

Новые горизонты международного арбитража

Под редакцией А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина

Выпуск 2

Сборник статей докладчиков Russian Arbitration Day 2014

В настоящее время третейское разбирательство в России переживает период турбулентности. Как известно, Министерством юстиции РФ подготовлены законопроекты, которые радикальным образом меняют законодательный режим не только для внутренних третейских судов, но и для международного коммерческого арбитража. Эти законопроекты получили полярные отклики со стороны различных групп специалистов. Реформы арбитража происходят и за пределами России.

Авторы и редакторы сборника считают крайне важным познакомить читателей с точкой зрения не только российских, но и иностранных специалистов, поскольку взгляд со стороны может быть полезным для оценки преимуществ и недостатков законодательных реформ.

В сборнике читайте:

- о перспективах онлайн арбитража в России
- о новейших тенденциях западного арбитражного мира
- о ключевых вопросах инвестиционного арбитража
- о новых российских и новейших мировых процессуальных тенденциях арбитража

Статьи, включенные в сборник, позволят специалистам увидеть новые горизонты международного арбитража и открыть для себя новые темы, которые будут находиться в центре внимания в следующие годы.

Право • Международное частное право • Международный коммерческий арбитраж



(495) 212-92-31 (968) 708-24-17

info@infotropic.ru infotropic.ru

@infotropicmedia facebook.com/infotropic gplus.to/infotropic issuu.com/infotropic

linkedin.com/company/infotropic-media youtube.com/infotropicmedia

shop.infotropic.ru

Информация о книге: infotropic.ru/?page_id=4362



9 785999801951 >

0+



2
Новые горизонты международного арбитража. Вып. 2



Новые горизонты международного арбитража

Под редакцией
А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина

Выпуск 2

Новые горизонты международного арбитража

Под редакцией
А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина

Выпуск 2



Москва • Берлин
Инфотропик Медиа 2014

УДК 341.6 (063)
ББК 67.910.821я431
Н76

Новые горизонты международного арбитража.
Н76 Вып. 2 : сб. ст. / под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова,
Р.М. Ходыкина. – М. : Инфотропик Медиа, 2014. – С. 384. –
ISBN 978-5-9998-0195-1.

Агентство СІР РГБ

Книга «Новые горизонты международного арбитража: Выпуск 2», которую Вы держите в руках, представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Russian Arbitration Day» (Москва, 29 мая 2014).

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

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

УДК 341.6(063)
ББК 67.910.821я431

ISBN 978-5-9998-0195-1

Все права защищены.

© Коллектив авторов, 2014

© ООО «Инфотропик Медиа», 2014

Предисловие от редакторов

Вы держите в руках второй выпуск издания «Новые горизонты международного арбитража», который представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Russian Arbitration Day – 2014». Эта международная конференция впервые с большим успехом прошла в 2013 г., став одним из самых заметных событий в области международного арбитража в России. Первый выпуск издания привлек огромный интерес специалистов и подтвердил востребованность качественных статей по тематике международного арбитража. Новый выпуск издания продолжает начатую традицию и старается не снижать ту высокую планку, которая была задана в первом выпуске.

В настоящее время третейское разбирательство в России переживает период турбулентности. Как известно, Министерством юстиции Российской Федерации подготовлены законопроекты, которые радикальным образом меняют законодательный режим не только для внутренних третейских судов, но и для международного коммерческого арбитража. Эти законопроекты получили полярные отклики со стороны различных групп специалистов. Кроме того, продолжается обсуждение того, в какой степени целесообразным является создание Третейского суда Таможенного союза или иного аналогичного арбитражного института для разрешения споров на постсоветском пространстве. Наконец, все чаще обсуждаются перспективы онлайн арбитража, который мог бы позволить сторонам существенно сэкономить время и средства и вернуть арбитражу те традиционные преимущества, которые отличают его от формализованной системы разбирательств в государственных судах. Естественно, мы не могли остаться в стороне от этих дискуссий и сделали их центральной темой для первого раздела сборника. При этом мы считаем важным, чтобы читатели познакомились с точкой

зрения не только российских, но и иностранных специалистов, поскольку взгляд со стороны может быть полезным для оценки преимуществ и недостатков законодательных реформ.

Мы также пристально следим за теми реформами, которые происходят за пределами России. В первом разделе сборника представлены материалы по двум новейшим тенденциям западного арбитражного мира: по вопросу о перспективах создания процедуры апелляции внутри системы третейского разбирательства (на примере Американской арбитражной ассоциации), а также по вопросу о тех современных трендах, которые находят отражение в новой волне арбитражных регламентов (на примере новой редакции регламента Арбитража при Венской Палате Экономике).

Настоящее издание также включает новый специальный раздел об инвестиционном арбитраже — тематике, которая приобретает все большее значение и ставит все больше сложных вопросов на стыке национального и международного права. Прошедший год ознаменовался серией инвестиционных арбитражей, проводимых в Москве на основании порядком подзабытой Московской конвенции 1997 г. о защите прав инвестора. Кроме того, уже не первое десятилетие специалисты продолжают обсуждать возможность применения режима наибольшего благоприятствования для определения условий, при которых инвестор может обратиться с иском в инвестиционный арбитраж. Эти ключевые вопросы и стали основой нового раздела об инвестиционном арбитраже.

В издании также присутствует традиционный раздел о процессуальных вопросах арбитража. В некоторых материалах акцент сделан на изучении новых российских тенденций: в частности, признании российскими судами допустимости заключения

сторонами соглашений об отказе от оспаривания арбитражных решений, выносимых международным коммерческим арбитражем на территории России. Другие материалы анализируют новейшие мировые процессуальные тенденции, связанные с процедурой раскрытия доказательств, антиисковыми обеспечительными мерами, альтернативными оговорками о разрешении споров.

