независимого третьего лица, отличный от рассмотрения спора государственным судом, включает в себя арбитраж (arbitration).

advance on costs – аванс на покрытие расходов, связанных с проведением арбитража (arbitration costs), осуществляемый путем перечисления денежных средств на счет, указываемый институциональным арбитражным органом. Приблизительный размер такого аванса при проведении институциональных арбитражей (institutional arbitration) указывается в арбитражных регламентах и при необходимости может быть пересмотрен административным органом, действующим при соответствующем арбитраже. При проведении арбитража *ad hoc* без участия какого-либо институционального арбитражного органа вопрос о размере аванса разрешается составом арбитража или его председателем, который указывает сторонам, на какой счет и в какие сроки они должны его перечислить. См. § 3.3.

adversarial system – состязательная система ведения арбитражного процесса, при которой обязанность по доказыванию составу арбитража фактов и правовых аргументов полностью возлагается на участвующие в деле стороны. Представляет собой антитезу так называемой «инквизиционной» системе ведения процесса (inquisitorial system). В международных арбитражных разбирательствах чаще всего используется именно состязательная система ведения процесса.

adverse interference – если сторона отказывается предоставить определенные доказательства, имеющиеся в ее распоряжении, и/или препятствует их сбору, то состав арбитража приходит к выводу, что такие доказательства содержат сведения, не выгодные для позиции, занимаемой в процессе такой стороной.

affidavit – заявление или показания, данные под присягой. В настоящее время в международных арбитражах свидетельские показания (witness statement), как правило, даются без приведения к присяге. В любом случае, состав арбитража не имеет права принимать присягу, а при необходимости заслушать свидетеля под присягой должен обращаться за содействием к государственному суду по месту проведения слушания или к иному органу, уполномоченному приводить

свидетелей к присяге. В российской судебной и арбитражной практике термин «аффидавит» может грамотно использоваться только для обозначения заявлений или показаний, фигурирующих в рамках зарубежного судебного (иногда арбитражного) разбирательства.

advocate – юрист, который участвует в арбитражном разбирательстве и выступает в ходе устного слушания от имени стороны по делу. Чаще всего является специалистом по процессуальному праву (litigator).

agreement to arbitrate – см. arbitration clause и arbitration agreement. См. § 2.1, 2.2 и 2.11.

agreed bundle – папка или несколько папок, содержащие документы и тексты (например, переводы), точность и происхождение которых согласованы между сторонами. Обычно составляется в ходе арбитражных разбирательств, в которых фигурирует много документов, достоверность значительной части которых оспаривается (см. exhibits). См. § 3.7.

agreed terms – см. consent award.

alternative dispute resolution – см. ADR.

amendment to an award – 1. внесение изменений (как правило, технических) в ранее вынесенное арбитражное решение; 2. реже вынесение дополнительного арбитражного решения (additional award). См. § 3.10.

amiable compositeur (*франц.*) – арбитр, участвующий в процедуре amiable composition (*франц.*).

amiable composition (*франц.*) – 1. обычно процедура, ведущая к вынесению арбитражного решения в порядке ex aequo et bono; 2. только во Франции – процедура, ведущая к вынесению первоначального решения, основанного на нормах подлежащего применению права, в которое потом вносятся коррективы, исходя из соображений ex aequo et bono.

amicable settlement – см. settlement.

amicus brief – письменное заявление лица, не являющегося стороной арбитражного разбирательства, обычно допускаемое с согласия сторон или разрешения состава арбитража (arbitral tribunal). Термин происходит от *amicus curiae* (дословно «друг суда»).

amount in dispute – сумма спора. Для целей исчисления размера арбитражных издержек должна включать в себя не только непосредственно заявленные сторонами денежные требования, но и фигурирующие в деле требования о признании права и о вынесении процессуальных приказов.

a-national arbitration – см. delocalized arbitration.

*an debeatur* – вопрос о том, должна ли вообще одна сторона другой какие-либо деньги, антитеза вопроса о том, сколько денег подлежит уплате (quantum debetur).

anglo-american – англо-американский.

annulment – 1. = action to set aside; 2. отмена арбитражного решения в результате обращения в компетентный государственный суд по месту его вынесения. См. § 4.5.

answer = counter-memorial = *réponse* (*франц.*) = response = Klageantwort (*нем.*) – первое письменное заявление ответчика.

applicable law = governing law = proper law – подлежащее применению право, право, которому подчинен договор или действия сторон во внедоговорных отношениях. Различают право, которому подчинен договор (*lex contractus*), право, которому подчинено арбитражное соглашение, право, которому подчинена процедура проведения арбитража (*lex arbitri*), право, которым регулируется правоспособность сторон, включая их право на заключение договора в целом и арбитражного соглашения в частности (*lex societatis*). В рамках доктрины автономии воли сторон международного частного права в отношениях, осложненных иностранным элементом, стороны могут самостоятельно избрать право, регулирующее их договорные отношения, а также право, регулирующее арбитражное разбирательство. Если стороны внешнеэкономического договора самостоятельно такое право не избрали, в случае возникновения спора оно определяется судом или арбитражем в порядке voie directe или с помощью коллизионных привязок. См. § 2.7.

appointing authority – 1. в арбитражах, проводимых в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL Arbitration Rules), компетентный орган, действующий на основании статей 6-8 и 12 указанного Регламента для решения вопросов о назначении и отводе арбитров. См. Рекомендации для оказания арбитражным судам и другим заинтересованным органам помощи в связи с арбитражным разбирательством, проводимым в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (*Recommendations to assist arbitral institutions and other interested bodies with regard to arbitrations under the UNCITRAL Arbitration rules*), опубликованные в Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law, 1982, Volume XIII, P. 420, и доступные на русском языке на сайте [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), а также Stockholm Chamber of Commerce Procedures and Services under UNCITRAL Arbitration Rules, [www.chamber.se](http://www.chamber.se), и Правила по оказанию содействия МКАС при ТПП РФ арбитражу в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, [www.tpprf-mkas.ru](http://www.tpprf-mkas.ru); 2. в других арбитражах *ad hoc*, если стороны самостоятельно не согласовали орган, осуществляющий назначение арбитров и решающий вопросы об их отводе, как правило нормы права, регулирующие проведение арбитража (*lex arbitri*), наделяют соответствующими функциями государственные суды по месту проведения арбитражного разбирательства. В России на основании норм п. 1 ст. 6 Закона о МКА такие функции выполняются Президентом Торгово-промышленной палаты Российской Федерации.

appointment of an arbitrator – назначение арбитра, что означает наделение конкретного лица соответствующими полномочиями. В некоторых случаях (напр., при рассмотрении споров по Регламенту МКАС), сторона может осуществить

назначение основного и запасного арбитров. В некоторых случаях (напр., при рассмотрении споров по Арбитражному регламенту МТП, ICC Rules), стороны лишь называют кандидатуры арбитров (nomination of an arbitrator), а их назначение осуществляется институциональным арбитражным органом (ICC Court of International Arbitration).

arbitrable, arbitrability = *arbitrabilité* (франц.) = *Schiedsfähigkeit* (нем.) – возможность объекта спора быть предметом арбитражного разбирательства. Вопрос об арбитрабельности в ходе международного арбитражного процесса подчинен прежде всего *lex arbitri*, на этапе признания и принудительного исполнения арбитражного решения этот вопрос регулируется национальным правом суда (см. подп. б) п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции). Согласно ст. 1 Закона о МКА, в России на рассмотрение международного арбитража могут передаваться споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие между предприятиями, имеющими местонахождение в различных странах, а также между российскими предприятиями, когда хотя бы одно из них является предприятием с иностранными инвестициями, если только запрет на передачу в арбитраж определенного вида споров не установлен федеральным законом. См. § 2.10 и 5.7.

arbitral award = award.

arbitral institution = *institution arbitrale* (франц.) = *Schiedsinstitution* (нем.) – институциональный арбитражный орган. В институциональном арбитраже (institutional arbitration) такой орган приводит в движение арбитражный процесс, не вмешиваясь в анализ существа спора, осуществляемый арбитрами. В институциональном арбитраже с участием административного органа (administered arbitration) на такой орган могут возлагаться другие функции. Каждый институциональный арбитражный орган имеет собственный арбитражный регламент (arbitration rules).

arbitral tribunal = *tribunal arbitral* (франц.) = *Schiedsgericht* (нем.) = *colegio arbitral* (исп.) = *collegio arbitrale* (итал.) – состав арбитража. Обычно состоит из председателя и двух арбитров, в некоторых арбитражных регламентах (arbitration rules) допускается вынесение единогласного арбитражного решения двумя арбитрами без назначения председателя (см., напр. п. 3 § 6 Регламента Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, действующего с 1 января 2007 г.).

arbitration = *arbitrage* (франц.) = *Schiedsgerichtsbarkeit* (нем.) – арбитраж, разрешение спора нейтральным лицом или органом, полномочия которого основаны на арбитражном соглашении (arbitration agreement) и чье решение носит окончательный и обязательный характер. Следует отличать арбитраж от переговоров (носящих необязательный характер и могущих окончиться безрезультатно), ADR в Европе (чье решение является необязательным) и рассмотрения спора в государственном суде (чья компетенция, как правило, не зависит от воли сторон). В ряде случаев арбитраж возможен в отсутствие арбитражного соглашения, заключенного непосредственно между участниками спора (напр., в инвестиционных спорах, см. investment disputes). Не является арбитражем в контексте международного права механизм, названный этим термином, предусмотренный российским трудовым законодательством.

Arbitration Act 1996 – Закон об арбитраже 1996 г., действующий в Англии и Уэльсе. Этот Закон содержит значительные отступления от правил, сформулированных в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (UNCITRAL Model Law). В Шотландии действует закон, основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

arbitration agreement = compromise arbitral (*франц.*) = Schiedsvereinbarung (*нем.*) – соглашение, которое имеет своей целью передачу спора на рассмотрение в арбитраж (arbitration). Арбитражное соглашение может быть заключено до или после возникновения спора, как в виде статьи договора (arbitration clause), так и в виде отдельного документа, а также путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых истец утверждает, что у соответствующего арбитража есть полномочия по рассмотрению данного спора, а ответчик против этого не возражает (см. ст. 7 Закона о МКА). В отношении некоторых ограниченных категорий споров (как правило, с участием физических лиц) арбитражное соглашение должно заключаться после их возникновения. Односторонний отказ от соблюдения условий арбитражного соглашения не допускается, при необходимости государственный суд направляет стороны в арбитраж для разрешения спора в соответствии с условиями заключенного ими арбитражного соглашения (см. ст. II Нью-Йоркской конвенции (New York Convention) и ст. 148 АПК). См. Главу 2.

arbitration clause = clause compromissoire (*франц.*) = Schiedsklausel (*нем.*) – арбитражная оговорка, статья договора, предусматривающая рассмотрение споров в арбитраже. Является наиболее распространенной формой фиксации арбитражного соглашения (arbitration agreement). Носит автономный характер (см. separability). Большинство специалистов полагают, что арбитражные оговорки подчинены *lex arbitri*, хотя некоторые считают, что они подчинены материальному праву, регулирующему договор (см. applicable law). См. § 2.7.

arbitration costs = frais d'arbitrage (*франц.*) = Schiedskosten (*нем.*) – расходы, связанные с проведением арбитража. Обычно включают в себя оплату услуг арбитров (fee), компенсацию понесенных ими в связи с арбитражным разбирательством расходов, оплату сбора административного и/или компетентного органа (см. administered arbitration, appointing authority, institutional arbitration), участвующего в арбитраже, оплату вознаграждения привлеченных административным органом или составом арбитража экспертов, переводчиков, докладчиков, стенографистов, возмещение расходов по аренде помещений и каналов связи и т.п. Не включают в себя расходы, связанные с представлением интересов сторон (party representation costs). См. § 3.3.

arbitration law = *lex arbitri*.

arbitration rules = règlement d'arbitrage (*франц.*) = Schieds(gerichts)ordnung (*нем.*) – регламент, правила проведения арбитражного разбирательства, которыми согласились руководствоваться стороны. Большинство регламентов институциональных арбитражей (institutional arbitration) допускают изменение отдельных их положений по соглашению сторон, но при этом ключевые нормы регламентов о праве стороны быть заслушанной, о равном отношении к сторонам, о независимости и беспристрастности арбитров (impartiality of arbitrators) не подлежат модификации, чтобы исключить возникновение коллизии между ними и нормами *lex arbitri*.

arbitrator = arbitre (*франц.*) = Schiedsrichter (*нем.*) = arbitro (*итал., исп.*) = *arbiter* – арбитр, член состава арбитража. Различают председателей составов арбитража (presiding arbitrator), прочих членов состава арбитража (co-arbitrator) и единоличных арбитров (sole arbitrator).

ASA = Association Suisse de l'Arbitrage (*франц.*) – Швейцарская арбитражная ассоциация. [www.arbitration-ch.org](http://www.arbitration-ch.org).

assessment of the evidence – оценка фактов, осуществляемая составом арбитража на основании свидетельских показаний и представленных документов (см. также proof procedure). См. § 3.8. и 3.9.

assignment – цессия, уступка права, в ходе которой cedent (assignor) передает свои права цессионарию (assignee), причем зачастую без согласия контрагента по сделке или просто уведомив его об этом. Как правило, в составе таких прав передаются также права и корреспондирующие им процессуальные обязанности, вытекающие из арбитражной оговорки соответствующего договора (arbitration clause). См. § 2.6.

attachment = saisie-arrêt (*франц.*) = Arrest (*нем.*) = beslag (*гол.*) – арест имущества, обеспечительная мера. Обычно арбитражи воздерживаются от применения такой меры, предлагая сторонам обращаться с такой целью в государственные суды, причем такое обращение не рассматривается как нарушение арбитражного соглашения (см. ст. 9 Закона о МКА). См. § 1.8.

*audiatur et altera pars* – дословно «выслушай и другую сторону», процессуальный принцип, связанный с правом на защиту и равным отношением состава арбитража (arbitral tribunal) к сторонам (см. equal treatment of the parties). См. § 3.6.

award = sentence (*франц.*) = Schiedsspruch (*нем.*) = laudo (*исп.*) = lodo (*итал.*) = vonnis (*гол.*) – арбитражное решение, выносимое составом арбитража (arbitral tribunal) по существу (merits) одного или нескольких испрошенных средств правовой защиты (prayers for relief). В рамках арбитража МТП (ICC) арбитражные решения подвергаются проверке (scrutiny), во всех остальных арбитражах арбитражное решение выносится самим составом арбитража без каких-либо согласований с другими лицами или организациями. Следует отличать арбитражные решения от процессуальных приказов (order) состава арбитража, которые не содержат решений по существу испрошенных средств правовой защиты. Об оспаривании арбитражных решений см. action to set aside. Различаются следующие виды арбитражных решений: preliminary award, interim award, partial award, additional award, consent award, default award, declaratory award, money award. См. также correction of award, interpretation of award. См. § 3.10.

## В

bias – предвзятость, отсутствие беспристрастности (см. impartiality of arbitrators). Доказывается только стороной, проигравшей арбитраж, так как в соответствии с п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции и подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1. ст. 36 Закона о МКА этот аргумент не может применяться по инициативе суда. Пристрастность арбитров может служить основанием для отмены арбитражного

решения государственным судом (см. action to set aside) по месту его вынесения или для отказа в его признании и приведении в исполнение (см. подп d) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции), а также для заявления отвода арбитру (см. challenge). См. § 3.6.

*bifurcation of proceedings* – раздвоение или разветвление процесса. Ситуация, в которой определенные стадии разбирательства проводятся в различное время, как правило последовательно, реже (в больших процессах) параллельно, например, сначала разрешается вопрос о праве состава арбитража на рассмотрение соответствующего спора (см. jurisdiction of arbitral tribunal), а потом разрешается вопрос о существовании исковых требований (merits), или когда сперва решается вопрос о наличии оснований для привлечения ответчика к ответственности, а потом устанавливается размер такой ответственности. Раздвоение процесса почти всегда влечет за собой затяжку времени до вынесения окончательного арбитражного решения, но в то же время может сэкономить деньги участникам процесса, если на один из принципиальных вопросов, изучаемых в начале разбирательства, дается негативный ответ, и тем самым отпадает необходимость в проведении слушаний по оставшимся вопросам. См. § 3.7.

*bilateral investment treaty, BIT* – двусторонний договор о защите инвестиций, в российской терминологии – двустороннее соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений, договор, заключаемый двумя суверенными государствами, предметом которого является защита инвестиций, осуществляемых частными лицами одного государства в другом государстве (см. host country). Обычно предполагает возможность арбитражного рассмотрения споров между инвестором и государством, на чьей территории осуществляются инвестиции. См. § 1.6.