Мир российского международного арбитража понес в прошлом году невосполнимую потерю – ушел из жизни патриарх отечественного арбитража, доктор юридических наук, профессор, член Президиума МКАС при ТПП РФ М.Г. Розенберг. Мы все росли на его блестящих работах, посвященных международной купле-продаже товаров и процессуальным вопросам международного коммерческого арбитража в России. Именно благодаря усилиям проф. М.Г. Розенберга практика МКАС при ТПП РФ получила широкую известность не только в России, но и в других странах мира. Поэтому сборник включает материал, который специально посвящен описанию интересной биографии этой выдающейся личности, вкладу М.Г. Розенберга в науку, практику арбитража, регулирование международной купли-продажи и договорных отношений.

Редакторы сборника надеются, что это издание действительно позволит специалистам увидеть новые горизонты международного арбитража и открыть для себя новые темы, которые будут находиться в центре внимания в следующие годы.

В завершение хотелось бы сказать слова благодарности спонсорам «Russian Arbitration Day – 2014» – фирмам «Berwin Leighton Paisner LLP» (www.blplaw.com), «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (www.mzs.ru), коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» (www.rospravo.ru) и фирме «Watson, Farley &

Williams» (www.wfw.com), благодаря финансовой поддержке которых эта конференция состоялась. Также немалый вклад внесли партнеры конференции, прежде всего — Торгово-промышленная палата Российской Федерации и Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ. Информационными спонсорами конференции стали: журнал «Вестник международного коммерческого арбитража», «Закон.ру», журнал «Третейский суд», журнал «Legal Insight», электронная библиотека «Наука права» (www.naukaprava.ru), ICC Russia, АНО «Перикл», CIS Arbitration Forum. Спонсором ужина докладчиков выступила фирма «Deloitte & Touche».

А. В. Асосков,

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

А. И. Муранов

управляющий партнер коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» (www.gospravo.ru), кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ, профессор Российской школы частного права, арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ (www.muranov.ru)

Р. М. Ходыкин,

кандидат юридических наук, партнер лондонского офиса фирмы Berwin Leighton Paisner, солиситор Высших судов Англии и Уэльса

Партнеры и информационные спонсоры



ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО
КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА



CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

.....

Спонсоры



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

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

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

www.blplaw.com

.....

.....

Спонсоры

МОНАСТЫРСКИЙ
ЗЮБА
СТЕПАНОВ
& ПАРТНЕРЫ

МЗС
www.mzs.ru

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

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

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

www.mzs.ru

.....

.....

Спонсоры



Юридическая фирма «Муранов, Черняков и партнеры» основана в 2003 году и в настоящее время входит в число ведущих российских поставщиков юридических услуг. Практика фирмы в области разре-

шения судебных и арбитражных споров имеет репутацию одной из лучших в России и ежегодно входит в рейтинги международных юридических справочников, включая Chambers Global, Chambers Europe, The Legal 500, Who's Who Legal, Best Lawyers.

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

Фирма оказывает услуги по следующим направлениям: судебные разбирательства; международный коммерческий арбитраж; представительство интересов бизнеса в Конституционном Суде РФ; международное торговое право; антимонопольное право; налоговое право; исполнительное производство; признание и исполнение решений иностранных судов в России; альтернативное разрешение споров; интеллектуальная собственность.

Отраслевая специализация: энергетика и природные ресурсы; финансовые институты; TMT (технологии, медиа, коммуникации); недвижимость и строительство..

www.rospravo.ru

.....

Спонсоры

Watson, Farley & Williams

Арбитражная группа «Ватсон, Фарли и Уильямс» отвечает за разрешение международных споров. Юристы этой группы работают в 13 международных офисах «Ватсон, Фарли и Уильямс» и оказывают услуги своим клиентам непосредственно в крупнейших мировых арбитражных центрах.

Арбитражная группа «Ватсон, Фарли и Уильямс» имеет заслуженную репутацию, благодаря успешному представлению интересов своих клиентов в различных областях (финансы, транспорт, производство и сбыт, логистика, энергетика и природные ресурсы) по ряду сложных международных коммерческих споров. «Ватсон, Фарли и Уильямс» имеет многолетний опыт разрешения арбитражных споров, связанных с Россией и странами СНГ.

Помимо внушительного опыта успешных арбитражных разбирательств в различных странах мира «Ватсон, Фарли и Уильямс» в последние годы также принимала участие в ряде судебных разбирательств в английских судах, которые получили широкий общественный резонанс и касались вопросов международного коммерческого арбитража.

«Ватсон, Фарли и Уильямс» входит в рейтинги таких общепризнанных справочников, как GAR 100, Chambers & Partners и Legal 500, в которых она названа как «специализированная фирма первоклассных адвокатов и арбитров». Партнер арбитражной группы «Ватсон, Фарли и Уильямс» Ольга Баглай, которая также является арбитром международного арбитража, характеризуется «как чрезвычайно востребованный специалист на российском рынке».

Содержание

Предисловие от редакторов	III
Партнеры и информационные спонсоры	VII
Информация об авторах и редакторах	XIV

Раздел 1

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ И СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

Муранов А.И.

Третейский суд в рамках Таможенного союза: конкретика начинается. Критика проекта его создания, в том числе в свете права ВТО	3
---	---

Доминик Пеллью

Some Observations on the Current Proposed Reforms to Russian Arbitration Law	61
---	----

James M. Hosking, C. Diego Guevara

Appellate Arbitration Mechanisms: The AAA/ICDR Optional Rules — A New Trend in International Arbitration?	78
---	----

Панов А.А.

Онлайн арбитраж: проблемы, решения, перспективы	111
---	-----

Dr. Christoph Liebscher

New Arbitration Rules in Austria — a Look Behind the Curtain.	154
--	-----

Раздел 2

ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

Уоскин С.В.

Московская конвенция о защите прав инвестора: тайные ворота в арбитраж?	174
--	-----

Малинская Р.В.