*boilerplate* – неофициальный юридический термин, означающий стандартизованные клаузулы, часто используемые в различных договорах.

*bona fide* – добросовестный.

*brainstorming* – неофициальный юридический термин, означающий выдвижение максимально возможного количества идей и вариантов поведения с целью их последующего критического отбора. Обычно является предварительной внутренней стадией работы команды юристов, занятых в проекте.

*brief* = written submission. См. § 3.8.

*bundle* = *binder* – том, содержащий материалы дела, см. также agreed bundle.

*burden of proof* – бремя доказывания, процессуальный термин, означающий, какая из сторон должна доказывать те или иные обстоятельства. В ходе оспаривания (action to set aside) или приведения в исполнение решений международных арбитражей (enforcement of awards) бремя доказывания совершения составом арбитража нарушений процессуального характера возлагается на сторону, против которой вынесено арбитражное решение, суд не может использовать такие аргументы *ex officio*. См. § 5.2.

## С

capitalization of interest = compound interest – периодическое включение суммы начисленных, но не уплаченных процентов в сумму основного долга.

CAS = Court of Arbitration for Sport – Спортивный арбитражный суд, находится /ИЛИ РАСПОЛОЖЕН в Лозанне.

case officer – в институциональном арбитраже (intstitutional arbitration) сотрудник, осуществляющий содействие, в основном техническое, проведению разбирательства соответствующего спора. В арбитраже МТП (ICC Rules) такой сотрудник именуется counsellor = conseiller (*франц.*).

caucus – 1. встреча посредника с одной из сторон в ходе медиации (mediation), метод «челночной дипломатии»; 2. встреча посредника с представителями обеих сторон в коллективных трудовых отношениях на Западе.

caucusing – процедура урегулирования спора с использованием caucus.

CCI (*франц.*) = Chambre de commerce internationale (*франц.*) = ICC.

CCIG = Chambre du Commerce et de l'industrie de Genève – Женевская торгово-промышленная палата, институциональный арбитражный орган ([www.cci.ch/geneve](http://www.cci.ch/geneve)).

CEDR = Center for Dispute Resolution – Центр по разрешению споров, ведущий орган Великобритании в области посредничества и медиации ([www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk)).

CEO = Chief Executive Officer of a company – высшее должностное лицо компании, в терминологии российского корпоративного права «единоличный исполнительный орган» хозяйственного общества.

CEPANI (*франц.*) = CEPINA (*гол.*) – ведущий институциональный арбитраж Бельгии ([www.cepani.be](http://www.cepani.be)).

certified – заверенный документ, подлинность которого в зависимости от обстоятельств удостоверяется уполномоченным должностным лицом, нотариусом или государственным органом.

chair = chairperson = presiding arbitrator.

challenge – 1. of arbitrator – отвод, заявленный арбитру, в большинстве арбитражных регламентов и законов об арбитраже предусмотрено, что он должен быть заявлен немедленно после того, как стороне по делу стало известно об обстоятельствах, вызывающих сомнение в его независимости и беспристрастности (см. ст. 12 и 13 Закона о МКА), см. bias, partiality, removal of arbitrator. Если отвод не будет заявлен своевременно, право на его заявление может быть утрачено (см. estoppel, ст. 4 Закона о МКА); 2. of award = action to set aside. См. § 3.6. и 4.2.

Chartered Arbitrator – дипломированный арбитр, звание, присуждаемое Королевским институтом арбитров (Chartered Institute of Arbitrators).

Chartered Institute of Arbitrators – Королевский институт арбитров, известная организация, базирующаяся в Лондоне. Большинство ее членов являются ACI Arb, некоторые имеют звание FCI Arb ([www.arbitrators.org](http://www.arbitrators.org)).

chess clock system – «система шахматных часов», правило, в соответствии с которым каждая из сторон разбирательства в ходе устного слушания имеет заранее известное, обычно равное, время для выступления.

CHF – швейцарский франк.

choice of law – 1. в международном частном праве, механизм коллизионных привязок для определения применимого права; 2. определение подлежащего применению материального права в соответствующей оговорке (статье) договора, согласовываемой его сторонами. См. § 3.8.

CIETAC = China International Economic and Trade Arbitration Commission – Китайская международная комиссия по экономическому и торговому арбитражу, институциональный арбитражный орган, при котором функционируют различные типы арбитражей.

CI Arb = Chartered Institute of Arbitrators.

CISG = (Vienna) Convention on the International Sale of Goods, 1990 – (Венская) Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров ([www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu)).

CISG Advisory Council = CISG (AC) – Консультативный совет по Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, является частной инициативой, поддерживаемой Институтом международного торгового права, юридическим факультетом Университета Пэйс и Центром Торгового права Куин Мэри Лондонского университета. Консультативный совет существует для поддержки применения Конвенции, а также чтобы способствовать достижению единообразного толкования Конвенции. Учрежден в 2001 г. Принимает заключения (Opinions) по наиболее актуальным проблемам применения CISG.

civil law – 1. частное право (private law), антитеза публичному праву; 2. правовая традиция, основанная на римском праве, в которой основным источником права является кодифицированный законодательный акт, = система континентального права, чьей антитезой является система общего права (common law).

claimant – истец. В сфере международного арбитража применение термина plaintiff не приветствуется.

Claims Resolution Tribunal on Dormant Accounts in Switzerland – Трибунал по рассмотрению исков, связанных с неиспользуемыми счетами в Швейцарии, специализированный институциональный арбитражный орган, расположен в Цюрихе ([www.crt-II.org](http://www.crt-II.org)).

clause compromissoire (*франц.*) = arbitration clause.

*clausula rebus sic stantibus* = hardship clause.

closing order = ordonnance de clôture (*франц.*) – Abschreibungsberchluss (*нем.*) – приказ (order), выносимый составом арбитража (arbitral tribunal) и оформляющий завершение арбитражного разбирательства без вынесения решения по существу спора (merits). См., напр., § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ 2006 г.

closing statement = summation.

closure of proceedings = clôture des débats (*франц.*) = cierre de la instruccion (*исп.*) – объявление составом арбитража (arbitral tribunal) завершения обмена любыми аргументами и доказательствами по существу спора, после чего состав арбитража приступает к вынесению арбитражного решения (arbitral award).

co-arbitrator – 1. обычно в составе арбитража, состоящем из трех членов, арбитр, не являющийся председателем состава арбитража (presiding arbitrator); 2. = fellow arbitrator – коллега по составу арбитража.

comité restraint – в арбитраже МТП подразделение Международного арбитражного суда МТП (ICC Court of International Arbitration), заседающее чаще одного раза в месяц и решающее срочные текущие вопросы.

*comitas gentium* – «международная вежливость», выделяемый в академической литературе принцип международного гражданского процесса, предполагающий оказание государственным судом одной страны содействия исполнению иностранного судебного акта или деятельности иностранного суда или арбитража, даже в отсутствие международного договора, регулирующего вопрос о таком исполнении и/или содействии. В настоящее время применимость этого принципа в рамках действующего российского законодательства и судебной практики в части признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений активно дебатруется. См. § 1.5.

commodity arbitration – арбитраж, обычно осуществляемый в связи с оборотом товаров, торговля которыми производится на биржевых площадках. Иногда этот вид арбитража представляет собой только quality arbitration.

common law – 1. часть англо-американской правовой системы, основанная на судебных прецедентах, см. также *stare decisis*, является антитезой statutory law; 2. англо-американская правовая традиция в целом, основанная на английском праве.

common law systems – в целом англо-американские правовые системы.

company – компания, термин западного корпоративного права, включающий в себя акционерные общества, компании с ограниченной ответственностью и другие виды юридических лиц, основанных на объединении капиталов и принципе ограничения ответственности. Является в определенных случаях антитезой партнерствам (partnership). В современной российской правовой терминологии термин «компания» лишен какого-либо конкретного содержания.

complaint = statement of claim – иск, исковое заявление. Письменное заявление (written submission), направляемое составу арбитража истцом (claimant). См. § 3.8.

complementary dispute resolution – направление спора для первичного рассмотрения в орган, осуществляющий посредничество или медиацию, иногда арбитраж, являющееся предварительной стадией, предшествующей принятию дела к производству государственным судом.

compound interest – сложные проценты (см. capitalization of interest).

compromis (*франц.*) = arbitration agreement.

conciliation – 1. = mediation; 2. примирение, согласительная процедура, часто более четко организованный процесс, нежели собственно медиация (посредничество, mediation), в отличие от последней не предусматривает caucusing. Иногда больше руководствуется правовыми соображениями (rights-based), нежели соображениями взаимовыгодного урегулирования (interest-based); 3. иногда согласительная процедура с участием третьего лица – посредника. См., напр., Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ. Не путать с reconciliation (мировое урегулирование спора, достигаемое самими сторонами без участия третьих лиц и вне какой-либо формализованной процедуры).

concilio-arbitration – 1. процедура, похожая на арбитраж, но не завершающаяся вынесением обязательного для исполнения арбитражного решения, обычно являющаяся предварительным этапом, предшествующим рассмотрению дела государственным судом; 2. = med-arb.

Concordat – швейцарский межкантональный договор об арбитраже, регулирующий внутренний арбитраж (domestic arbitration) в Швейцарии.

concurring opinion – см. separate opinion.

confidentiality of arbitration – конфиденциальность арбитражного разбирательства, принцип, в соответствии с которым ни самый факт существования арбитражного спора, ни его детали не могут быть раскрыты ни арбитрами, ни сторонами дела, за исключением случаев, предусмотренных законом.

conflict – конфликт, состояние несовпадения интересов, целей или позиций различных лиц или групп. Иногда может повлечь за собой возникновение спора (dispute).

conflict of interests – конфликт интересов, ситуация, при которой лицо, имевшее определенную связь с одним или несколькими участниками арбитражного спора или его предметом, не может поэтому считаться в должной степени независимым и беспристрастным (см. independence), чтобы исполнять функции арбитра (arbitrator). Лицо, которому предложено быть арбитром, обязано немедленно информировать стороны о возможном наличии у него конфликта интересов; если этого сделано не будет, то такому арбитру может быть заявлен отвод (см. challenge of arbitrator, removal of arbitrator), а арбитражное решение может быть оспорено (см. action to set aside). См. §3.6.

conflict of laws – коллизионное право, см. private international law.

contingency fee – вознаграждение, выплачиваемое юристу в случае успешного исхода процесса, который он вел в качестве представителя стороны по делу, так называемый «гонорар успеха». В сфере международного арбитража ведущими юридическими фирмами не используется. В ряде стран выплата вознаграждения юристам на таких основаниях запрещена.

consensual processes = non-binding dispute resolution, переговоры или ADR в европейском варианте, без вынесения обязательного решения, чем заканчивается разбирательство в государственном суде (litigation) или обычный арбитраж (arbitration).

consent award = sentence d'accord parties (*франц.*) – арбитражное решение на согласованных условиях, оформляющее достигнутое сторонами мировое соглашение (settlement). В отличие от договоренностей, которые могут быть достигнуты вне рамок арбитражного или судебного разбирательства, арбитражное решение на согласованных условиях, как и обычное арбитражное решение (award), может быть обращено к принудительному исполнению. См., напр., § 41 Регламента МКАС при ТПП РФ 2006 г. См. § 3.10.

consolidation – консолидация двух и более арбитражных разбирательств в рамках одного процесса. Обычно требует согласия всех участвующих в делах лиц.

constitution of arbitral tribunal – порядок формирования состава арбитража. От правильности формирования состава арбитража зависит наличие у него права на разрешение вынесенного на его рассмотрение спора (jurisdiction of arbitral tribunal). Ошибки, связанные с формированием состава арбитража, могут привести к заявлению ему или отдельным арбитрам отвода (см. removal of arbitrator), а арбитражное решение может быть оспорено (см. action to set aside).

constitution order – в арбитражах *ad hoc*, в арбитраже Цюрихской торговой палаты (Zurich Chamber of Commerce) и в некоторых других институциональных арбитражах (institutional arbitration) приказ, с которого начинается собственно рассмотрение спора арбитражем. Обычно такой приказ готовится арбитрами в сотрудничестве со сторонами процесса и в нем указывается, каким образом был сформирован состав арбитража (см. constitution of arbitral tribunal), а также содержится информация о принятии спора к производству и определенные указания сторонам по процессуальным вопросам (см. directions). См. также terms of reference в арбитраже МТП (ICC Rules). См. § 3.7.

construction arbitration – арбитраж по строительным вопросам, обладает специфическими чертами, связанными в основном с обилием технических вопросов, которые должны быть разрешены участвующими в нем арбитрами.

consultative case procedure – в английском арбитраже процедура, в ходе которой состав арбитража может приостановить арбитражное разбирательство и обратиться к государственному суду за консультацией по определенному вопросу права.

contemporary documents – документы, составленные в тот момент, когда имели место события, которые повлекли за собой возникновение спора, переданного на рассмотрение арбитража. Представляют собой антитезу документам, составленным исключительно для целей представления в ходе арбитражного разбирательства.

*contra bonos mores* – дословно «против добрых обычаев и традиций», термин, квалифицирующий сделку как противоречащую основам правопорядка и нравственности.

contract – контракт, документ, закрепляющий взаимное согласие сторон по определенным вопросам.

contractual – 1. обычно термин, обозначающий ссылку на контракт; 2. реже термин, указывающий на соответствие контракту.

contradictoire (*франц.*) – фундаментальный процессуальный принцип, в соответствии с которым должна быть выслушана другая сторона (см. equal treatment of the parties и audiatur et altera pars).

correction of an award – исправление арбитражного решения, осуществляется тем же составом арбитража, который вынес первоначальное решение. Обычно связано с исправлением технических неточностей (математических ошибок, опечаток и т.д.), см., напр., п. 1 §. 43 Регламента МКАС при ТПП РФ 2006 г. См. также additional award, amendment to an award. См. § 3.10.

costs – расходы, издержки, делятся на arbitration costs и party representation costs. См. § 3.3.

cotes de plaidoiries (*франц.*) = notes de plaidoiries (*франц.*) – во Франции документ, содержащий подробный план устного выступления в ходе слушаний, включающий в себя ссылки на материалы дела, судебные и законодательные акты, обычно его копии вручаются арбитрам и представителям другой стороны во время последнего выступления в прениях в ходе устного слушания. Аналогичен pleading notes в Англии.

counsel – 1. in-house counsel; 2. барристер (barrister), специалист по процессуальному праву, привлеченный к участию к процессу, см. также Q.C.

counsellor = conseiller (*франц.*) – в арбитраже МТП (ICC Rules) должностное лицо, отвечающее за сопровождение дела.

counterclaim = demande reconventionnelle (*франц.*) = Widerklage (*нем.*) – встречный иск, представляет собой правовое средство защиты (см. prayers for relief), как правило не зависящее от возражений против удовлетворения прямого иска. Существуют различные процессуально-правовые (см., напр., § 13 Регламента МКАС при ТПП РФ 2006 г.) и материально-правовые (см. ст. 174 ГК) требования к подаче встречных исков.

counter-memorial = answer = réponse (*франц.*) = Klageantwort (*нем.*) = Klageerwiderung (*нем.*) – первое письменное заявление (brief) ответчика (respondent), может включать в себя встречный иск (counterclaim).

court-annexed arbitration = court-ordered arbitration – арбитражное разбирательство, осуществляемое назначенным государственным судом лицом (neutral), чье решение становится обязательным в случае, если ни одна из сторон не обжалует его в суде.

court-annexed mediation = court-ordered mediation – медиация, осуществляемая по приказу государственного суда или организованная им, проводимая назначенным судом посредником, действующим при суде, или другим посредником, назначенным судом.

CPR = Center for Public Resources – известный в США орган по примирению и посредничеству (медиации).

critical path analysis – изучение воздействия отложения осуществления определенного действия на другие действия или на процесс в целом.

cross-examination = cross-questioning = Kreuzverhör (*нем.*) – вопросы, задаваемые в ходе перекрестного опроса стороной, противоположной той, которая пригласила данного свидетеля или эксперта. При cross-examination разрешается задавать наводящие вопросы (leading questions). Антитеза direct examination. См. § 3.8.

*culpa in contrahendo* – в некоторых системах континентального права доктрина, в соответствии с которой простое предложение о проведении переговоров представляет собой правоотношение, в рамках которого в силу требований закона от сторон требуется добросовестное участие в таких переговорах. Требование о добросовестном участии в переговорах в некоторых странах является договорным обязательством, а в других – внедоговорным обязательством.

curial law – правовой термин, применяемый в Англии, который может в зависимости от обстоятельств означать ссылку на 1. *lex fori*; 2. *lex arbitri*; 3. право, регулирующее процедуру арбитражного разбирательства.