Может ли арбитражная оговорка являться «неблагоприятной»? Современные подходы к распространению режима наиболее благоприятствуемой нации на арбитражные оговорки 195

Раздел 3**ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ В АРБИТРАЖЕ****Пенцов Д.А.**

Материально-правовые и процессуальные основания для требований о раскрытии доказательств в международном коммерческом арбитраже: единство или борьба противоположностей? 234

Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.

Соглашения об отказе от права на оспаривание решения международного коммерческого арбитража 259

Vilija Vaitkute Pavan

Anti-suit Measures Granted by Arbitrators in Support to Arbitration Agreement 300

Вялков А.В.

Альтернативные оговорки о разрешении споров и принцип *lis alibi pendens* 330

Раздел 4**IN MEMORIAM****Вилкова Н.Г.**

Михаил Григорьевич Розенберг.
Его вклад в науку, практику арбитража, регулирование международной купли-продажи и договорных отношений. 352

Информация об авторах и редакторах

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

Выступает арбитром МКАС при ТПП РФ, Международного арбитражного суда при ТПП Республики Казахстан, ряда других третейских судов. Принимал участие в более чем 60 международных арбитражных разбирательствах, в том числе в арбитражных разбирательствах по Регламенту ИСС и ЮНСИТРАЛ. Является членом Королевского института арбитров (MCIArb) и членом Арбитражной комиссии при Российском Национальном Комитете ИСС.

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

Автор четырех монографий, а также более 60 статей в юридических журналах. Область научных интересов – международное частное право, в том числе вопросы международного коммерческого арбитража и международного гражданского процесса; корпоративное право; договорное право.

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

Вялков А. В. – участник команды юридического факультета МГУ им. Ломоносова на Конкурсе по международному коммерческому арбитражу им. Виса.

Гуевара С. Диего (C. Diego Guevara) – юрист в фирме Chaffetz Lindsey LLP (Нью-Йорк).

Либшер Кристоф (Christoph Liebscher) – доктор права, партнер и глава арбитражной практики фирмы WolfTheiss, преподаватель Университета Зальцбурга, FCI Arb (г. Вена).

Малинская Римма Владиславовна – старший юрист компании Goltsblat BLP – российской практики международной юридической фирмы Berwin Leighton Paisner (BLP). Магистр юриспруденции (диплом Института европейского права МГИМО (У) МИД РФ с отличием). Выпускник кафедры международного торгового права международно-правового факультета МГИМО (У) МИД РФ (диплом с отличием). Проходила обучение в Школе международного арбитража университета Куин Мэри (г. Лондон) (School of International Arbitration, Queen Mary, University of London).

В течение последних нескольких лет принимала участие в арбитражных разбирательствах в Лондонском международном третейском суде (LCIA), Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате РФ, а также представляла интересы клиентов в российских судах в спорах, связанных с признанием и приведением в исполнение решений международных арбитражей. Консультирует по вопросам международного частного права и международного коммерческого арбитража.

Муранов Александр Игоревич – управляющий партнер коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» (www.gospravo.ru), кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД РФ, профессор кафедры международного частного права Российской школы частного права, арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ (www.muranov.ru).

Паван Вилия Вайткуте (Vilija Vaitkutė Pavan) – партнер адвокатской конторы LAWIN, Вильнюс, Литва, глава группы практики решения споров.

«Chambers Global» отзывается о Вилии как об «амбициозном адвокате судебных споров с отличным знанием по вопросам арбитражных и судебных дел, чей комплексный подход помогает подобрать лучшие стратегии и тактику действий в суде». Представляла сторон в международных коммерческих и инвестиционных арбитражных спорах по правилам UNCITRAL, ICC, SCC, LCIA и т.д. автор множества статей на тему арбитража, докладчик на конференциях и семинарах по вопросам арбитражного права. Арбитр различных арбитражных институций, в том числе МКАС при ТПП РФ, Вилюйского коммерческого арбитражного суда, коммерческого арбитражного суда Левиатан (Польша) и др. Является представителем Литовской Республики в Международном коммерческом арбитражном суде ICC в Париже. Активно участвует в формировании и развитии арбитражной практики Литвы, является одним из главных авторов Закона о коммерческом арбитраже Литовской Республики, принятого в 2012 г.

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

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

Активно участвует в молодежных арбитражных группах (в том числе PAA 40, YAF, YIAG, ICDR Young & International), а также в Международной ассоциации юристов (IBA). С мая 2013 г. является региональным представителем YIAG в России и СНГ. Участвует в рабочей группе по подготовке регламентов Российской Арбитражной Ассоциации.

Выступил соавтором русского перевода Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном

арбитраже (2010 г.). Регулярно публикует заметки, комментарии и статьи по вопросам международного арбитража и международного гражданского процесса, а также выступает на научных конференциях и семинарах по вопросам международного арбитража как в России, так и за рубежом.

Пелью Доминик (Dominic Pellew) – партнер группы международного арбитража фирмы Dentons. Он работает в московском и лондонском офисах фирмы. Доминик допущен к практике в качестве солиситора Верховного суда Англии и Уэльса и адвоката во Франции. Он свободно владеет русским языком и является одним из самых востребованных консультантов и арбитров при проведении международных арбитражных разбирательств в Восточной и Западной Европе, в особенности, с участием сторон из России и других стран СНГ.

Пенцов Дмитрий Анатольевич – старший юрист Женевского офиса юридической фирмы «FROIRIEP». Окончил с отличием юридический факультет Санкт-Петербургского Государственного Университета и аспирантуру кафедры гражданского права того же факультета, защитив диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Понятие «security» по законодательству Соединенных Штатов Америки.» Имеет диплом магистра права (LL.M.) юридического факультета Джорджтаунского Университета (Вашингтон, Федеральный Округ Колумбия), а также дипломы бакалавра права, магистра права и сертификат специализации в области адвокатуры юридического факультета Женевского Университета. Член Санкт-Петербургской Городской Коллегии Адвокатов (Российская Федерация) и коллегии адвокатов штата Нью-Йорк (США), адвокат (Женева, Швейцария).