## D

damage – убытки, реальный ущерб (*damnum emergens*) и/или упущенная выгода (*lucrum cessans*).

damages = compensatory damages – присуждение к возмещению суммы убытков, которая носит компенсационный характер, т.е. включает в себя понесенный реальный ущерб, а также доказанный размер упущенной выгоды. Является антитезой штрафным убыткам (punitive damages, exemplary damages), которые присуждаются с целью наказать виновную сторону за допущенные ею нарушения, связанные с недобросовестным и/или противозаконным поведением, а также treble damages (утроенная сумма убытков, взимаемая на основании нормы закона в качестве санкции за совершение определенного правонарушения). В европейской специальной литературе дебатировался вопрос о том, вправе ли арбитраж взыскивать штрафные убытки.

*damnum emergens* – реальный ущерб, сумма фактически понесенных к определенному моменту убытков. Следует отличать от упущенной выгоды (*lucrum cessans*).

deadline – дата, когда истекает срок, в течение которого должно быть осуществлено определенное действие.

decision – любой приказ (order) или арбитражное решение (award) состава арбитража или акт государственного суда.

declaration = Feststellung (*нем.*) = declaratory award. См. § 3.10.

declaratory award – арбитражное решение о признании права. Не подлежит приведению в принудительное исполнение (см. enforcement of awards), но такое арбитражное решение в принципе может быть признано (см. recognition of award). См. § 3.10.

default of a party to appear – отказ стороны от участия в арбитражном разбирательстве. Влечет за собой вынесение default award. В связи с тем, что оспаривание арбитражного решения (action to set aside) или возражения против его признания и приведения в исполнение не допускают пересмотра его существа государственным судом (см. ст. 34 и 36 Закона о МКА), сторона, сознательно отказывающаяся от участия в арбитраже, существенно затрудняет себе защиту своих интересов, которые оспариваются в ходе арбитражного разбирательства. См. § 3.5.

default award – арбитражное решение, вынесенное по итогам разбирательства, в котором одна из сторон, обычно ответчик, не пожелала участвовать. В связи с тем, что обычно международные коммерческие арбитражи придерживаются состязательной системы ведения процесса (adversarial system), в случае отказа ответчика от участия в разбирательстве выигрышные для него аргументы останутся неизвестными составу арбитража, выносящего default award. См. § 3.5.

defense – возражения на иск, аргументы, которые могут носить как материально-правовой, так и процессуальный характер, а также касаться фактических обстоятельств дела.

deliberation – процедура принятия составом арбитража решений по процессуальным вопросам (см. order) и по существу дела (см. award). См. также issue by issue voting.

demande (*франц.*) – complaint.

dépeçage (*франц.*) – правовая конструкция, в соответствии с которой договор «делится на части», каждая из которых подчинена своему применимому праву (см. applicable laws).

deposit = advance on costs. См. § 3.3.

deposit of an award – передача вынесенного арбитражного решения для регистрации органу, уполномоченному на основании lex arbitri осуществлять такую регистрацию. Такая система существует в некоторых странах Западной Европы; в качестве регистрирующего органа, как правило, выступает суд. В ходе регистрации содержание арбитражного решения не пересматривается и не проверяется, она носит сугубо технический характер. Сторона, проигравшая арбитраж и желающая оспорить арбитражное решение, не может возражать против его регистрации, но может в течение предусмотренного lex arbitri срока обратиться с соответствующим

заявлением в компетентный суд (см. action to set aside). В России регистрация выносимых на ее территории международных арбитражных решений законодательством не предусмотрена.

deposition – опрос или допрос свидетеля, осуществляемый под присягой, в ходе которого этот свидетель дает ответы на вопросы, формулируемые следователем или представителями стороны, противной той, которая ходатайствовала о вызове данного свидетеля. Осуществляется до проведения судебного разбирательства и, как правило, вне места проведения суда, в котором рассматривается соответствующее дело. Составляемая в ходе такого допроса стенограмма (transcript) включается в материалы судебного разбирательства. Строго говоря, в международных арбитражах процедура deposition не осуществляется, иногда этим термином ошибочно именуется заслушивание свидетельских показаний в ходе арбитражного процесса (см. testimony). См. § 3.9.

*dictum* = obiter dictum.

direct examination = direct questioning = examination-in-chief – прямой опрос, начальная фаза устных показаний свидетеля или эксперта, состоящая в том, что он отвечает на вопросы стороны, которая пригласила его к участию в процессе. Обычно сводится к подтверждению свидетельских показаний (witness statement) или отчета эксперта (expert's report), ранее переданных составу арбитража и противоположной стороне в письменной форме. В ходе прямого опроса не разрешается задавать наводящие вопросы. См. § 3.8, 3.9.

direct testimony = evidence in chief – показания свидетеля или эксперта, полученные в ходе прямого опроса (direct examination).

directions – процессуальные или организационные указания, которые дает состав арбитража, обычно в таких документах как terms of reference, constitution order или order for directions.

DIS = Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit – «Немецкая институция по арбитражному делу», германский институциональный арбитражный орган, ([www.dis-arb.de](http://www.dis-arb.de), на этом же сайте размещен русский перевод Арбитражного регламента DIS).

discovery – процедура принудительного раскрытия документов или сведений, осуществляемая по указанию юрисдикционного органа, которое этот орган дает по просьбе стороны, имеющей основания полагать, что противоположная сторона располагает соответствующими документами или сведениями и не хочет предоставить ей доступ к ним. Чаще всего осуществляется в американских государственных судах. См. § 3.8.

dispositif (*франц.*) = Dispositiv (*нем.*) = operative part of an award or procedural order.

dispute – спор касательно вопросов, которые могут быть разрешены в ходе арбитражного разбирательства (см. arbitrable).

dispute resolution – разрешение спора в ходе переговоров (negotiation) или процесса в юрисдикционном органе, суде или арбитраже, чье решение имеет обязательный характер.

dissenting opinion – особое мнение, которое может приложить к арбитражному решению арбитр, который не согласен с majority award (арбитражным решением, выносимым голосами большинства членов состава арбитража), см., напр., п. 2 § 38 Регламента МКАС при ТПП РФ 2006 г. Такое majority award является антитезой unanimous award, арбитражному решению, выносимому составом арбитража единогласно. Вынесение особого мнения само по себе не является основанием для оспаривания арбитражного решения или для выдвижения дополнительных возражений против его признания и приведения в исполнение.

documents – в арбитраже документы, представленные заранее до проведения устного слушания и не требующие объяснения или подтверждения стороны свидетелей, участвующих в устном слушании.

documents only arbitration – арбитражное разбирательство, проводимое без устного слушания с участием сторон, только на основании документов. Возможно только на основании соглашения сторон.

domain name arbitration – арбитраж по спорам в сфере присвоения доменных имен, система по рассмотрению специализированных споров в указанной области, созданная Всемирной организацией по интеллектуальной собственности (ВОИС, WIPO).

domestic arbitration = arbitrage national (*франц.*) = Binnenschiedsgerichtsbarkeit (*нем.*) – внутренний арбитраж, чьи решения не относятся к сфере применения Нью-Йоркской конвенции (см. ст. I Нью-Йоркской конвенции), разграничивается с международным арбитражем (international arbitration) по критериям домицилия участников спора и/или территориальной привязки предмета спора. В России деятельность внутренних арбитражей регулируется не Законом о МКА, а Федеральным законом «О третейских судах» от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ. В настоящее время в России действует ряд институциональных арбитражных органов, чьи регламенты допускают рассмотрение как внутренних, так и международных споров (см., напр., Регламент арбитража при Московской торгово-промышленной палате, [www.mttr.org](http://www.mttr.org).) Кроме того, согласно п. 2 ст. 1 Закона о МКА к международному арбитражу относятся споры с участием российских предприятий с иностранными инвестициями, даже если все участники таких споров имеют местонахождение на территории России.

domestic public policy – внутренний публичный порядок, академический термин, обозначающий систему основных принципов национального права, нарушение которых в ходе арбитражного разбирательства может служить основанием для отказа в исполнении решения внутреннего арбитража (третейского суда). Часто сопоставляется с понятием «международный публичный порядок» (public policy, transnational public policy). См. § 5.8.

dormant arbitration – арбитражное разбирательство, в котором ничего не происходит.

DRB = dispute review board.

due process – надлежащее ведение разбирательства, термин, применяющийся главным образом в США для обозначения фундаментальных принципов арбитражного процесса, см. contradictoire, equal treatment of the parties, natural justice. См. § 3.5.

duplique (*франц.*) = Duplik (*нем.*) = rejoinder – второе письменное заявление (brief) ответчика (respondent), подаваемое после получения составом арбитража второго письменного заявления истца (reply). См. § 3.8.

## Е

e.g. = *exempli gratia* – например.

effect – действие закона, в силу применения закона.

enforcement of awards = *exequatur* = exequatur (*франц.*) = Vollstreckung (*нем.*) = esecuzione (*итал.*) = tenuitvoerlegging (*гол.*) – приведение в принудительное исполнение арбитражного решения. В России арбитражные решения международных арбитражей, вынесенные на территории РФ, приводятся в исполнение на основании ст. 36 Закона о МКА и главы 30 АПК, а иностранные арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение на основании Нью-Йоркской конвенции (New York Convention), Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (European Convention on international commercial arbitration), ст. 36 Закона о МКА и главы 31 АПК. Смысл указанных норм законодательства сводится к тому, что отказ в приведении в исполнение решения международного арбитража, вынесенного на территории России, а равно отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения допускается лишь по определенным основаниям, исчерпывающий перечень которых изложен в Нью-Йоркской конвенции. См. burden of proof. См. также признание арбитражного решения (recognition of award). См. § 5.1.

equal treatment of the parties = égalité de traitement des parties (*франц.*) = prozessuale Gleichbehandlung der Parteien (*нем.*) – равное отношение к сторонам, фундаментальный процессуальный принцип международного арбитражного разбирательства. См. ст. 18 Закона о МКА. Применение данного принципа не освобождает ответчика от необходимости самостоятельно доказывать выгодные для него фактические и правовые обстоятельства в рамках состязательной системы ведения арбитражного процесса (adversarial system). См. § 3.5.

équité (*франц.*) – 1. общие начала справедливости, закрепленные в законе; 2. en équité (*франц.*) = *ex aequo et bono*.

equity – 1. часть англо-американского права, исторически основанная на судебных прецедентах в сфере корпоративного права, семейного права, трастов; 2. = équité (*франц.*) – общие начала справедливости, закрепленные в законе.

estoppel = *venire contra factum proprium* – «эстоппел» или утрата права на возражение, в общем праве (common law) концепция, согласно которой 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 от возможности сослаться на такое право или обстоятельства отказалась. Основана на принципе процессуальной добросовестности. См. *abuse of right*, *fraus legis*. В самом общем виде эта концепция зафиксирована в ст. 4 Закона о МКА. См. § 3.6.

ethics for arbitrators – этические правила, которыми руководствуются арбитры, единого общеобязательного свода таких правил не существует, хотя на Западе есть несколько документов об этом (*IBA Ethics for Arbitrators*, *AAA/ABA Code of Ethics*), нарушение этических правил может быть приравнено к предвзятости или пристрастности (см. *bias* и *impartiality of arbitrators*). См. § 3.6.

European Convention on international commercial arbitration – Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, подписана в Женеве 21 апреля 1961 г., вступила в силу 1 января 1964 г. В российской специальной литературе иногда именуется как «Женевская конвенция». Содержит дополнительные по сравнению с Нью-Йоркской конвенцией (*New York Convention*) ограничения касательно возможности отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, а также специальные механизмы по оказанию содействия проведению арбитража *ad hoc* (*ad hoc arbitration*) и уточнению содержания недостаточно четких арбитражных оговорок (см. *pathological arbitration clause*), применимые если стороны арбитражного соглашения (*arbitration agreement*) имеют местонахождение в странах, участвующих в данной Конвенции. Закрепляет право юридических лиц публичного права участвующих в Конвенции государств заключать арбитражные соглашения. См. § 1.2. и 2.7.

evidence = proof – доказательства. В рамках состязательной системы ведения арбитражного процесса (*adversarial system*) каждая сторона самостоятельно может доказывать выгодные для нее фактические и правовые обстоятельства.

evidence-in-chief = direct examination.

evidentiary hearing = main hearing = audience principale (*франц.*) = Hauptverhandlung (*нем.*) – устное слушание, посвященное заслушиванию свидетельских показаний и показаний экспертов, обычно включает в себя cross-examination. В больших процессах может продолжаться несколько дней. См. § 3.8.

*ex aequo et bono* – специально предоставляемое соглашением сторон составу арбитража право разрешать спор, исходя только из представлений о справедливости без ссылок на конкретные нормы права. См. amiable composition.

examination-in-chief – в Англии показания, данные в ходе прямого опроса (direct questioning).

exclusion agreement – соглашение сторон об отказе от использования определенных оснований для оспаривания арбитражных решений (см. action to set aside). Обычно закрепляется в арбитражном соглашении. Например, если арбитражное разбирательство осуществляется в Англии и спорное правоотношение подчинено английскому материальному праву, стороны имеют право на основании exclusion agreement отказаться от возможного оспаривания арбитражного решения по

мотивам неправильного применения составом арбитража материального права. Способствует ограничению гипотетических возможностей по оспариванию арбитражного решения после его вынесения и повышению привлекательности соответствующего государства как места для проведения международных арбитражей. См. также waiver agreement.

*exception fori (alieni)* – возражение, согласно которому право на рассмотрение спора принадлежит другому юрисдикционному органу (*forum*).

executive – руководитель компании.

exhibits = annexes – приложения к письменным заявлениям сторон (written submissions), содержащие документы и тексты законодательных и судебных актов, имеющие отношение к материалам дела. В международных арбитражах документы обычно представляются в незаверенных копиях, необходимость в представлении подлинника может возникнуть лишь в случае, если у другой стороны или состава арбитража есть сомнения в аутентичности документа, чья копия была представлена.

*ex officio* – подразумеваемые обязанности, которые возлагаются на должностное лицо (судью) или арбитра в силу того, что оно занимает свою должность или осуществляет принятые им на себя функции. Должны исполняться им по собственной инициативе, независимо от поведения лиц, участвующих в деле, которое рассматривает это лицо. См. § 5.6.

*ex parte* proceedings – разбирательство или заседание, в котором одна из сторон не участвует.

expert = expert (*франц.*) = Sachverständiger (*нем.*) = perito (*итал.*) – эксперт, лицо, которое в силу наличия у него специальной подготовки или знаний может осуществить профессиональную оценку ситуации. Эксперт может быть назначен составом арбитража (tribunal-appointed expert) или стороной (party-appointed expert). См. § 3.8.

expertise – экспертиза, услуга, оказываемая экспертом (expert).

expert's report = expertise (*франц.*) = Sachverständigengutachten (*нем.*) = perizia (*итал.*) – отчет эксперта (expert). Подается в письменной форме, обязательно включает в себя информацию о самом эксперте, его квалификации, описание поставленной перед ним задачи, предположения, принятые экспертом без проверки, метод анализа и выводы. См. § 3.8.

expert-witness – свидетель-эксперт, обычно таким термином именуют экспертов, назначенных сторонами арбитражного разбирательства (party-appointed expert). В отличие от свидетелей, которые сообщают составу арбитража сведения о фактических обстоятельствах, связанных со спором, свидетель-эксперт готовит заключение, основанное на его профессиональных знаниях в какой-либо области, при подготовке которого необходимые сведения фактического характера сообщаются ему стороной, которая его назначает. Обычно заключение свидетеля-эксперта представляется в письменной форме (см. expert's report), а в ходе устного

слушания он подвергается перекрестному допросу (cross-examination). Для того чтобы арбитры доверяли сведениям, сообщенным таким экспертом, он должен продемонстрировать профессионализм и независимость своих суждений от позиции стороны, которая привлекла его к участию в деле. См. § 3.8.

*expressis verbis* – дословно.

*extra petita* = *ultra petita*.

extra-contract liability = torts.

extract from the Register of Commerce = *extrait du register du commerce* (*франц.*) = *Kbis* (*франц.*) = *Handelsregisterauszug* (*нем.*) – выписка из торгового реестра, документ, содержащий информацию или часть информации, включенной в торговый реестр.