Петроль Олеся Дмитриевна – частнопрактикующий юрист, сопредседатель РАА40, магистр юриспруденции (Российская школа частного права), выпускник кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

Усокин Сергей Владимирович – адвокат, старший юрист международно-правовой практики Адвокатского бюро «Иванян и Партнеры». С отличием закончил Юридический факультет СПбГУ и получил степень LL.M. (distinction) Университетского Колледжа Лондона. В настоящее время является аспирантом Кафедры международного права Юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова.

Занимается вопросами международного права и международного коммерческого арбитража. Представлял интересы клиентов в Международном Суде ООН, Европейском Суде по Правам Человека, арбитражах по регламентам МКАС при ТПП РФ, ICC, LCIA, SCC и Swiss Rules, а также в российских судах в спорах, связанных с признанием и приведением в исполнение решений международных арбитражей.

Является редактором CIS Arbitration Forum и сопредседателем РАА40.

Ходыкин Роман Михайлович – кандидат юридических наук, партнер лондонского офиса фирмы «Berwin Leighton Paisner», солиситор Высших судов Англии и Уэльса.

Роман является специалистом по сопровождению арбитражных разбирательств с огромным опытом ведения национальных и международных проектов. До 2012 года Роман был доцентом кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России. С 2013 года Роман является приглашенным профессором в Колледже Клэр Кэмбриджского университета (visiting professor at Clare College, Cambridge). Кроме того, Роман является арбитром Спортивного арбитражного суда при Олимпийском комитете России и членом редакционной коллегии журнала «Вестник международного коммерческого арбитража».

В течение последних нескольких лет Роман выступал консультантом в рамках инициированного против Республики Казахстан инвестиционного арбитражного разбирательства в Международном центре по разрешению инвестиционных споров (Вашингтон),

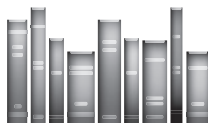
а также принимал участие в арбитражных разбирательствах в Лондонском международном третейском суде (LCIA), Арбитражном суде при Международной торговой палате (ICC), Арбитражном институте при Торговой палате Стокгольма (SCC) и Американской Арбитражной Ассоциации (AAA).

Справочник Chambers называет его «восходящей звездой», высокую позицию занимает он и в рейтинге Legal 500. Роман также был включен в подготовленный ведущей российской деловой газетой «Ведомости» рейтинг Лучших юристов России в категории «Арбитраж и медиация».

Роман также является автором многочисленных публикаций по вопросам международного арбитража, международного частного права и гражданского процесса. В частности, Романом опубликована монография на английском языке “Arbitration Law of Russia: Practice and Procedure”, JurisPublishing, New York, 2013. Кроме того, Роман являлся редактором русского издания книги *Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж*; пер. с англ.; под ред. *Р.М. Ходыкина*. — М.: Инфотропик Медиа, 2012.

Хоскинг Джеймс (James Hosking) — основатель и партнер фирмы Chaffetz Lindsey LLP. Он является адъюнкт-профессором юридического факультета Университета Пенсильвании, регулярно читает лекции по международному арбитражу. Он с отличием окончил университет Окленда, после чего получил степень LLM Гарвардского университета. Является членом рабочего комитета по подготовке изменений в регламенты AAA/IDRC (г. Нью-Йорк). Джеймс является со-автором комментария к регламенту международного центра по разрешению споров: *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules* (Oxford University Press, 2011)

Ягельницкий Александр Александрович — ассистент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, к.ю.н., магистр юриспруденции (Российская школа частного права).



НАУКА ПРАВА

www.naukaprava.ru

Электронная библиотека «Наука права»



**представляет крупнейшую в России
коллекцию оцифрованных материалов (сканы)
по международному коммерческому арбитражу:**

- материалы из журналов «Международный коммерческий арбитраж» и «Вестник международного коммерческого арбитража»;
- труды М.Г. Розенберга, И.С. Зыкина, А.С. Комарова, С.Н. Лебедева и других известных авторов по МКА;
- публикации о современной практике МКАС и МАК при ТПП РФ;
- все выпуски «Арбитражной практики» ВТАК при ТПП СССР с 1934 г. по 1991 г., многочисленные сборники решений МАК при ТПП СССР с 1932 г. по сегодня;
- книги и отдельные статьи издательств «Инфотропик Медиа» и «Статут» по вопросам МКА.

ВСЕГО В ЭЛЕКТРОННОЙ БИБЛИОТЕКЕ «НАУКА ПРАВА» –

более 15 000

**оцифрованных научных и практических материалов
по различным отраслям права**

**за последние 150 лет,
включая очень редкие**

Раздел 1

ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ РЕФОРМЫ И СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

А. И. Муранов,

(www.muranov.ru), кандидат юридических наук,
арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ,
доцент МГИМО (У) МИД РФ,
управляющий партнер коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры» (www.rospravo.ru)

ТРЕТЕЙСКИЙ СУД В РАМКАХ ТАМОЖЕННОГО СОЮЗА: КОНКРЕТИКА НАЧИНАЕТСЯ. КРИТИКА ПРОЕКТА ЕГО СОЗДАНИЯ, В ТОМ ЧИСЛЕ В СВЕТЕ ПРАВА ВТО

1. Введение

В послании Федеральному Собранию 12 декабря 2012 г. Президент России В.В. Путин сказал, в частности, следующее: *«И еще один важный момент. Современное законодательство, особенно финансовое и корпоративное, очень специфично. В этой связи предлагаю проработать с партнерами (даже не проработать, а завершить его, потому что он фактически уже начался, но нужно завершить его) вопрос о создании третейского суда Таможенного союза, который мог бы стать ведущей независимой инстанцией по рассмотрению финансовых и других споров. В целом необходимо подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России, причем на качественно новом уровне».*

Не прошло и полугодия, как Минюст РФ подготовил проект концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза (с сопутствующими документами), предложив назвать

его Международный центр арбитража Таможенного союза. Это весьма любопытные документы (далее также – проект концепции).