*ex turpi causa = ex turpi causa oritur action* – дословно «из безнравственного основания сделка не возникает», термин, используемый для характеристики ничтожной сделки, основанной на использовании средств, добытых противоправными способами.

## **F**

facilitation – помощь сторонам спора, оказываемая третьим лицом, обычно нейтральным, с целью настроить их на конструктивное разрешение вопросов.

fact v. law – сопоставление подлежащих установлению в ходе разбирательства вопросов, связанных с фактическими обстоятельствами дела, с вопросами права. Как правило, этот принцип означает, что установленные арбитражем фактические обстоятельства могут в рамках процесса оспариваться в меньшей степени, нежели правовые позиции, сформулированные сторонами.

factual matrix – факты, фактические обстоятельства дела.

fast track arbitration – ускоренная процедура арбитражного разбирательства. Обычно основывается на арбитражных оговорках (arbitration clause), предусматривающих укороченные сроки на обмен письменными заявлениями (brief) и вынесение арбитражного решения (award). Установление излишне сжатых сроков может затруднить поиск арбитров, которые будут готовы участвовать в таком арбитраже, и вместо удешевления разбирательства сделать его более дорогим ввиду необходимости привлечения большого количества юристов для ускоренного анализа материалов дела.

*favor arbitri* – принцип поддержки арбитража.

*favor validatis* – принцип, направленный на поддержку действительности оспариваемой сделки.

FCIArb = Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators – действительный член Королевского института арбитров.

fee – вознаграждение за оказание профессиональных услуг, обычно исчисляемое на основании почасовых ставок, реже *ad valorem* или на основании заранее установленной твердой суммы. См. также contingency fee. См. § 3.3.

FIDIC = Fédération Internationale des Ingenieurs Conseils – Международная федерация инженеров-консультантов, находится в Лозанне ([www.fidic.org](http://www.fidic.org)).

final award – окончательное арбитражное решение. В принципе, любое арбитражное решение (award) является окончательным, поэтому данный термин обычно используется для того, чтобы подчеркнуть, что после этого решения состав арбитража более не планирует выносить никаких других. В этом качестве может быть сопоставлен с preliminary award и partial award. См. § 3.10.

file = dossier (*франц.*) = Akten (*нем.*) = Akt (термин, фигурирующий в австрийской литературе) – термин, означающий всю совокупность материалов дела, охватывающую корреспонденцию, письменные заявления сторон (written submissions), приложения (exhibits), заявления свидетелей (witness statements), отчеты экспертов (experts' reports), стенограмму (transcript), процессуальные приказы (orders) и арбитражное решение (award).

*forum* – юрисдикционный орган, имеющий право выносить обязательные для исполнения решения, это понятие включает в себя как государственный суд, так и арбитраж.

forum shopping – термин, используемый для обозначения попыток перенести разбирательство дела в юрисдикционный орган, чье решение предположительно окажется более выигрышным для одного из участников процесса. См. ст. II Нью-Йоркской конвенции. См. § 1.9.

frais (*франц.*) = costs.

*fraus legis* = fraude a la loi (*франц.*) = Gesetzesumgehung (*нем.*) – термин, означающий соответствие букве, но не духу закона.

*functus officio* – термин, обозначающий лицо, оставившее прежнюю должность.

## G

GBP – британский фунт стерлингов.

general principles of law – широко признанные принципы, формулируемые обычно в работах по сравнительному правоведению.

Geneva Rules – Арбитражный регламент CCIG.

good faith = *bona fide*.

group of companies – компании, обычно принадлежащие одному лицу или группе лиц.

group of companies theory – теория группы компаний, согласно которой при наличии арбитражного соглашения (arbitration agreement), заключенного третьим лицом с

одной из компаний, входящих в группу (group of companies), это лицо может при определенных обстоятельствах утверждать, что такое арбитражное соглашение охватывает его отношения со всеми компаниями, входящими в данную группу. См. также piercing of the corporate veil. См. § 2.6.

## Н

hardship clause = *clausula rebus sic stantibus* – в странах системы частного (континентального) права, оговорка о том, что в случае, если в ходе исполнения договора произойдут не зависящие от воли сторон события, изменяющие экономические, политические и иные условия по сравнению с тем, как они планировались сторонами на момент заключения договора, стороны предпримут усилия для того, чтобы модифицировать свои взаимные обязательства с тем, чтобы максимально приблизиться к первоначально запланированному экономическому результату договора.

hearing file – папка или папки, содержащие материалы дела (документы), на которые предположительно будут ссылаться в ходе устного слушания (в случае, если устные слушания рассчитаны на несколько дней, может готовиться отдельно для каждого дня). См. § 3.9.

hearing, hearings – устные слушания, проводятся с приглашением сторон. Являются антитезой meeting.

high-low contract – в США процедура, при которой стороны могут согласиться на рассмотрение спора в арбитраже, но при этом ограничить параметры возможного решения. Таким образом стороны принимают меры, направленные на ограничение негативных последствий возможного проигрыша дела.

host country, host state – в сфере инвестиционных споров (см. investment disputes, BITs), государство, на чьей территории иностранный инвестор осуществляет инвестиции. См. § 1.6.

## И

IWA = International Bar Association – Международная ассоциация адвокатов, общественная организация, чьими органами подготовлены широко используемые в международных арбитражах документы: IWA Rules of Evidence (Правила сбора доказательств), IWA Ethics for International Arbitrators (Свод этических правил для арбитров, рассматривающих международные споры), IWA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (Руководство по конфликту интересов в международном арбитраже). См. § 3.6.

ICAC = International Commercial Arbitration Court – Международный коммерческий арбитражный суд, совпадающее наименование институциональных арбитражных органов, функционирующих при торгово-промышленных палатах различных стран, ранее входивших в состав СССР.

ICAC at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation – Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации.

Федерации, старейший и наиболее авторитетный российский международный институциональный арбитражный орган, действующий на основании Приложения 1 к Закону о МКА ([www.tpprf-mkas.ru](http://www.tpprf-mkas.ru)).

ICC = International Chamber of Commerce – Международная торговая палата, международная организация, при которой, в частности, функционирует один из наиболее авторитетных институциональных арбитражных органов, см. ICC Court of International Arbitration, ICC Rules, также ведет огромную работу по обобщению международных обычаев в сфере международной торговли и внешнеэкономической деятельности (см. lex mercatoria) ([www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)).

ICC Court of International Arbitration – Международный арбитражный суд Международной торговой палаты, институциональный арбитражный орган, руководящий рассмотрением споров по Арбитражному регламенту МТП (ICC Rules). Состоит приблизительно из 100 членов, имеет Президента и других руководителей, а также Секретариат. См. comité restraint.

ICC Rules = Rules of Arbitration of International Chamber of Commerce – Арбитражный регламент Международной торговой палаты, вступил в силу с 1 января 1998 г., с 1 января 2012 г. вступила в силу новая редакция этого Регламента.

ICCA = International Council for Commercial Arbitration – Международный совет по коммерческому арбитражу (ИККА), общественная организация, ставящая своей целью развитие международного арбитража. Ежегодно публикует ICCA Yearbook и каждые два года проводит конференции и конгрессы.

ICSID Convention = the Washington Convention on the settlement of investment disputes – Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, подписана в г. Вашингтоне 18 марта 1965 г., Российская Федерация эту Конвенцию подписала, но не ратифицировала. Арбитражные решения, выносимые против государств в рамках этой Конвенции, подлежат немедленному и безусловному исполнению. В отношении РФ возможно арбитражное разбирательство на основании Дополнительных правил Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (см. Additional Facility) на основании заключенных Россией ВИТ, предусматривающих возможность проведения такого арбитража. См. § 1.6.

i.e. = *id est* – например, то есть.

ИHK (нем.) – 1. Internationale Handelskammer = ICC; 2. Industrie- und Handelskammer – торгово-промышленные палаты в различных городах Германии.

immunity of arbitrators – иммунитет арбитров от преследования в уголовно-правовом или гражданском порядке.

impartiality of arbitrators = impartialité (франц.) = Unparteilichkeit (нем.) – беспристрастность арбитров, отсутствие предвзятости в субъективном смысле (см. bias, а также independence). См. § 3.6.

*impasse strategies* – в ADR методы, используемые нейтральным посредником или медиатором для вывода переговорного процесса из тупика.

*implied terms* – подразумеваемые условия договора. В странах общего права нормы, которые регулируют те или иные аспекты отношений сторон по договору, если стороны не договорились об ином.

*in camera* – закрытый режим заседания, без участия публики. Является обычным в международных арбитражах. См. confidentiality of arbitration.

*in-house counsel* – юрист, работающий в компании на основании трудового договора. Обычно сопоставляется с outside counsel.

*in limine litis* – непосредственно перед началом разбирательства.

*independence* = *independence* (*франц.*) = *Unabhängigkeit* (*нем.*) – независимость, объективное отсутствие финансовой и/или политической зависимости арбитра от одной из сторон, прежде всего той, которая его назначила. После вынесения арбитражного решения отсутствие независимости арбитров доказывается только стороной, проигравшей арбитраж, так как в соответствии с п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции и подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1. ст. 36 Закона о МКА этот аргумент не может применяться по инициативе суда. Зависимость арбитров может послужить основанием для отмены арбитражного решения государственным судом (см. action to set aside) по месту его вынесения или для отказа в его признании и приведении в исполнение (см. подп. d) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции), а также для заявления отвода арбитру (см. challenge). См. § 5.4.

*infra petita* – решение, которое рассматривает не все испрошенные в ходе процесса средства правовой защиты (prayers for relief).

*injunction* – судебный запрет на совершение определенных действий, не являющийся обеспечительной мерой, ограничивающей оборот какого-либо имущества. Российской правовой системе такой вид судебных актов неизвестен. См. § 1.11.

*inquisitorial system* – так называемая «инквизиционная» система ведения арбитражного процесса, при которой состав арбитража по собственной инициативе устанавливает имеющие значение для дела факты, антитеза состязательной системы (adversarial system). Для международного арбитража не типична.

*inspection* = *on site inspection* = *local inspection* = *Augenschein* (*нем.*) – способ установления фактов, при котором состав арбитража посещает места, связанные с предметом спора, обычно с участием обеих сторон.

*institutional arbitration* – институциональный (или институционный) арбитраж, арбитражное разбирательство с участием институционального арбитражного органа (arbitral institution), содействующим его проведению. Обычно сопоставляется с арбитражем *ad hoc* (см. ad hoc arbitration). См. § 2.11.

*instructing solicitors* – в Англии солиситоры, которые привлекли барристера (barrister) к ведению дела их клиента в качестве advocate или counsel.

interest – проценты, различаются простые проценты и сложные проценты (см. compound interest).

interest-based – медиация, направленная на поиск взаимовыгодного коммерческого решения (см. win-win solution), антитеза rights-based.

interim adjudication – в Англии предварительное рассмотрение спора, в результате которого выносится решение, которое может быть пересмотрено в рамках судебного или арбитражного разбирательства.

interim award = interlocutory award = sentence interimaire (*франц.*) = Zwischenschiedsspruch (*нем.*) – любое арбитражное решение (award), которое выносится до завершения разбирательства и является не последним в этом деле. Тем не менее и такие решения являются окончательными в части решенных в них вопросов, поэтому перевод этого термина как «промежуточное» или «предварительное» арбитражное решение является неточным. См. § 3.10.

interim measures of protection = provisional and conservatory measures – предварительные и обеспечительные меры, меры, направленные на сохранение существующей ситуации, которая позволит исполнить арбитражное решение после того, как оно будет вынесено. До недавних пор постановления о принятии обеспечительных мер редко выносились составами международных арбитражей, так как не считается нарушением арбитражного соглашения обращение в государственный суд за принятием таких мер до вынесения арбитражного решения и даже до обращения с иском в международный арбитраж, см. ст. 9 Закона о МКА. В 2006 г. ЮНСИТРАЛ рекомендовала более широкое применение обеспечительных мер в ходе арбитражного разбирательства и с этой целью внесла изменения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. См. § 1.8.

international arbitration – международный арбитраж, антитеза внутреннему третейскому суду, т.е. арбитраж, в ходе которого рассматривается спор между лицами, домицилированными в различных государствах, или спор, между лицами, домицилированными в одном государстве, но касающийся исполнения договора за его пределами, а также (в России) спор, хотя бы одним из участников которого является предприятие с иностранными инвестициями. По этим признакам международный арбитраж отличается от внутреннего (см. domestic arbitration). См. также transnational arbitration.

International Arbitration Court of the Austrian Federal Economic Chamber – Международный Арбитражный Суд при Палате экономики Австрии, расположен в Вене. Ведущий институциональный арбитражный орган Австрии (о его деятельности и Регламенте (который также именуется «Венские правила») см. [www.wk.or.at](http://www.wk.or.at).

international award – международное арбитражное решение. Термин, который в зависимости от ситуации может обозначать либо арбитражное решение, вынесенное международным арбитражем (по контрасту с внутренним третейским судом, см. domestic arbitration), либо иностранное арбитражное решение, относящееся к сфере применения Нью-Йоркской конвенции. См. § 3.10.

international public policy = ordre public international (*франц.*) – международный публичный порядок, см. public policy, transnational public policy. Противопоставляется понятию domestic public policy. См. § 5.8.

interpretation – 1. понимание, толкование текста; 2. перевод устного выступления, синхронный или асинхронный. Не может относиться к переводу письменных текстов.

interpretation of award – толкование арбитражного решения, разъяснение его смысла без внесения изменений в его текст. См., напр., ст. 35 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL Arbitration Rules).

interrogatory – вопросник, список вопросов, на которые свидетель должен ответить до проведения заседания. Термин редко применяется в международном арбитраже.

investment dispute – инвестиционный спор между иностранным инвестором и государством, принимающим инвестиции (host country). См. bilateral investment treaty, ICSID Convention. См. § 1.6.

*ipso facto* – в силу фактических обстоятельств, само по себе.

issue by issue voting – последовательное голосование по поставленным вопросам, метод принятия составом арбитража арбитражного решения. Так как ответ на вопрос может в значительной степени зависеть от того, как он сформулирован, формулировка вопросов, подлежащих рассмотрению, может сама по себе представлять вопрос, выносимый на голосование.

issues for arbitration – вопросы, подлежащие разрешению в ходе арбитража. В основном перечисляются в акте о полномочиях арбитров (terms of reference). Обычно до того, как перейти к рассмотрению испрошенных средств правовой защиты (prayers for relief), состав арбитража формулирует основополагающие вопросы, от ответа на которые зависит исход спора (см. an debeatur). В больших разбирательствах такие ответы могут быть изложены в отдельном арбитражном решении (preliminary award).

*iura novit curia* – принцип, в соответствии с которым состав арбитража должен применять основополагающие нормы права по собственной инициативе, даже если стороны недостаточно обосновали их в своих выступлениях и письменных заявлениях. См. также sua sponte.

*iure gestionis* – действие государства, предпринятое в порядке осуществления хозяйственной или коммерческой деятельности, не связанной с исполнением публичных функций государства. Обычно сопоставляется с *iure imperii*. (См. Хлестова И.О. Иммуниет иностранного государства и международный коммерческий арбитраж//МКА. 2004. № 3. С. 5.)

*iure imperii* – действие государства, осуществленное в рамках исполнения его публичных функций. Имущество, необходимое для осуществления такой деятельности, обычно пользуется режимом суверенного иммунитета (см. sovereign immunity).

*ius dispositivum* – диспозитивные нормы права. См. gap-filling law. Являются антитезой императивным нормам права (mandatory law).

## Ж

joinder – 1. документ, соединяющий воедино два и более вопроса, которые ранее ставились по отдельности; 2. присоединение к процессу лица, ранее не участвовавшего в разбирательстве. Такое присоединение предполагает, что присоединившееся лицо займет позицию, идентичную той, которая уже была сформулирована ранее участвовавшим в деле лицом, к которому присоединяется новый участник процесса.

joint and several liability – солидарная ответственность.

judicial assistance – действия государственного суда (см. juge d'appui), направленные на оказание содействия проведению арбитражного разбирательства, возможно, путем обращения за оказанием правовой помощи к иностранному суду (см. letters of request).

juge d'appui (*франц.*) – государственный суд по месту проведения арбитражного разбирательства (см. seat of the arbitration), который оказывает поддержку его проведению, обычно путем принятия предварительных и обеспечительных мер (см. interim measures of protection), а также путем заслушивания под присягой свидетельских показаний или путем обращения за оказанием правовой помощи к зарубежным судам (см. letters of request). См. §§ 1.8 и 1.11.

judgment – решение государственного суда по существу спора, обычно сопоставляется с решением арбитражного суда (award) с точки зрения окончательности, возможности принудительного исполнения за рубежом и т.п.

jurisdiction of arbitral tribunal = competence (*франц.*) = *Zustandigkeit* (*нем.*) – право состава арбитража на разрешение вынесенного на его рассмотрение спора. Обычно возражения юрисдикционного характера отделяются от аргументов ответчика по существу спорного правоотношения (merits), иногда такие возражения представляют собой основную защиту, к которой прибегает ответчик, видя слабость своей позиции с точки зрения материального права. Вывод состава арбитража о том, что у него отсутствует право на рассмотрение спора, означает отказ в удовлетворении исковых требований. В случае, если состав арбитража ошибочно считает себя обладающим соответствующей компетенцией и выносит решение в отсутствие у него соответствующих полномочий, ответчик может возражать против его признания и приведения в исполнение на основании подп. с) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции. См. также принцип автономности арбитражного соглашения (separability) и принцип компетенции компетенции (Kompetenz-Kompetenz). См. § 2.3.

## К

Kbis – во Франции выписка из торгового реестра.

Klage (*нем.*) = complaint.

Klageantwort (*нем.*) = Klageerwiderung (*нем.*) = answer.

Kompetenz-Kompetenz (*нем.*) – принцип компетенции компетенции, согласно которому состав арбитража может самостоятельно принять решение по вопросу о наличии у него права на разрешение вынесенного на его рассмотрение спора, даже если ответчик против наличия такого права у состава арбитража возражает (см. jurisdiction of arbitral tribunal). В российском законодательстве этот принцип сформулирован в ст.16 Закона о МКА. См. также принцип автономности арбитражного соглашения (separability). См. § 2.3.

Kostenvorschuss (*нем.*) = advance on costs.

Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration – Региональный центр арбитража в Куала-Лумпуре ([www.klrca.org](http://www.klrca.org)).

## L

lack of independence = partiality. См. § 3.6.

language of arbitration – язык арбитражного разбирательства, обычно на этом языке подаются все письменные заявления сторон, на него переводятся все документы и свидетельские показания. Иногда арбитражное соглашение предусматривает ведение арбитражного разбирательства параллельно на нескольких языках или с осуществлением синхронного перевода, но такие требования к языку разбирательства существенно удорожают процесс. Обычно состав арбитража не возражает против присутствия в зале заседания переводчика, который переводит выступления участников процесса для лиц, которые языком арбитражного разбирательства не владеют. По соглашению сторон или с согласия состава арбитража разрешается представление документов без перевода на языке, отличном от языка арбитражного разбирательства, если все участники процесса владеют языком, на котором такие документы составлены.

laudo (*исп.*) = award. См. § 3.10.

LCIA = London Court of International Arbitration – Лондонский международный третейский суд, ведущий институциональный арбитражный орган Англии ([www.lcia-arbitration.com](http://www.lcia-arbitration.com)).

leading question – наводящий вопрос, вопрос, содержание которого предполагает определенный ответ, см. cross-examination. См. § 3.8.

letter of intent – письмо о намерениях, документ (иногда в форме меморандума или протокола), в котором стороны фиксирует наличие у них намерения заключить определенный договор и намечают его основные моменты, обычно не приводит к возникновению прав, которые могут быть защищены в суде или арбитраже. См. memorandum of understanding.

*lex anterior* – ранее принятый закон. Обычно сопоставляется с *lex posterior*.

*lex arbitri* – право, регулирующее осуществление арбитражного разбирательства в месте проведения арбитража (см. seat of the arbitration). Регламентирует вопросы формирования состава арбитража и отвода его членов, принципы его функционирования, оказания содействия арбитражному разбирательству со стороны государственного суда и основания для оспаривания арбитражного решения (см. action to set aside). Проводимые на территории Российской Федерации международные арбитражные разбирательства подчинены Закону о МКА. См. § 2.7.

*lex contractus* – материальное право, применимое к договору.

*lex fori* – право, действующее в месте проведения арбитража (см. seat of arbitration). Иногда этот же термин используется для обозначения права, которым руководствуется государственный суд при решении вопросов о признании и приведении в исполнение арбитражного решения (см. recognition and enforcement) или отмены арбитражного решения (см. action to set aside). Реже этим же термином обозначается материальное право страны, на чьей территории осуществляется арбитражное разбирательство.

*lex loci actus* – материальное право, действующее в месте совершения обязательства по договору.

*lex loci contractus* – материальное право, действующее в месте подписания договора, не обязательно является правом, которому договор будет подчинен (см. applicable law).

*lex loci domicilii* = lex societatis.

*lex mercatoria* – право, основанное не на изданных государствами законодательных актах, а на торговых обычаях. (См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2006.)

*lex posterior* – позднее принятый закон, обычно сопоставляется с lex anterior.

*lex societatis* – личный закон юридического лица, право, регулирующее его правоспособность, всегда является правом страны, по законодательству которой инкорпорировано это юридическое лицо. Независимо от lex contractus, нормы *lex societatis* могут оказывать влияние на оценку полномочий стороны по заключению внешнеэкономической сделки. См. ст. 1202 ГК.

*lex specialis* – специальная норма права, имеющая большую юридическую силу по сравнению с общей нормой (*lex generalis*).

lieu de l'arbitrage (*франц.*) = seat of arbitration.

liquidated damages – сумма, заранее согласованная в договоре как подлежащая возмещению в случае нарушения обязательства для покрытия предвидимых убытков, обычно сопоставляется со штрафными санкциями (penalty).

*lis pendens* – 1. спор, ожидающий своего разрешения в другом юрисдикционном органе, суде или арбитраже, чье решение, возможно, будет иметь преюдициальное значение; 2. = *lis alibi pendens* – рассмотрение аналогичного спора в другом юрисдикционном органе, суде или арбитраже, чье решение будет являться препятствием для рассмотрения поданного искового заявления. См. п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции.

list system – процедура, в соответствии с которой арбитр выбирается из определенного списка кандидатов, составленного независимо от данного спора или специально в связи с ним.

litigation – разрешение спора государственным судом, обычно сопоставляется с арбитражем (arbitration) и ADR.

litigator – специалист по процессуальному праву. Чаще всего такие специалисты могут вести дела как в государственных судах, так и в арбитраже, и работают в специализированных юридических фирмах.

LME = London Metal Exchange – Лондонская биржа металлов.

lodo (*умал.*) = award.

lost profits = *lucrum cessans* – упущенная выгода. Сопоставляется с *damnum emergens*.

*lucrum cessans* = lost profit.

Lugano Convention = Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, 1988 – Луганская конвенция по вопросам подсудности и принудительного исполнения судебных решений по гражданским и торговым спорам, 1988.

## М

main hearing – обычно устное слушание, включающее в себя evidentiary hearing. См. § 3.9.

*mala fide* – недобросовестный.

managing director – высшее должностное лицо компании, термин, близкий к российскому термину «единоличный исполнительный орган».

mandatory law = *zwingendes Recht* (*нем.*) = *droit impératif* (*франц.*) – 1. норма права, зафиксированная в законе или судебном прецеденте (в системе обычного права), которая не может быть исключена соглашением сторон и в любом случае подлежит применению к правоотношению, если оно подчинено той системе права (applicable law), в которую такая норма входит; 2. = mandatory rule of law – свехимперативная норма права, международный правовой принцип особой важности = *jus cogens*, императивная норма общего международного публичного права, которая принимается и признается международным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только

последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер (см. ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.).

maritime arbitration – арбитражное рассмотрение морских споров, см., напр., Регламент Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, действующий с 1 января 2007 г.

med-arb – процедура, которая представляет собой гибрид медиации (mediation) и арбитража (arbitration). Состоит в том, что нейтральный посредник сперва пытается урегулировать спор посредством медиации, а если это не приносит результата, то с согласия сторон осуществляет арбитражное разбирательство.

mediation – посредничество, рассмотрение спора в ходе переговоров без вынесения обязательного для исполнения решения. Обычно осуществляется, исходя из коммерческих интересов сторон (interest-based), а не анализа требований правового характера (rights-based). Как правило, происходит путем «челночной дипломатии», иногда близка к понятию примирения (conciliation).

meeting – встреча состава арбитража, обычно без участия сторон (hearing).

memorandum of understanding – меморандум о взаимопонимании, предварительный письменный договор, отражающий позиции сторон по определенным вопросам. Как правило, не может быть обращен к принудительному исполнению. Термин близок к понятию letter of intent.

memorial = *mémoire* (*франц.*) = written submission. См. § 3.8.

merits – существо спора. Термин, содержание которого обычно противопоставляется спорам, вводимым вокруг вопроса о наличии у состава арбитража права на разрешение вынесенного на его рассмотрение спора (jurisdiction of arbitral tribunal). Данный термин обычно используется для того, чтобы подчеркнуть невозможность пересмотра существа арбитражного решения в процессе его оспаривания и/или приведения в исполнение.

mock arbitration – 1. = mock case – ролевая игра, представляющая собой имитацию арбитражного разбирательства вымышленного спора, осуществляется с целью повышения профессиональной подготовки участников; 2. в очень больших арбитражных разбирательствах, сторона может организовать закрытый «имитационный» процесс с целью анализа возможного развития хода событий в реально вводимом споре.

model clause – типовая арбитражная оговорка (arbitration clause), рекомендуется к включению в договоры для того, чтобы возможные споры, связанные с ними, передавались бы для арбитражного урегулирования в соответствии с определенным арбитражным регламентом (arbitration rules). Отступление от рекомендованных формулировок в отдельных случаях может приводить к возникновению «патологических» арбитражных оговорок (pathological arbitration clause). См. § 2.11.

Model Law – разработанные ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL) 1. Типовой закон о международном торговом арбитраже, на основании которого принят действующий в России Закон о МКА. 2. Типовой закон об электронной торговле.

money award = monetary award – арбитражное решение, предписывающее одной стороне разбирательства уплатить в пользу другой определенную сумму денег. Обычно сопоставляется с declaratory award. См. § 3.10.

moot = arbitration moot – учебный арбитражный процесс с участием студентов, см. mock arbitration.

motion – ходатайство участвующей в арбитражном разбирательстве стороны, обычно процессуального характера. Противопоставляется испрашиваемым средствам правовой защиты (prayers for relief). См. § 3.7.

MOU = memorandum of understanding.

multi-modal arbitration clauses – арбитражные оговорки, содержащие предварительные условия об использовании доарбитражных методов урегулирования споров, неисполнение которых может повлечь за собой проблемы, связанные с правом состава арбитража на разрешение вынесенного на его рассмотрение спора (см. jurisdiction of arbitral tribunal). См. § 2.11.

multi-party arbitration – арбитражное разбирательство, в котором участвуют более двух лиц. Может сопровождаться многочисленными проблемами процессуального характера. См. § 3.6.

## N

NAFTA = North American Free Trade Agreement – Северо-Американский договор о свободной торговле, предусматривает арбитражный метод разрешения торговых споров.

National Committee – национальный комитет в системе Международной торговой палаты (ICC), орган, который предлагает арбитров (см. nomination of an arbitrator) и осуществляет другие функции.

nationality – термин, обозначающий гражданство или подданство (но не этническую принадлежность) физического лица.

natural justice – английская правовая доктрина естественной справедливости, близкая по своему содержанию к понятиям due process и international public policy.

negative public policy – негативный публичный порядок, концепция, исключающая применение несовместимых с основами национального правопорядка норм иностранного права и исполнение основанных на действии таких норм арбитражных решений, и при этом воздерживающаяся от четкого дефиницирования того, что именно должно считаться нарушением публичного порядка данного государства. Обычно противопоставляется позитивному публичному порядку (positive public policy). См. § 5.8.

negotiation – переговоры, добровольная процедура, в ходе которой стороны пытаются разрешить возникший между ними спор самостоятельно, без привлечения третьих лиц. Иногда играет роль в качестве исполнения предварительного условия обращения в арбитраж, см. § 2.11.

Netherlands Arbitration Institute – Голландский арбитражный институт, институциональный арбитражный орган (см. [www.asser.nl/nai-rules](http://www.asser.nl/nai-rules)).

neutral – нейтральное лицо 1. не назначенное сторонами; или 2. медиатор или специалист по примирению, не зависящий от сторон и помогающий им в разрешении их спора в порядке ADR (в том смысле, который придается этому термину в Европе).

New York Convention = the United Nations Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards = Übereinkunft (нем.) – Конвенция ООН 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Содержит исчерпывающие перечни требований, предъявляемых к документам, необходимым для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения (см. recognition and enforcement), и оснований, по которым допускается отказ в признании и приведении в исполнение таких решений, ограничивает право суда выдвигать возражения против исполнения арбитражного решения *ex officio*. Эти нормы Конвенции практически без изменений вошли в Типовой закон о международном торговом арбитраже (Model Law), на базе которого был принят действующий в России Закон о МКА. Успех Конвенции, в настоящее время ратифицированной более чем 140 странами, является одной из причин широкого распространения международного арбитража как способа разрешения внешнеэкономических споров. (О статусе Конвенции см. [www.uncitral.org/English/texts/arbitration/NY-conv.html](http://www.uncitral.org/English/texts/arbitration/NY-conv.html). См. также: 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.: Статут, 2008.)

nomination of an arbitrator – номинирование арбитра, процедура, когда сторона предлагает кандидатуру арбитра, которая подлежит утверждению институциональным арбитражным органом. См. ст. 12 и 13 Арбитражного регламента МТП 2012 г. (ICC Rules). Следует отличать от осуществляемого в соответствии с большинством арбитражных регламентов назначением арбитров (appointment of an arbitrator). См. § 3.6.

notes de plaidoiries (*франц.*) = pleading notes.

notice of arbitration – уведомление о проведении арбитража. В зависимости от регламента, в соответствии с которым осуществляется разбирательство, направляется ответчику (ответчикам) непосредственно истцом (см., напр., ст. 3 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, UNCITRAL Arbitration Rules) или институциональным арбитражным органом (arbitral institution) (см., напр., § 15 и 16 Регламента МКАС 2006 г.). Отказавшаяся от участия в арбитраже получившая уведомление сторона рискует тем, что против нее будет вынесено default award. Изменяя свой адрес, стороны обязаны извещать об этом своих контрагентов, с которыми они заключили арбитражные соглашения (arbitration agreement), иначе сообщения, посланные по

последнему известному контрагенту адресу, будут считаться доставленными надлежащим образом, см. ст. 3 Закона о МКА. См. § 3.1, 3.5.

## О

Obfrau, Obmann (*нем.*) = presiding arbitrator – председатель состава арбитража.

*obiter dictum* – в мотивировочной части решения соображения, которые не относятся непосредственно к числу выводов, на которых основана резолютивная часть решения (operative part), сопоставляются с аргументами *stare decisis*.

opening statement – в ходе устного слушания первоначальная часть выступления представителя, в которой излагаются основные аргументы позиции стороны, которую он представляет. Иногда заменяется skeleton argument или опускается для того, чтобы в рамках отводимого для выступления времени сосредоточиться на наиболее спорных и сложных аспектах дела. См. § 3.9.

operative part of an award or procedural order = dispositif (*франц.*) = Tenor (*нем.*) – резолютивная часть арбитражного решения или процессуального приказа, та его часть, которая подлежит непосредственному исполнению. В арбитражном решении обычно следует после мотивировочной части, в которой обосновывается, почему те или иные испрошенные средства правовой защиты (prayers for relief) или процессуальные ходатайства (motion) удовлетворяются или отклоняются.

oral argument – устное представление фактов, их оценки и/или оценки правовых аргументов.

order – 1. процессуальное решение, выносимое составом арбитража в ходе разбирательства *pendente lite*. Примеры: constitution order, order for directions; 2. редко – арбитражное решение (award), обязывающее сторону воздержаться от совершения определенных действий, в этом контексте этот термин близок понятию declaratory award, противопоставляемому понятию money award.

order for directions – в Англии термин, обозначающий процессуальный приказ, в котором состав арбитража сообщает сторонам о том, в какие сроки и в каком порядке будет проводиться арбитражное разбирательство.

ordinary court = state court = tribunal étatique (*франц.*) = staatliches Gericht (*нем.*) – государственный суд. Неточный термин, который обычно используется в традиционных арбитражных оговорках (arbitration clause) с целью закрепления отказа сторон от обращения в любые государственные суды в связи с возможным спором, который подлежит рассмотрению в ходе арбитража (arbitration).

ordre public (*франц.*) = public policy. См. § 5.8.

outside counsel – частнопрактикующий юрист, не состоящий в трудовых отношениях с клиентом, которому он оказывает услуги. Термин может применяться для обозначения юридической фирмы. Используется как антитеза понятию in-house counsel.