16 мая 2013 г. Советом Евразийской экономической комиссии было принято решение № 32 «О проекте концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза», текст которого размещен на сайте Евразийской экономической комиссии (www.eurasiancommission.org): *«Приняв к сведению информацию заместителя Министра юстиции Российской Федерации Борисенко Е.А. о проекте концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза (далее – проект концепции), Совет Евразийской экономической комиссии решил:*

Просить государства – члены Таможенного союза и Единого экономического пространства:

совместно с представителями бизнес-сообщества рассмотреть вопрос о целесообразности создания третейского суда Таможенного союза и проект концепции;

представить в Евразийскую экономическую комиссию информацию о позиции по указанному вопросу, а также замечания и предложения по проекту концепции до 29 июля 2013 г.

Члены Совета Евразийской экономической комиссии:

От Республики Беларусь

С. Румас

От Республики Казахстан

К. Келимбетов

От Российской Федерации

И. Шувалов».

Найти все эти документы в Интернете не сложно: www.kazenergy.com/ru/2012-09-05-04-11-04/customs-union/2011-11-28-09-47-23/9431-2013-05-31-05-00-21.html.

Правда, с лета 2013 г. о дальнейшей судьбе проекта пока ничего конкретного слышно не было. Министерство юстиции РФ во второй половине 2013 г., как известно, переключило свое внимание на реформу третейской сферы в России. Состоится ли такая реформа или же нет, и как она повлияет на создание третейского суда в рамках Таможенного союза – отдельные вопросы.

Но еще важнее другое: неизбежно реформирование и Таможенного союза в свете проекта по созданию Евразийского экономического союза.

Так что вопрос об учреждении третейского суда в рамках Таможенного союза пока, скорее всего, заморожен. Но это не повод не проанализировать проект концепции его создания. Во-первых, это действительно немаловажный акт не только для российской третейской сферы, но и для бизнеса, равно как и для самих членов союза: такой суд может реально помогать развитию последнего. Во-вторых, концепция может через какое-то время появиться в обновленном виде и нынешний проект на ее финальную редакцию не может не влиять. В-третьих, проект – реально любопытный и необычный документ, позволяющий увидеть многие аспекты арбитража в новом свете, через призму глобальной торговой политики.

2. Краткое содержание проекта концепции

«Концепцией предусмотрено создание Международного центра арбитража Таможенного союза (далее – Арбитражный центр). Для целей его создания и финансирования предлагается учредить некоммерческую организацию.

Согласно Концепции компетенцию Арбитражного центра, упрощенный порядок признания и приведения в исполнение решений

Арбитражного центра на территории Таможенного союза, а также особый порядок принудительного исполнения обеспечительных мер, примененных Арбитражным центром, в государствах-членах Таможенного союза предлагается определить в международном договоре Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации» («Справка о проекте Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»);

«III. Предлагается подготовить проект межгосударственного соглашения в рамках Таможенного союза/ЕЭП, закрепляющего особый юридический статус Центра, в т.ч.:

– признание и приведение в исполнение решений арбитража Центра на территории всех стран-членов Таможенного союза по упрощенной процедуре по сравнению с решениями иных третейских судов (в некоторых случаях прямое исполнение без внутригосударственной процедуры судебного признания и приведения в исполнение, сокращенная судебная процедура, один национальный суд в каждой стране для признания и приведения в исполнение и реализации функций по поддержке арбитража, возможность принятия принудительных обеспечительных и иных мер арбитражем Центра),

– расширение арбитрабельности споров, рассматриваемых арбитражем Центра (все коммерческие и корпоративные споры, споры, связанные с оборотом ценных бумаг, инвестиционные споры, споры в отношении недвижимости, прав интеллектуальной собственности и т.д.),

– ограничение возможностей для пересмотра и отмены решений арбитража Центра национальными судами» («Справка по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза»).

Касательно дальнейших деталей читателю имеет смысл обратиться к полным текстам соответствующих документов.

3. Некоторые общие соображения в отношении проекта концепции

Что в нем сразу привлекает внимание?

3.1. В целом проект концепции продвигает полезную идею о необходимости упрощенного приведения в исполнение третейских решений, что также подводит к мысли, что и исполнение решений других авторитетных третейских судов также надо упрощать.

Одновременно продвигается и идея расширения круга арбитрабельных споров.

3.2. Однако проект разработан без каких-либо серьезных консультаций с адекватными российскими специалистами в третейской сфере и даже без нормального обсуждения с предпринимательским сообществом (контакты с отдельными олигархами, близкими к государству, не в счет). Более того, консультации/обсуждения были, насколько известно, сугубо кулуарные и закрытые.

Стоит ли удивляться тому, что проект оказался далеко не совершенным (см. ниже)?

История, подобная вступлению в ВТО, когда МЭР все играл в секретность, продолжается? Хотя, повторю, проект концепции, в отличие от документов по поводу вступления России в ВТО, найти в Интернете сейчас можно (впрочем, благодаря не российской, а казахстанской стороне, за что ей спасибо).

Далее, интересно выглядит срок представления замечаний и предложений: с мая до 29 июля 2013 г., т.е. в самый плодотворный для мысли период, у многих совпадающий с отпуском.

Кроме того, Совет ЕЭК решил просить государства-члены Таможенного союза и саму ЕЭК рассмотреть вопрос о целесообразности создания третейского суда Таможенного союза и проект концепции совместно с представителями бизнес-сообщества, но отнюдь не третейского. Соответственно, следует надеяться на то, что под такими представителями Минюст РФ будет понимать также и представителей российского третейского сообщества, ведь деятельность в третейской сфере является оказанием услуг за плату, а чем это не бизнес, хотя бы и не очень крупный, но прибыльный? Или если третейское сообщество Советом ЕЭК не указано, то с ним можно было ничего не обсуждать в указанные сроки? Насколько мне известно, ничего серьезного и не обсуждали.

Наверное, еще не самый большой опыт Минюста РФ в третейской сфере уже решил подсказать, что стоит только начать обсуждение проекта концепции с российскими серьезными специалистами, так сразу от них получишь слишком много замечаний, тогда как сроки от В.В. Путина выполнять требуется.

3.3. Думается, что подобная инициатива от России не может не вызывать опасений Белоруссии и Казахстана: «Россия опять гребет под себя». См., например, критику проекта концепции и с этой точки зрения Д. Братусем на <http://journal.zakon.kz/4582812-alternativnoe-pravosudie-v-evrazjes.html>.

Особенно такие тревоги могут усиливаться, если вспомнить, что вслед за словами о таком третейском суде В.В. Путиным было сказано о необходимости сделать привлекательной российскую юрисдикцию, а также подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России, причем на качественно новом уровне. Для России все это верно и нужно, но как быть с белорусской или с казахстанской юрисдикцией?

Кроме того, коль скоро в проекте концепции прямо предлагается создать Международный центр арбитража Таможенного союза именно в России, причем без какого-либо серьезного обоснования такой локализации, то разве реакции Белоруссии и Казахстана может быть иной?

Наивно полагать, что в Таможенном союзе тишь и гладь, да божья благодать, или что Россия все там определяет в отсутствие каких-то серьезных противоречий, либо что Белоруссия и Казахстан готовы считать Россию в весьма важной степени «первой среди равных»: равны в этом союзе должны быть все.

3.4. Может быть, В.В. Путин имел в виду в своем послании не классический третейский суд, а аналог Органа для разрешения споров ВТО, который по своим чертам схож с третейским судом?

Это сомнительно. Во-первых, предложение о создании третейского суда Таможенного союза прозвучало в контексте необходимости подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России.

Во-вторых, какой смысл создавать аналог Органа для разрешения споров, когда уже имеется Суд Евразийского экономического сообщества, в который могут обращаться даже и частные лица (Договор об обращении в Суд Евразийского экономического сообщества хозяйствующих субъектов по спорам в рамках Таможенного союза и особенностях судопроизводства по ним (Москва, 9 декабря 2010 г.))?

3.5. Третейский суд Таможенного союза предлагается создать на основе отдельного международного договора. С юридико-технической точки зрения это вполне возможно, хотя в мировой

практике количество случаев создания конвенциональных арбитражей ограничено.

В связи с этим сразу вспоминается успешный эксперимент некоторых социалистических стран-членов Совета Экономической Взаимопомощи по внедрению обязательного третейского разбирательства международных частнопроводимых торговых споров, возникавших между субъектами из этих стран, с исключением юрисдикции государственных судов (Конвенция 1972 г. о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества).

Но по данной Конвенции никакой единый третейский суд не создавался, а вышеуказанные споры, по общему правилу, подлежали рассмотрению в арбитраже в стране ответчика.

К тому же в проекте концепции никакой обязательности третейского разбирательства не предлагается, что разумно. В «Справке по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза» прямо говорится, что обращение в такой суд *«должно быть добровольным на основании договора в соответствии с общепризнанными принципами международного коммерческого арбитража»*.

Прибегать в современных условиях к подходу, использовавшемуся в Конвенции СЭВ 1972 г., в современных условиях невозможно: экономические условия не те, да и высшие суды членов Таможенного союза никогда с ним не согласятся.

3.6. История отчасти повторяется: так когда-то были созданы МАК и ВТАК с особым статусом для целей, как известно, переноса арбитража из-за границы в СССР (и эта задача была успешно

решена¹⁾, так и сегодня третейский суд Таможенного союза предлагается создать опять-таки для целей аналогичного переноса арбитражных разбирательств в Россию.

3.7. В проекте концепции не говорится о том, кто будет вправе обращаться в третейский суд Таможенного союза. Однако из его смысла ясно, что это могут быть как российские, белорусские и казахстанские лица, так и субъекты из стран вне Таможенного союза.

3.8. Почему-то в проекте концепции нет ни слова по поводу запланированных в России реформ третейской сферы. Еще можно понять то, что в мае 2013 г. об идее упразднения ВАС РФ еще не было известно, но ведь обсуждение указанных реформ идет уже очень давно. Впрочем, понятно, почему в проекте об этом не говорится: само по себе подобное упоминание могло бы изначально начать «хоронить» идею создания третейского суда Таможенного союза.

Но какой смысл предлагать создавать что-то в России, если она сама не знает, каким должно быть и будет в ней регулирование третейской сферы?

3.9. Лично у меня наибольший интерес вызвало следующее предложение в разделе II «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»: *«Деятельность Арбитражного центра будет финансироваться некоммерческой организацией, при которой он будет создан. В связи с этим предлагается рассмотреть возможность формирования соответствующей некоммерческой*

¹ Международный коммерческий арбитраж: опыт отечественного регулирования / саморегулирования. 80 лет МКАС при ТПП РФ: 1930–2012: Сборник избранных научных, нормативных, архивных, аналитических и иных материалов. Т. I / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов // Торгово-промышленная палата Российской Федерации, МКАС при ТПП РФ, МГИМО (У) МИД РФ, кафедра международного частного и гражданского права. – М.: Статут, 2012 – 592 с.

организацией в составе своего имущества целевого капитала в соответствии с нормами Федерального закона от 20 декабря 2006 года № 275 „О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций“.

Во-первых, по Федеральному закону от 20 декабря 2006 г. № 275 формирование подобного целевого капитала вряд ли возможно. Согласно ст. 3 «Цели формирования целевого капитала и использования дохода от целевого капитала» этого закона «1. Формирование целевого капитала и использование дохода от целевого капитала могут осуществляться в целях использования в сфере образования, науки, здравоохранения, культуры, физической культуры и спорта (за исключением профессионального спорта), искусства, архивного дела, социальной помощи (поддержки), охраны окружающей среды, оказания гражданам бесплатной юридической помощи и осуществления их правового просвещения, а также в целях функционирования общероссийского обязательного общедоступного телеканала общественного телевидения.