## Р

panel – группа лиц, которая должна действовать коллегиально. Иногда этот термин используется для обозначения состава арбитража (arbitral tribunal).

*par in parem non habet imperium* – дословно «равный над равным власти не имеет», принцип международного публичного права, согласно которому носитель суверенных прав не подлежит суду другого государства и не обязан исполнять волю органов другого государства. В частно-правовых отношениях, в которых государства выступают в порядке *iure gestionis*, обычно используется по недоразумению, чтобы обосновать ссылку на суверенный иммунитет (см. sovereign immunity).

*pari passu* – на равных; при прочих аналогичных условиях.

partial award – арбитражное решение (award), которым рассматриваются некоторые, но не все фигурирующие в деле испрошенные средства правовой защиты (prayers for relief). Встречающийся иногда в российской литературе перевод этого термина как «частичное решение» неточен, так как к вопросам, разрешенным в partial award, состав арбитража обычно уже не возвращается, за исключением необходимости внесения в него технических исправлений (см. correction of an award) или осуществления его толкования (см. additional award). Partial award, содержащее требование к проигравшей арбитраж стороне о совершении определенных действий или воздержанию от них, подлежит признанию и принудительному исполнению в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. Иногда в целях ускорения разрешения спора по его существу арбитры выносят partial award (или несколько таких решений) в отношении всех заявленных в деле материально-правовых требований, оставляя для final award рассмотрение не имеющих принципиального значения вопросов распределения между сторонами расходов, связанных с проведением арбитражного разбирательства (costs). См. § 3.10.

partiality = lack of independence – отсутствие независимости и/или беспристрастности арбитра. Доказывается только стороной, проигравшей арбитраж, так как в соответствии с п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции и подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1. ст. 36 Закона о МКА этот аргумент не может применяться по инициативе суда. Зависимость арбитров может послужить основанием для отмены арбитражного решения государственным судом по месту его вынесения (см. action to set aside) или для отказа в его признании и приведении в исполнение (см. подп. d) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции), а также для заявления отвода арбитру (см. challenge). См. также bias, impartiality of arbitrators, independence. См. § 3.6.

partisan – сленговое выражение, обозначающее лицо (иногда арбитра), который скрытно поддерживает одну из сторон спора и поэтому не может считаться независимым и беспристрастным, но при этом не подает формальных причин для заявления себе отвода. См. также removal of arbitrator, bias, impartiality of arbitrators, independence. См. § 3.6.

party autonomy – 1. в международном частном праве принцип автономии воли сторон, в соответствии с которым они могут самостоятельно избирать право, применимое для регулирования различных частно-правовых аспектов их деятельности; 2. в

арбитраже принцип, в соответствии с которым проведение арбитража как метода разрешения споров и порядок ведения арбитражного разбирательства зависит от воли сторон. См. arbitration agreement. См. § 2.1.

party representation costs = frais de representation (*франц.*) = Parteivertretungskosten (*нем.*) – расходы стороны арбитражного разбирательства, связанные с представлением ее интересов в процессе. Включают в себя расходы на оплату услуг привлеченных стороной юристов и экспертов (см. fee), возмещение понесенных ими и привлеченными стороной свидетелями и переводчиками расходов. Как правило, не включают в себя расходы по оплате труда работников компании, участвующих в процессе. Обычно сопоставляются с arbitration costs. См. § 3.3.

party-appointed expert = expert witness – эксперт, привлеченный к участию в арбитражном разбирательстве одной из сторон. См. § 3.8.

party representative – 1. = counsel – лицо, представляющее интересы стороны в арбитражном процессе, обычно юрист; 2. представитель компании, обычно ее должностное лицо. См. § 3.4.

pathological arbitration clause – включенное в договор положение, которое нуждается в толковании с целью определения его содержания касательно того 1. согласовали ли стороны разрешение споров в порядке арбитража (arbitration) или каким-либо иным способом; 2. в каком месте должно быть осуществлено арбитражное разбирательство (seat of arbitration); 3. согласовано ли проведение арбитража *ad hoc* (ad hoc arbitration), и если согласовано, то с участием какого компетентного органа (appointing authority), или согласовано проведение институционального арбитражного разбирательства (institutional arbitration); 4. какой именно институциональный арбитраж согласован. Чтобы не допустить возникновения таких споров рекомендуется при заключении арбитражных соглашений не отклоняться от рекомендованных в арбитражных регламентах типовых арбитражных оговорок (model clause). Недостаточно четкая арбитражная оговорка может послужить для государственного суда поводом для отказа в направлении сторон в арбитраж на основании нормы п. 3 ст. II Нью-Йоркской конвенции, а также создать сложности в ходе признания и приведения в исполнение арбитражного решения на основании ссылки проигравшей арбитраж стороны на нормы подп. d) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции. Возможно также оспаривание вынесенного на территории РФ международного арбитражного решения в связи с неясностью арбитражного соглашения на основании подп. 1) п. 2 ст. 34 и подп. 1) п. 1 ст. 36 Закона о МКА. Нормы п. 3–6 ст. IV Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (European Convention on international commercial arbitration) позволяют уточнить содержание недостаточно четко сформулированного арбитражного соглашения, если заключившие его стороны имеют местонахождение на территории государств, участвующих в этой Конвенции. См. § 2.8.

PDG = Président Directeur Général (*франц.*) = CEO.

penalty – 1. = peine contractuelle (*франц.*) = Vertragsstrafe (*нем.*) – в системах континентального права предусмотренная договором санкция за нарушение его условий, иногда ее размер согласован за каждые сутки длящегося правонарушения;

2. санкция, применяемая за неисполнение стороной возложенных на нее обязательств, например, за отказ от добровольного исполнения арбитражного решения.

*pendente lite* – в ходе арбитража, до завершения арбитражного разбирательства.

*per diem* – дословно «на каждый день»: 1. твердая денежная сумма, выплачиваемая арбитрам во время его участия в арбитражном разбирательстве за каждый день процесса для покрытия расходов, которые он несет. Обычно не включает в себя расходы на международные авиа- или железнодорожные билеты и на проживание в гостинице; 2. = *per diem fine* – ежедневная санкция, применяемая за неисполнение стороной возложенных на нее обязательств, например, за отказ от добровольного исполнения арбитражного решения. См. penalty.

Permanent Court of Arbitration – Постоянный третейский суд, орган ООН, имеет местонахождение в Гааге. Существует для рассмотрения споров между суверенными государствами по вопросам международного публичного права, международным коммерческим арбитражем как таковым не занимается. В соответствии со ст. 6 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL Arbitration Rules) на Генерального секретаря Постоянного третейского суда возложена функция назначения компетентного органа (appointing authority) в случае, если стороны, договорившиеся о применении этого регламента к своему спору, сами не согласовали такой орган ([www.pca-cpa.org](http://www.pca-cpa.org)).

*petita* = prayers for relief.

*piercing of the corporate veil* – дословно «протыкание корпоративной вуали», принцип, при котором суд или арбитраж может возложить ответственность не только на лицо, непосредственно причинившее вред, но и на его аффилированное лицо или руководителя, не считаясь с принятыми в корпоративном праве правилами ограниченной ответственности при создании хозяйствующего субъекта. Применяется только для наказания лиц, чья деятельность носит очевидно противозаконный и/или недобросовестный характер, когда во исполнение указаний, данных таким лицом, контролируемый им хозяйствующий субъект причиняет ущерб своему контрагенту по сделке, содержащей арбитражное соглашение.

PIL Statute = Swiss Federal Statute on Private International Law – федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве», содержит главу о международном арбитраже. (Перевод на русский язык см. в сборнике «Международное частное право: иностранное законодательство» М.: Статут, 2000. С. 628.)

*place of arbitration* – место проведения арбитража. Вместо этого термина рекомендуется употреблять термин seat of arbitration. Следует отличать такое место от места, где состав арбитража может проводить свои заседания, как правило, закрытые (см. venue). См. § 2.7.

*plaintiff* – истец, в международном арбитраже принято употребление термина claimant.

*plea in nullity* = action to set aside. См. § 4.2.

plea of lack of jurisdiction – заявление об отсутствии у состава арбитража права на рассмотрение спора, обычно основывается на аргументах о недействительности арбитражного соглашения, о том, что оно не распространяется на отношения между истцом и ответчиком (см., в частности, assignment), не охватывает вынесенный на рассмотрение арбитража спор или о том, что право на обращение в арбитраж не возникло в связи с тем, что не исчерпаны доарбитражные методы урегулирования спора (см. multi-modal arbitration clauses). Такое заявление также может быть обосновано аргументами о том, что состав арбитража сформирован ненадлежащим образом или предмет спора сам по себе не может быть объектом арбитражного разбирательства (см. arbitrable). В соответствии с нормой п. 2 ст. 16 Закона о МКА заявление об отсутствии у состава арбитража компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по существу иска, сторона, не заявившая этого возражения своевременно, утрачивает право на осуществление такого заявления впоследствии, в том числе в ходе оспаривания или признания и приведения в исполнение арбитражного решения (см. ст. 4 Закона о МКА, estoppel). Назначение арбитра стороной, считающей арбитраж не уполномоченным на рассмотрение данного спора, и участие ее представителей в ходе арбитражного разбирательства не приводят к утрате такой стороной права на заявление возражений против компетенции состава арбитража. См. § 3.7, 5.3.

pleading notes – в Англии письменный документ, содержащий все цитаты из источников, упоминаемых в ходе устного выступления стороны по делу, обычно вручается арбитрам и представителям другой стороны перед таким выступлением.

plural claimants, respondents – множественность истцов, ответчиков, возможна в споре, в котором участвует более одного истца и/или ответчика, см. multi-party arbitration.

positive public policy – позитивный публичный порядок, доктринальный аргумент, в соответствии с которым существует и обязательно должна быть применена составом арбитража определенная сверхимперативная норма права (не обязательно входящая в состав норм материального права, которому подчинено спорное правоотношение) (см. mandatory rule of law), неприменение или неправильное применение которой может привести к отмене арбитражного решения или отказе в его признании и приведении в исполнение по причине нарушения публичного порядка. Один из компонентов доктрины публичного порядка (см. public policy). См. § 5.8.

post-hearing brief = closing written submission = closing memorial – письменное заявление сторон, подаваемое после проведения устного слушания (см. evidentiary hearing). Часто состав арбитража предлагает сторонам подавать такие заявления вместо заключительных устных выступлений (summation) уже после того, как будет готова и предоставлена в их распоряжение полная стенограмма устных слушаний (см. transcript). Обмен такими заявлениями осуществляется сторонами одновременно в указываемую составом арбитража дату и не предполагает ни выдвижения каких-либо новых аргументов, не прозвучавших в ходе устного слушания, ни возможности представления новых письменных заявлений или доказательств. См. § 3.9.

power of attorney = procuration (*франц.*) = Vollmacht (*нем.*) – доверенность, обращенный к третьим лицам документ, согласно которому принципал предоставляет поверенному право действовать от его имени.

prayers for relief = relief requested = conclusions (*франц.*) = Klagebegehren (*нем.*) = Rechtsbegehren (*нем.*) = *petita* – испрашиваемые истцом в ходе разбирательства средства правовой защиты, в основном материально-правовые, целью которых служит включение составом арбитража в резолютивную часть решения (operative part of the award) соответствующих требований к ответчику. Процессуальные требования обычно обозначаются термином motion. См. также ultra petita, infra petita. См. § 3.8.

precedent – прецедент, в странах системы общего права ранее вынесенное решение суда, выводы которого обязательны для использования в данном деле на основании принципа stare decisis.

pre-hearing conference – предварительное слушание с участием сторон или телефонная или видеоконференция, в ходе которой решаются технические и процессуальные вопросы, связанные с проведением устного слушания (evidentiary hearing). Вопросы сути спора в ходе такого слушания не решаются. Проведение таких слушаний предусмотрено IBA Rules of Evidence и UNCITRAL Notes on planning arbitral proceedings. См. § 3.7.

preliminary award = sentence préliminaire (*франц.*) = Vor(ab)schiedsspruch (*нем.*) – решение состава арбитража, которое имеет обязательную силу для самих арбитров и касается вопросов, которые должны быть разрешены до того, как состав арбитража перейдет к рассмотрению существа испрашиваемых в деле средств правовой защиты (prayers for relief). Примером могут быть решения о наличии или отсутствии у состава арбитража компетенции по рассмотрению спора или о том, какое материальное право подлежит применению к спорным правоотношениям. Такой тип арбитражного решения не предполагает признания и принудительного исполнения в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. Состав арбитража самостоятельно решает, выносить ли preliminary award, или осветить вопросы предварительного характера в арбитражном решении, которым спор рассмотрен по существу (см. partial award, final award). Вынесение отдельного preliminary award позволяет сторонам лучше подготовиться к рассмотрению вопросов, связанных с существом спора. Вынесение preliminary award по вопросу о наличии у состава арбитража компетенции по рассмотрению спора предусмотрено, в частности, п. 3 ст. 16 Закона о МКА и предполагает возможность заинтересованной стороны добиваться его отмены (см. action to set aside) на основании норм подп. 1) п. 2 ст. 34 Закона о МКА, не ожидая вынесения арбитражного решения по существу спора. См. § 3.10, 4.3.

preliminary hearing – pre-hearing conference в форме заседания с участием сторон (hearing). См. § 3.7.

preliminary order – предварительное постановление, предварительная обеспечительная мера (см. provisional and conservatory measures), принимаемая составом арбитража в порядке *ex parte* (ex parte proceedings) в соответствии с процедурой,

предусмотренной изменениями и дополнениями, внесенными в 2006 г. в Типовой закон ЮНСИТРАЛ (Model Law) о международном торговом арбитраже. См. § 1.8.

preparation of a witness – подготовка свидетеля к даче устных показаний (testimony), осуществляемая представителем стороны (party representative). Обычно сводится к подготовке к ответам на вопросы, которые могут быть заданы в ходе перекрестного опроса (cross-examination). См. § 3.8.

prescription = prescription (*франц.*) = Verjährung (*нем.*) – временные ограничения на осуществление действия или предъявление иска (исковая давность). См. statute of limitations.

president – 1. высшее должностное лицо компании; 2. = presiding arbitrator = chairperson = chair = président (*франц.*) = Präsident (*нем.*) – председатель состава арбитража, который руководит слушаниями и часто единолично принимает решения по процессуальным вопросам, которые встают до проведения слушаний. В ряде арбитражных регламентов также закреплено, что в случае, если оказывается невозможным вынесение majority award, арбитражное решение выносится председателем состава арбитража единолично.