2. Формирование целевого капитала и использование, распределение дохода от целевого капитала на иные цели, за исключением предусмотренных настоящей статьей целей, не допускаются». Как видно, создание третейских судов с указанными целями не соотносится, если только Международный центр арбитража Таможенного союза не начнет преимущественно заниматься образованием, наукой, оказанием гражданам бесплатной юридической помощи и осуществлением их правового просвещения.

Весьма удивительно: Минюст РФ известен своей предельной формалистичной дотошностью к каждой букве в уставах некоммерческих организаций, а тут вдруг им предлагается шаг, требованию закона не отвечающий. *Quod licet Jovi?*

Во-вторых, и это важнее, успешные арбитражные центры в современном мире действует на основе самоокупаемости, формируя

рынок особых юридических услуг. Вполне можно понять, что в первые годы третейский суд Таможенного союза на самокупаемость не выйдет, но почему о ней в качестве цели не заявлено вообще? Разработчики мыслят в категориях бюджетного финансирования госучреждений?

При этом *«Предполагается, что Арбитражный центр будет создан при некоммерческой организации, которая будет учреждена тремя биржами государств-членов Таможенного союза (например, Московской биржей, определенной биржей Республики Беларусь (например, Белорусской валютно-фондовой биржей) и Казахстанской фондовой биржей)»* (раздел II «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»). Неужели этим организациям действительно необходим третейский суд, который им предлагается регулярно финансировать не только для разрешения споров, возникающих на биржах, но и множества иных споров? Какое-то время это допустимо, но что будет потом, если такой суд долго не будет выходить на самокупаемость? Разве что биржам нужно просить себе от своих государств какие-то преференции.

В тесной связи с только что сказанным любопытны также соображения в разделе IX «Арбитражные сборы» «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»: *«Вариант 1: размер арбитражных сборов, взимаемых Арбитражным центром, будет **ниже**, нежели размер арбитражных сборов, уплачиваемых при рассмотрении спора в Лондонском международном арбитражном суде, Арбитражном суде Международной торговой палаты, Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма.*

*Вариант 2: размер арбитражных сборов, взимаемых Арбитражным центром, будет **соизмерим** с размером арбитражных сборов, уплачиваемых при рассмотрении спора в Лондонском международном арбитражном суде, Арбитражном суде Международной торговой палаты, Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма».*

Тут важно еще понимать, что решение вышеупомянутой задачи создания третейского суда *«мирового уровня, обеспечивающего высочайший стандарт качества рассмотрения предпринимательских споров, независимости, беспристрастности и эффективности»*, требует привлечения крупных специалистов в сфере арбитража, которые всегда рассчитывают на высокие гонорары. Если же последние будут обеспечиваться не при помощи сборов, а за счет финансирования от бирж, то такие специалисты могут и не захотеть разрешать споры в таком суде, чтобы не выглядеть зависимыми от этого финансирования. К тому же подобное финансирование понадобится на протяжении лет, и речь может идти о сотнях тысячах долларов.

Возникает интересная дилемма: если размер сборов будет соизмерим с соответствующим иностранным размером, то при прочих присутствующих в России нерадостных моментах какой будет смысл обращаться в третейский суд Таможенного союза? Если же они будут ниже, то как тогда обеспечить мировой уровень при потенциально высоких рисках отказа крупных специалистов в сфере арбитража участвовать в разрешении споров в этом суде? Впрочем, сборы могут быть и выше, наверное, если идеи по поводу перечня споров, которые могут разрешаться в таком суде, а также насчет упрощенного порядка исполнения его решений / обеспечительных мер будут реализованы и действительно начнут работать (но пока это кажется маловероятным).

Так что пока создается впечатление, что разработчики проекта концепции не связывают между собой вопросы об арбитражных сборах, об учредителях третейского суда и о финансировании последнего, т.е. проявляют непрагматичный подход и демонстрируют не полное понимание экономических основ функционирования арбитража. Причем если третейский суд не будет стремиться

к самокупаемости, а будет рассчитывать на финансирование от бирж, то он очень быстро превратится в неэффективное учреждение, обращаться в которое никому интересно не будет. Тем самым круг замкнется, а шансы выйти на самокупаемость станут для этого суда тем более призрачными.

4. Некоторые недостатки и странности в проекте концепции

Таковых весьма немало.

4.1. В проекте концепции совершенно верно отмечается, что *«Одной из целей Таможенного союза и Единого экономического пространства (следующей стадии интеграции) является создание однородной правовой среды. Однако формирование единой правовой среды не может быть связано лишь с созданием единых норм права, необходимо обеспечить единое согласованное применение таких норм не только на уровне публичных структур, но и предпринимателей»* («Справка по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза»). Однако затем делается во многом наивное предположение: *«В связи с этим полагаем, что одну из ключевых ролей в достижении цели обеспечения **единообразия правоприменительной практики** может сыграть единый третейский (арбитражный) суд в рамках Таможенного союза».*

Дело даже не в том, что такому единообразию может серьезно воспрепятствовать конфиденциальность третейского разбирательства: выжимки из решений этого суда публиковать без указания деталей все же будет можно.

Проблема в ином: к трем судебным системам членов Таможенного союза добавится еще и четвертый правоприменительный орган. Полагать, что он должен будет обязательно следовать

практике российских судов (ну не практикой же белорусских и казахстанских судов он будет руководствоваться, находясь в России) – значит отрицать природу третейского суда. Думать же, что государственные суды членов Таможенного союза будут следовать практике этого третейского суда – значит не знать их склонности и обыкновения.

Кроме того, такой третейский суд не будет, само собой, заниматься обобщением практики судов членов Таможенного союза.