*prima facie* – дословно «на первый взгляд». Термин обычно используется для предварительной оценки наличия арбитражного соглашения при поступлении иска в институциональный арбитражный орган. См., напр., ст. 6 ICC Rules.

principal – 1. основная сумма долга, требуемая или присужденная арбитражным решением. Обычно сопоставляется с процентами (interest); 2. принципал, лицо, в чьих интересах действует агент.

principle – 1. принцип, основополагающее положение закона; 2. вопрос о том, должна ли одна сторона спора другой стороне деньги (an debeatur). Антитеза вопроса о том, сколько денег подлежит уплате (quantum debetur).

private international law, PIL = droit international privé, DIP (*франц.*) = Internationales Privatrecht, IPR (*нем.*) – международное частное право, прежде всего коллизионное право (conflict of law). Выработанные в международной практике и закрепленные в международных договорах и национальном праве подходы к решению вопросов о том, каким материальным правом (substantive law) регулируются различные сделки, осложненные иностранным элементом.

privilege – право лица, уполномоченного законом, отказаться от раскрытия определенной информации конфиденциального характера в случае, если от него требуют дачи свидетельских показаний. Близко известному российскому праву понятию адвокатской тайны.

procedural – процессуальный.

procedural law – процессуальное право, право, которым регулируется процедура рассмотрения спора в государственном суде или арбитраже. Так как стороны договора вправе избрать место, в котором будет проводиться арбитражное разбирательство (seat of the arbitration), они тем самым избирают и lex arbitri,

применимое к их спору. Процессуальное право не регулирует вопросы содержания спорного правоотношения (см. substantive law). См. § 2.7.

procedural order – издаваемый составом арбитража или его председателем приказ по определенному процессуальному вопросу (вопросам).

procedure – процессуальные правила, подлежащие применению составом арбитража (arbitral tribunal). Не следует смешивать с proceedings.

proceedings – разбирательство, фактически имеющее место в ходе арбитража.

production of documents – процедура раскрытия документов или сведений, осуществляемая по указанию юрисдикционного органа, которое этот орган дает по просьбе стороны, имеющей основания полагать, что противоположная сторона располагает соответствующими документами или сведениями и не хочет предоставить ей доступ к ним. В связи с международным арбитражем термин production of documents предпочитают термину discovery. См. § 3.8.

proof procedure = procedure de preuve (*франц.*) = Beweisverfahren (*нем.*) – процедура заслушивания и оценки доказательств. Обычно включает в себя представление документов и письменных заявлений сторон (brief). В ходе устных слушаний (hearing) опрашиваются свидетели (witnesses). Привлеченные сторонами эксперты (party-appointed experts) готовят свои отчеты и также опрашиваются в ходе слушаний. Состав арбитража может привлекать к участию в разбирательстве назначаемых им экспертов и проводить инспекции (inspection). В завершение этой процедуры стороны выступают с заключительными речами (summation), которые могут заменяться представлением письменных заявлений (post-hearing briefs).

provision – 1. положение закона, подзаконного акта или договора; 2. в бухгалтерском учете – сумма, резервируемая для покрытия определенных рисков.

provisional and conservatory measures = interim measures of protection. См. § 1.8.

public international arbitration – арбитраж по вопросам международного публичного права, иногда осуществляемый Постоянным третейским судом в Гааге (Permanent Arbitration Court). К международному коммерческому арбитражу отношения не имеет.

public law = droit public (*франц.*) = öffentliches Recht (*нем.*) – публичное право, в странах системы континентального права законодательство, регулирующее функционирование государства и его отношения с частными лицами.

public policy = ordre public (*франц.*) – публичный порядок, доктрина, охватывающая основополагающие принципы права и правосудия. В российском материальном праве ссылка на нарушение публичного порядка используется как механизм, препятствующий применению нормы иностранного материального права, которая фундаментально несовместима с основами российского правопорядка (см. ст. 1193 ГК). В контексте международного арбитража этот термин используется в следующих значениях:

1. в заявлениях сторон, адресованных составу арбитража, со ссылкой на публичный порядок представляются (а) аргументы о применении негативного публичного порядка (negative public policy) как фундаментального правового принципа, который должен применяться вопреки норме, содержащейся в материальном праве, которому подчинено правоотношение, или (б) аргументы о применении позитивного публичного порядка (positive public policy), основанные на утверждении о том, что существует и обязательно должна быть применена сверхимперативная норма права (не обязательно входящая в состав норм материального права, которому подчинено спорное правоотношение) (см. mandatory rule of law), неприменение или неправильное применение которой может привести к отмене арбитражного решения или отказе в его признании и приведении в исполнение по причине нарушения публичного порядка;

2. после вынесения арбитражного решения – основание для отмены арбитражного решения государственным судом страны, на чьей территории вынесено это решение (см., напр., подп. 2) п. 2 ст. 34 Закона о МКА);

3. после вынесения арбитражного решения – основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (см. п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции) или в приведении в исполнение вынесенного на территории РФ решения международного арбитража (см. подп. 2) п. 1 ст. 36 Закона о МКА).

См. также понятие арбитрабельности (arbitrability), являющееся, по мнению ряда специалистов, частью доктрины публичного порядка. См. также противопоставляемые друг другу понятия внутреннего публичного порядка (domestic public policy) и международного или транснационального публичного порядка (transnational public policy).

Аргумент о нарушении публичного порядка может правомерно применяться только в случае, если приведение в исполнение арбитражного решения повлечет за собой результат, неприемлемый с точки зрения основных принципов права и правосудия, например, незаконную торговлю оружием или наркотиками, нарушение основных прав человека. Этот аргумент не может использоваться, если ответчик и даже государственный суд, рассматривающий дело об отмене арбитражного решения или о его приведении в исполнение, не согласны с выводами по существу спора (merits), к которым пришел состав арбитража. В принимаемых в последнее время судебных актах Президиум ВАС РФ неоднократно указывал на то, что ссылка на соображения публичного порядка не может оправдывать попытки пересмотра существа решения международного арбитража или внутреннего третейского суда в процессе его оспаривания или приведения в исполнение. См. § 5.8.

## Q

*quaere* – термин, обозначающий наличие вопроса, подлежащего решению.

Q.C. = a Queen's Counsel – в Англии Королевский Адвокат, барристер, который имеет право вести дела в Высоком Суде (High Court), высшая ступень карьеры частнопрактикующего адвоката. См. § 3.4.

quadruple (*франц.*) = surrebutter – письменное заявление ответчика, служащее ответом на rebutter.

*quantum debetur* – вопрос о том, сколько денег подлежит уплате, разрешаемый после того, как на вопрос an debeat был дан положительный ответ.

## R

reasons – мотивы, объяснения состава арбитража о том, почему выносится определенное арбитражное решение или процессуальный приказ. Не входят в резолютивную часть решения или приказа (см. operative part), часто дополняются obiter dictum.

reasoned award – мотивированное арбитражное решение, решение, в котором состав арбитража объяснил, почему пришел к выводам, включенным в его резолютивную часть (см. operative part). В международном коммерческом арбитраже решения обычно должны быть мотивированными, хотя ряд арбитражных регламентов такого требования не содержит. Без объяснения мотивов обычно принимаются приказы по процессуальным вопросам, связанные с проведением арбитражного разбирательства (order).

rebutter = triplique (*франц.*) – третье письменное заявление истца.

Rechtsmissbrauch (*нем.*) = abuse of right. См. § 3.5.

recital – декларативная часть в начале договора, где в так называемом/ой «whereas clauses» перечисляются наиболее важные причины, побудившие стороны заключить данный договор. В случае наличия внутренних противоречий в тексте договора или отсутствия в нем необходимых для исполнения сделки положений декларативная часть используется для установления воли сторон, существовавшей на момент заключения договора, что может сыграть важную роль в процессе его толкования, в том числе в ходе арбитражного разбирательства.

recognition of award – признание арбитражного решения. Термин применим только к иностранным судебным и арбитражным решениям. В России осуществляется автоматически в процессе рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (глава 31 АПК), за рубежом в некоторых странах признание иностранного арбитражного решения осуществляется отдельно от его приведения в исполнение. См. § 4.8, 5.1.

recognition and enforcement – 1. признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, осуществляется на основании норм Нью-Йоркской конвенции (New York Convention); 2. признание и приведение в исполнение иностранного судебного решения, должно осуществляться в России только при наличии соответствующего международного договора (см. ч. 1 ст. 241 АПК). См. § 5.1.

record = file.

re-cross examination, questioning – второй раунд перекрестного опроса (cross-questioning), обычно проводится после re-direct examination.

re-direct examination, questioning – второй раунд прямого опроса (direct questioning).

Rechtsstaat (*нем.*) = *etat de droit* (*франц.*) – правовое государство, государство, чья деятельность подчинена нормам права, в котором верховенствует закон. См. ч. 1 ст. 1 Конституции РФ.

*référé* (*франц.*) – во Франции специальная процедура, в ходе которой государственный суд принимает предварительные и обеспечительные меры до начала судебного или арбитражного разбирательства, с которым связывается принятие таких мер. См. interim measures of protection. См. § 1.8.

reframing – сленговый термин, обозначающий изложение уже известных проблем или точек зрения в более конструктивном ключе.

rejoinder = *duplique* (*франц.*) = *Duplik* (*нем.*) – второе письменное заявление ответчика, обычно подаваемое в качестве реакции на reply истца. См. § 3.8.

relief requested = prayers for relief. См. § 3.8.

removal of an arbitrator – удовлетворение ходатайства об отводе арбитра, после заявления отвода арбитра (challenge of arbitrator) он может быть выведен из состава арбитража компетентным органом (см. appointing authority) или государственным судом, наделенным соответствующими полномочиями по lex arbitri. См. § 3.6.

replacement of an arbitrator – замена арбитра (см., напр., ст. 15 Закона о МКА), процедура, совпадающая, как правило, с процедурой первоначального назначения или избрания арбитра. В случае, если замена арбитра имеет место после проведения устного слушания до вынесения арбитражного решения, обычно проводится повторное устное слушание.

reply = *réplique* (*франц.*) = *Replik* (*нем.*) – второе письменное заявление истца. См. § 3.8.

request for arbitration – просьба об арбитраже, краткое письменное заявление истца, направляемое ответчику и/или институциональному арбитражному органу (см. ст. 4 ICC Rules), обычно содержащее имя назначаемого или предлагаемого истцом арбитра и краткое изложение обстоятельств спора. Первый документ в арбитражном разбирательстве. Иногда сопровождается текстом искового заявления (statement of claim). См. § 3.7.

*res judicata* – термин, обозначающий наличие у ранее вынесенного решения по спору между теми же сторонами преюдициального эффекта, который должен быть учтен при вынесении решения в данном разбирательстве. От *res judicata* следует отличать нормы АПК об оставлении искового заявления без движения при наличии арбитражного соглашения (п. 5 ст. 148 АПК) и о прекращении производства по делу, если государственный суд установит, что наличествует принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда (п. 3 ч. 1 ст. 150 АПК). См. § 1.9.

resolution of a dispute = dispute resolution.

respondent – ответчик, термин, который в международном арбитраже предпочитается термину *defendant*.

rule of law – принцип верховенства закона, см. Rechtsstaat (нем.) = etat de droit (франц.).

rules of law = règles de droit (франц.) = Rechtsregeln (нем.) – правовые нормы, не основанные на законодательных актах определенного государства. Представляют собой 1. источники международного права, международные договоры; 2. источники lex mercatoria, типовые законы (Model Law), общие условия, типовые контракты.

## S

Sachverständiger (нем.) = expert.

S.C. = Senior Counsel – в некоторых странах общего права, титул, эквивалентный английскому Q.C.

Schiedsauftrag (нем.) = terms of reference. См. § 3.7.

scrutiny of the award – в арбитраже МТП (см. ICC Rules) функция Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC Court of International Arbitration), состоящая в проверке арбитражного решения (в основном в отношении технических и процессуальных вопросов) до его утверждения и вынесения. См. ст. 27 Арбитражного регламента МТП в редакции 1998 г. и ст. 33 в редакции 2012 года (ICC Rules). См. § 3.10.

seat of the arbitration – место проведения арбитражного разбирательства (страна или город, но не адрес), от него зависит, какое lex arbitri будет применяться к данному спору. При этом состав арбитража может проводить свои заседания в другом месте (см. venue), иногда и устные слушания с участием сторон с их согласия могут проводиться в другом месте. Условие арбитражного соглашения о месте проведения арбитража будет считаться соблюденным, если арбитражное решение будет отражать тот факт, что оно вынесено в этой географической точке, даже если физически оно будет подписано арбитрами в другом месте. См. § 2.7.

secret du délibéré (франц.) – принцип, согласно которому мнения, высказанные в ходе deliberation, не подлежат разглашению. Таким образом, стороны, участвующие в деле, не могут знать, какую позицию при решении процессуальных вопросов занимал каждый из арбитров. См. § 3.10.

secretariat – секретариат институционального арбитражного органа, см., напр., ст. 4 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, § 6 Регламента МКАС при ТПП РФ.

secretary of an arbitral tribunal – секретарь состава арбитража, лицо, иногда назначаемое для решения определенных технических вопросов, связанных с проведением арбитража, самостоятельной роли в проведении разбирательства не играет.

security for costs – депозит, аванс для покрытия расходов, см. costs, party representation costs, arbitration costs. Сторона или стороны могут быть обязаны внести авансы (как правило, для покрытия arbitration costs) путем внесения денежных сумм на

указываемый им счет (см. advance on costs) или путем предоставления банковской гарантии. Если были внесены денежные авансы, в арбитражном решении состав арбитража должен распорядиться судьбой этих денежных средств. Например, если аванс был внесен истцом, который выиграл дело, а ответчик свою долю аванса внести отказался и за него это сделал истец, в арбитражном решении указывается, что ответчик помимо причитающихся истцу сумм, связанных с существом спора, обязан также возместить истцу сумму внесенного последнего аванса для покрытия арбитражных расходов, с начислением процентов за время проведения разбирательства на ту его половину, которую должен был внести ответчик. См. § 3.3.

separability = severability – автономность арбитражной оговорки, принцип, в соответствии с которым арбитражная оговорка трактуется как соглашение, не зависящее от других условий договора, в который она включена, и, как считает большинство специалистов, подчинена lex arbitri, а не lex contractus. Этот принцип, закрепленный в п. 1 ст. 16 Закона о МКА, делает бессмысленными попытки оспорить действительность договора, в который включено арбитражное соглашение, с целью воспрепятствовать арбитражному рассмотрению вытекающего из этого договора спора. См. Kompetenz-Kompetenz, arbitration clause, arbitration agreement. При этом вопрос о действительности арбитражной оговорки решается в зависимости от ее содержания, формы и полномочий лиц, которые ее подписали. См. § 2.3, 2.8.

separate opinion – отдельное мнение, которое может приложить к арбитражному решению арбитр, который согласен с большинством состава арбитража касательно вывода, к которому пришел арбитраж, но при этом полагает, что данный вывод должен быть обоснован использованием других аргументов. Иногда для описания такого отдельного мнения используется термин concurring opinion. Отдельное мнение принципиально отличается от особого мнения (dissenting opinion), которое оформляет позицию арбитра, который пришел к выводам, отличным от выводов большинства состава арбитража. См. § 3.10.

setting aside – отмена арбитражного решения (award), результат успешного рассмотрения заявления проигравшей арбитраж стороны государственным судом (см. action to set aside). См. также remission. См. § 4.2.

set-off – зачет встречных требований. Обычно осуществляется по заявлению ответчика. В МКАС при ТПП РФ предъявление требования к зачету осуществляется в порядке, принятом для подачи встречного иска, и облагается арбитражным сбором (см. § 5 Положения об арбитражных сборах и расходах, являющегося Приложением к Регламенту МКАС при ТПП РФ).

severability = separability.

shuttle diplomacy – «челночная дипломатия», термин, обозначающий встречи, проводимые посредником отдельно с каждой стороной спора.

siège (*франц.*) = seat of arbitration.

Singapore Arbitration Centre – Сингапурский центр арбитража, институциональный арбитражный орган ([www.siac.org.sg](http://www.siac.org.sg)).

silk – сленговое выражение, обозначающее Q.C.

skeleton argument – в Англии представляемое незадолго до проведения устного слушания письменное заявление, включающее в себя основные положения позиции, которую занимает сторона в споре, со ссылками на включенные в дело документы и на используемые в обоснование этой позиции источники права. Обмен такими заявлениями происходит одновременно в указанную судом или арбитражем дату.

sole arbitrator = arbiter unique (*франц.*) = Einzelschiedsrichter (*нем.*) – единоличный арбитр, лицо, которое единолично рассматривает спор. Обычно термин используется как антитеза термину «состав арбитража» (arbitral tribunal), подразумевающему участие в рассмотрении спора минимум трех арбитров.

sovereign immunity = state immunity – суверенный иммунитет, иммунитет государства, не позволяющий подавать против него иски в суды и арбитражи и приводить в исполнение судебные и арбитражные решения. В литературе выделяют абсолютный и функциональный иммунитеты, см. *iure imperii*, *iure gestionis*. В России и ряде других стран основной проблемой является отсутствие четкой регламентации порядка, в котором государство может отказаться от права ссылаться на наличие у него суверенного иммунитета, в последнее время принимаются попытки решить эту проблему на международном уровне. (См.: Проект Статей Комиссии ООН по международному праву об ответственности государства за международно-противоправные деяния // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 3. С. 31.)

standing to sue or to be sued = *locus standi* – наличие у стороны права на выдвижение иска или защиту от предъявленного иска с материально-правовой точки зрения, обычно сопоставляется с процессуальной правоспособностью лица.

standstill agreement – американский термин, обозначающей достигнутое сторонами соглашение о том, что на протяжении определенного периода времени они не будут предпринимать никаких шагов, обычно заключается в связи с уже ведущимся или планируемым судебным или арбитражным разбирательством, иногда несколькими разбирательствами в различных странах. В Англии существует близкий по сути термин *breather*.

*stare decisis* – принцип, положенный в основу прецедентного права, в соответствии с которым суд, принимая решение по делу, обязан следовать линии, начертанной вышестоящим судом или судом того же уровня при разрешении аналогичного спора.

state court – 1. государственный суд, термин, обычно используемый для того, чтобы подчеркнуть, что определенный спор должен быть вынесен на рассмотрение арбитража (arbitration), а не государственного суда; 2. в США – суд штата, термин, используемый по контрасту с термином *Federal Court*, обозначающим Апелляционный суд определенного округа.

statement of claim – письменное исковое заявление, иногда подается отдельно от request for arbitration. См. § 3.7.

statement of costs – развернутый перечень расходов, понесенных стороной в связи с представлением ее позиции в ходе арбитражного разбирательства, см. party representation costs. См. § 3.3.

status of arbitrator – правовой статус арбитра.

statute of limitations = prescription = time-bar = Verjährung (*нем.*) – исковая давность, норма закона, в соответствии с которой право на предъявление иска по истечении определенного периода (limitation period) утрачивается.

statutory law – нормы права, содержащиеся в законодательных и подзаконных актах, антитеза источникам общего права (common law), equity.

stay of proceedings = Sistierung (*нем.*) – приостановка арбитражного разбирательства. Решение об этом может быть принято самим составом арбитража, а в некоторых странах и государственным судом в случае, если местом проведения арбитража является эта страна (см. seat of the arbitration).

Stockholm Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce – Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма, ведущий институциональный арбитражный орган Швеции ([www.chamber.se](http://www.chamber.se)). С 1 января 2007 г. действует новый Арбитражный регламент ([www.sccinstitute.com](http://www.sccinstitute.com)).

substantive law = droit applicable au fond (*франц.*) = Sachrecht (*нем.*) = материальное право, регулирующее правоотношение. Обычно сопоставляется с процессуальным правом (procedural law). Если стороны сами не избрали материальное право внешнеэкономической сделки, применяются коллизионные нормы международного частного права (private international law). См. § 3.8.

*sua sponte* – дословно «по своей инициативе». Применение судом или арбитражем основополагающих правовых принципов вне зависимости от того, ссылались или нет на такие принципы представители сторон. См. ex officio. См. § 5.6.

*sui generis* – вещь в себе, нечто особенное.

summation – заключительное устное выступление стороны по делу, в котором подводится итог фигурирующим в деле фактам и юридическим аргументам. Может быть заменено на представление письменных заявлений (post-hearing briefs).

surrebutter = quadruplique (*франц.*) = Quadruplik (*нем.*) – письменное заявление ответчика, представляющее собой его реакцию на rebutter истца.

suspensive effect – приостановление приведения в исполнение арбитражного решения на территории определенной страны, обычно является следствием подачи заявления об отмене арбитражного решения в государственный суд этой страны (см. action to set aside). Российским процессуальным законодательством в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории РФ, такого механизма не

предусмотрено. Кроме того, приостановление приведения в исполнение арбитражного решения по месту его вынесения не препятствует его признанию и приведению в исполнение за рубежом на основании норм п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции, если процессуальным правом государства, где испрашивается признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения, не предусматривается такое основание для отказа в удовлетворении ходатайства о признании и приведении в исполнение, как приостановка исполнения арбитражного решения государственным судом страны, на чьей территории оно было вынесено. См. § 5.5.

## Т

taking of evidence – меры, предпринимаемые составом арбитража с целью установления фактических обстоятельств дела.

TAS = Tribunal Arbitral du Sport (*франц.*) = CAS.

Tenor (*нем.*) = operative part of the award.

terms of reference = acte de mission (*франц.*) = Schiedsauftrag (*нем.*) – документ, принимаемый составом арбитража после консультаций со сторонами в начале арбитражного разбирательства. В арбитраже МТП (ICC Rules) – акт о полномочиях арбитров, документ, излагающий вопросы, стоящие перед составом арбитража, подписывается арбитрами и представителями сторон (см. ст. 18 Арбитражного регламента МТП в редакции 1998 г., ст. 23 Регламента МТП 2012 г.). См. § 3.7.

testimony = témoignage (*франц.*) = Zeugenaussage (*нем.*) – устные ответы свидетелей на вопросы, этот же термин применим к обозначению процедуры опроса экспертов, назначенных сторонами (expert witness). В ходе арбитража свидетели, как правило, не приводятся к присяге и не дают расписки о том, что их ознакомили с ответственностью за дачу ложных показаний, – главным наказанием свидетелю, чья правдивость скомпрометирована, как правило, является нежелание состава арбитража основывать арбитражное решение на сообщенной таким свидетелем информации. См. § 3.8.

three-person arbitral tribunal = Dreierschiedsgericht (*нем.*) – состав арбитража, состоящий из трех арбитров, является обычным в большинстве арбитражей. Представляет собой контраст рассмотрению спора единоличным арбитром (sole arbitrator).

time limit = deadline – крайний срок на осуществление определенного действия. Специалисты не рекомендуют включать в арбитражные соглашения условия об ограничении срока на вынесение арбитрами арбитражного решения.

time-bar = prescription = statute of limitations.

time-table – график или таблица, которая в общей форме описывает прошедшие и будущие события в ходе арбитражного разбирательства (см. ст. 18 Арбитражного регламента МТП 1998 г., ст. 24 ICC Rules 2012 г.).

tolling agreement – соглашение о приостановлении течения срока давности, возможно в рамках судебных и арбитражных разбирательств, проводимых в США.

tort = delict = extra-contractual liability – деликт, внедоговорный вред, причиненный противоправным действием. Ответственность за внедоговорное причинение вреда наступает на основании норм материального права, а не договора сторон. Дела, связанные с деликтными отношениями, рассматриваются международными коммерческими арбитражами редко, обычно тогда, когда причинение внедоговорного вреда связано с договором, содержащим арбитражную оговорку (arbitration clause), достаточно широкую, чтобы в компетенцию состава арбитража вошло рассмотрение вопроса о внедоговорном вреде.

trade dispute – спор, в котором участник внешнеэкономической деятельности жалуется на то, что подвергся дискриминации со стороны иностранного государства, см. NAFTA.

trade tribunal – арбитраж, созданный для разрешения торговых споров (trade disputes).

trade usages – торговые обычаи, обычаи делового оборота, часто принимаются во внимание арбитражами. Роль обычая при рассмотрении конкретного спора зависит от того, по какому праву была заключена сделка и насколько это право четко регулирует спорные правоотношения. В России формальный статус торгового обычая в соответствии со ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК пока имеют только «Инкотермс 2000», утвержденные в этом качестве на основании Закона Российской Федерации «О торгово-промышленных палатах» Правлением ГПП РФ постановлением от 28 июня 2001 г. № 117-13 (п. 4). Тем не менее в соответствии с п. 4. совместного Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6 и ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 «Под обычаем делового оборота, который в силу статьи 5 ГК может быть применен судом при разрешении спора, вытекающего из предпринимательской деятельности, следует понимать не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например, традиции исполнения тех или иных обязательств и т.п. Обычай делового оборота может быть применен независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства, и т.п.)».

transcript – стенограмма, содержащая дословное изложение устного слушания, проведенного в ходе арбитражного разбирательства. Иногда готовится непосредственно в ходе слушания, чаще – в течение некоторого времени после его окончания. Обычно самостоятельного процессуального значения не имеет и служит только источником информации о том, кто, что и когда сказал в ходе слушания.

translation – письменный перевод. Перевод устного выступления именуется термином interpretation. Обычно стороны сами организуют перевод используемых ими документов на язык арбитражного разбирательства (language of arbitration).

transnational – транснациональный, термин, иногда используемый вместо термина «интернациональный», чтобы подчеркнуть особое международное значение того или иного понятия.

transnational public policy = truly international public policy – неотъемлемая часть внутреннего публичного порядка (domestic public policy), его «сердцевина», касающаяся наиболее важных устоев государства и справедливости, представляющая собой те наиболее серьезные ссылки на нарушение внутреннего публичного порядка, которые могут использоваться в случае оспаривания (см. action to set aside) или приведения в исполнение (см. recognition and enforcement) решения международного коммерческого арбитража. Часть общей доктрины публичного порядка (public policy), препятствующей приведению в исполнение арбитражных решений, если такое исполнение может привести к последствиям, несовместимым с основополагающими принципами права и правосудия государства, в котором арбитражное решение вынесено или приводится в исполнение. См. § 5.8.

tribunal-appointed expert – эксперт, назначенный составом арбитража.

triplique (*франц.*) = rebutter – третье письменное заявление истца.

TRO = temporary restraining order – временный ограничительный приказ, в США специальный судебный запрет, который выносится на ограниченное время государственным судом в порядке ex parte proceedings с целью установления запрета на совершение определенных действий в течение небольшого срока, предшествующего рассмотрению этим судом поступившего ходатайства об издании судебного запрета (injunction) в заседании с участием представителей всех заинтересованных лиц.

trunc commun (*франц.*) – общие черты различных законов, связанные с едиными для этих законов историческими источниками.

truncated arbitral tribunal = tribunal arbitral tronqué (*франц.*) = Rumpfschiedsgericht (*нем.*) – арбитраж неполного состава, обычно возникает в результате внезапной отставки или отвода одного из арбитров, пока он еще не заменен. Известны случаи, когда несмотря на недобросовестное поведение одного из арбитров, уклонявшегося от участия в арбитражном разбирательстве, арбитражи неполного состава выносили арбитражные решения, которые затем приводились в исполнение.

## U

*ultra petita* – арбитражное решение, выходящее за рамки испрошенных участниками процесса средств правовой защиты (prayers for relief). Само по себе вынесение такого арбитражного решения не является основанием для его отмены или отказа в его признании и приведении в исполнение в соответствии с Законом о МКА.

umbrella clause – неофициальный термин, которым обычно обозначается статья ВІТ о том, что принимающее инвестиции государство (host country) обязуется соблюдать все принятые им в отношении иностранных инвесторов и их инвестиций обязательства. См. § 1.6.

UN Übereinkunft (*нем.*) = New York Convention. См. § 1.2.

unequivocal – недвусмысленный, однозначный. Термин, используемый для оценки содержания оговорок о выборе применимого материального права, exclusion agreement, waiver agreement, а также использования других возможностей, предоставляемых сторонам lex arbitri.

UNCITRAL = United Nations Commission on International Trade Law – Комиссия ООН по праву международной торговли. Принимает активное участие в разработке и мониторинге применения различных международно-правовых средств унификации гражданского и торгового права, сыграла огромную роль в принятии New York Convention, CISG, подготовила и продолжает совершенствовать типовые законы (см. Model Law), правила по осуществлению примирения (Conciliation Rules), комментарии по организации арбитражного разбирательства (Notes on Organizing Arbitral Proceedings) ([www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

UNCITRAL Arbitration Rules – Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, одобрен Генеральной Ассамблеей ООН 15 декабря 1976 г., пересмотренная в 2010 г. версия Регламента применяется к разбирательствам, начатым после 15 августа 2010 г. Наиболее популярный регламент по проведению арбитража *ad hoc* (см. ad hoc arbitration). См. § 2.11.

unconditional appearance – участие ответчика в арбитражном разбирательстве без выдвижения возражений касательно его права на рассмотрение данного спора (jurisdiction of arbitral tribunal) и того, в каком порядке он был сформирован (constitution of arbitral tribunal). Представляет собой форму фиксации арбитражного соглашения, предусмотренную п. 2 ст. 7 Закона о МКА («путем обмена иском заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает»). Чтобы не утратить право на заявление возражений, связанных с компетенцией состава арбитража или его формированием, ответчик должен заявить такие возражения до своего первого аргумента по существу спора (см. ст. 4, п. 2 ст. 16 Закона о МКА). См. § 3.6.

Unerlaubte Handlung (*нем.*) = tort.

UNIDROIT = International Institute for the Unification of Private Law = Международный институт по унификации частного права, УНИДРУА, находится в Риме. Принял «Принципы УНИДРУА», являющиеся одним из признанных источников lex mercatoria ([www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2006).

## V

vacate = set aside – термин, обозначающий требование об отмене арбитражного решения государственным судом по месту его вынесения, см. action to set aside. См. § 4.2, 5.3.

vacatur – отмена арбитражного решения государственным судом по месту его вынесения, см. action to set aside. См. § 4.2, 5.3.

VAT = value added tax = impôt sur la valeur ajoutée (*франц.*) = Mehrwertsteuer (*нем.*) – налог на добавленную стоимость.

*venire contra factum proprium* – см. estoppel. См. § 3.7.

venue – место проведения заседаний состава арбитража, обычно представляет собой адрес отеля или офиса. Не имеет никакого юридического значения, в отличие от места проведения арбитражного разбирательства (seat of the arbitration). См. ст. 20 Закона о МКА.

*verbatim* – слово в слово.

*verbatim transcript* – стенограмма.

Vienna Convention = CISG.

Vienna Rules – «Венские правила», Регламент Международного Арбитражного Суда при Палате экономики Австрии, расположенного в Вене, ведущего институционального арбитражного органа Австрии, о его деятельности и регламенте ([www.wk.or.at](http://www.wk.or.at). См.: *Хегер С.* Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. М.: Волтерс Клувер, 2006).

*voie directe* (*франц.*) – система, в соответствии с которой, в отсутствие сделанного сторонами выбора применимого к их отношениям материального права, такое право определяется самим составом арбитража без применения каких-либо коллизионных норм. См., напр., п. 1 ст. 24 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма. Данная система противопоставляется *voie indirecte*. См. § 2.7.

*voie indirecte* (*франц.*) – система, в соответствии с которой, в отсутствие сделанного сторонами выбора применимого к их отношениям материального права, состав арбитража сначала устанавливает подлежащую применению норму коллизионного права, а на ее основе определяет, каким материальным правом руководствоваться. См., напр., п. 2 ст. 28 Закона о МКА.

## W

*waiver agreement* – в Бельгии, Швеции, Швейцарии и некоторых других странах местное законодательство разрешает участникам арбитражных споров, рассматриваемых на территории этих государств, заключать между собой соглашения, ограничивающие их право на оспаривание арбитражного решения в государственном суде этой страны по сравнению с предусмотренными законами этого государства общими основаниями для отмены арбитражного решения (см. action to set aside). Условием правомерности заключения такого соглашения всегда является отсутствие в числе участников спора физических и юридических лиц, domiciliрованных в государстве, на чьей территории будет вынесено арбитражное решение (seat of the arbitration). Таким образом дополнительно ограничивается возможность добиваться отмены арбитражного решения, чем повышается привлекательность этих стран как места проведения международных арбитражей с участием иностранных компаний.

Зачастую waiver agreement составляют часть арбитражной оговорки, включаемой в договор при его разработке задолго до возникновения спора. Waiver agreement не могут касаться оснований для оспаривания арбитражных решений, связанных с аргументами о нарушении публичного порядка (public policy). Российским правом возможность заключения таких соглашений не предусмотрена. См. § 4.4.

Washington Convention = ICSID Convention.

whereas clauses – сленговое обозначение recital.

WIPO = World Intellectual Property Organization – Всемирная организация по интеллектуальной собственности (ВОИС, специальное агентство ООН) расположена в Женеве. В ее рамках функционирует институциональный арбитраж и арбитраж по рассмотрению споров, связанных с присвоением доменных имен ([www.arbiter.wipo.int](http://www.arbiter.wipo.int)).

witness statement – письменное заявление свидетеля, содержащее его показания. Часто используется подача письменных заявлений свидетелей вместо прямого опроса (direct examination). Иногда такие заявления составляются в форме ответов на вопросы, но чаще всего представляют собой основанный на хронологическом принципе рассказ о событиях. См. § 3.8.

written submission = brief = written pleadings = *mémoire* (*франц.*) = *Rechtschrift* (*нем.*) – письменное заявление участвующей в деле стороны. Представляет собой изложение фактических обстоятельств дела и правовых аргументов, процессуальных и материально-правовых, на которые ссылается сторона в подтверждение правильности своей позиции. Письменные заявления представляются на языке арбитражного разбирательства с таким расчетом, чтобы каждый арбитр и каждый участник процесса получил бы по одному экземпляру, еще один предназначен для институционального арбитражного органа, если таковой принимает участие в рассмотрении спора. К таким заявлениям прилагаются документы, которые обычно нумеруются в качестве приложений (см. exhibits). См. § 3.8.

writing, in writing – требование о заключении арбитражного соглашения (arbitration agreement) в письменной форме (см. п. 2 ст. 7 Закона о МКА). Требование будет соблюдено, если подписанный сторонами договор содержит ссылку на документ, содержащий арбитражную оговорку. Подробнее о форме арбитражного соглашения см. § 2.2.

WTO = World Trade Organization – Всемирная торговая организация, ВТО. Находится в Женеве. Имеет собственную систему разрешения споров между ее членами.

## У

yield – доход от осуществленной инвестиции, вложения, ценной бумаги, обычно исчисляемый в процентах от осуществленных затрат.

## **Z**

zone of agreement – пределы, в рамках которых возможно достижение мирового соглашения. Могут касаться объема денежных средств, сроков, физических свойств и количества товаров и т.п.