Забывают разработчики и о том, что третейский суд будет разрешать частноправовые споры, применяя частное право одного из членов Таможенного союза, причем согласно, скорее всего, российским коллизионным нормам. Применять же положения права Таможенного союза публичного характера он как третейский суд не сможет, а на данном этапе развития этого союза скорее важно единообразие правоприменительной практики именно по публично-правовым вопросам.

Так что единообразие такой практики может по итогам подлинно-юридической деятельности этого третейского суда даже стать слабее.

Но все же надо признать: в идеальном мире деятельность такого суда косвенно через очень длительное время могла бы способствовать единообразию правоприменительной практики по разрешению частноправовых споров.

На данном же историческом этапе развития Таможенного союза подобное единообразие следовало бы скорее строить на унификации права членов Таможенного союза, а не возлагать напрасные надежды на третейский суд.

4.2. Серьезные иллюзии видны и в следующих пассажах в «Справке по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза» (мои замечания приводятся здесь и далее в квадратных скобках): *«Создание единого третейского суда позволит решить [sic —!] целый ряд [sic —!] важных задач:*

- *создание на территории Таможенного союза арбитражного института мирового уровня, обеспечивающего высочайший стандарт качества рассмотрения предпринимательских споров, независимости, беспристрастности и эффективности [см. ниже предпоследний комментарий],*
- *обеспечение конкурентоспособности правовых систем стран-членов Таможенного союза в отношениях с иностранными государствами [подобный третейский суд — не то средство для достижения такой цели. Невозможно при его помощи обеспечить указанную конкурентоспособность, это должно решаться иными методами. Так что такой суд еще долго будет скорее телегой, а не лошадей],*
- *обеспечение инвестиционной привлекательности экономик стран Таможенного союза для внешних и внутренних инвесторов, безопасности инвестиций и предсказуемости правоприменения [см. предыдущий комментарий. А предсказуемость правоприменения требуется скорее в отношении государственных судов членов Таможенного союза],*
- *возврат национальных компаний на территорию Таможенного союза для разрешения предпринимательских споров из зарубежных арбитражных институтов (Лондонский суд международного коммерческого арбитража, Международный арбитражный суд при Торговой палате Стокгольма, Арбитраж Международной торговой палаты в Париже и т.д.) [в течение минимум ближайшего десятилетия решение этой задачи нереально, если только не включить*

в состав арбитров мировых специалистов, обеспечив им гонорары не ниже, а то и выше лондонских, парижских и стокгольмских (но это также малореально: см. выше п. 3.7), а также если не изменить мироощущение российских судей, равно как и не осуществить ряд других важных реформ],

- *формирование единого ведущего научно-методического центра развития коммерческого права и международного коммерческого арбитража на территории Таможенного союза, обеспечивающего правовую интеграцию на пространстве Таможенного союза, подготовку высокопрофессиональных юридических кадров для национальных правовых систем [наиболее наивное предположение: третейский суд сам по себе не в состоянии стать ни серьезным научно-исследовательским центром, ни надлежащей базой для подготовки юридических кадров. Разработчики проекта смешивают разные функционалы] ».*

Так что создается впечатление, что приведенные выше пассажи включены в проект концепции скорее для «красоты» либо формально-бездумно, и ошибочно думать, что «создание единого третейского суда позволит решить» подобный «целый ряд важных задач» либо что «одну из ключевых ролей в достижении цели обеспечения **единообразия правоприменительной практики** может сыграть третейский суд в рамках Таможенного союза». Ключевой такая роль стать не может по определению.

4.3. В разделе III «Справки по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза» обещается «в некоторых случаях прямое исполнение без внутригосударственной процедуры судебного признания и приведения в исполнение». Звучит это многообещающе, но вряд ли реализуемо в современных условиях в членах Таможенного союза.

4.4. Согласно разделу V «Организация управления Арбитражного центра» «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза» *«Управляющий совет состоит из двух палат, каждая из которых в свою очередь состоит из 6 человек. Первая палата („международная“) состоит из широко известных и уважаемых иностранных представителей юридической науки и отставных зарубежных судей. Вторая палата („внутренняя“) состоит из широко известных и уважаемых представителей юридической науки и практики государств-членов Таможенного союза. „Внутренняя палата“ формируется таким образом, чтобы у каждого государства-члена Таможенного союза было два представителя в указанной палате (при этом каждый член палаты является полностью независимым и действует в личном качестве, ни коим [sic!] образом не представляя интересы соответствующего государства-члена Таможенного союза)».*

Получается, что гражданин государства – члена Таможенного союза, широко известный на международном уровне, попасть в «международную» палату не сможет? Тогда уж следовало бы назвать эту палату «иностранной».

Далее, нет никакого сомнения, что ни о каком сущностном равенстве между палатами говорить на практике будет нельзя: «международная» будет считаться более престижной, что сразу же создаст проблемы в управляющем совете.

4.5. В разделе II «Справки по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза» сначала говорится о том, что при создании третейского суда будут учтены лучшие мировые практики, но затем указывается: *«Предполагается, что Арбитражный центр будет действовать на основании собственного регламента, который будет подготовлен на базе Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ»* (раздел VI «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»).

Последним лучшие мировые практики исчерпываются?

4.6. Далее, в соответствии разделом VII «Списки арбитров и их назначение» «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза» *«Предлагается сформировать три списка:*

– *1-й список арбитров („внутренний список“), в который будут включены арбитры государств-членов Таможенного союза. Данный список формируется членами „внутренней палаты“ Управляющего совета;*

– *2-й список арбитров („международный список“), в который будут включены иностранные арбитры. Данный список формируется членами „международной палаты“ Управляющего совета;*

– *3-й список председателей составов Арбитражного центра. Данный список формируется Генеральным секретарем Арбитражного центра».*

Хотя в оригинальности этой идее не отказать, сказанное выше в п. 4.4 проявится после подобного «отделения агнцев» еще ярче.

Идея же с формированием *«списка председателей составов»* оригинальна даже до абсурда, если полагать, что ни одно лицо из первых двух списков стать председателем состава не сможет. Если же сможет, то зачем тогда 3-й список вообще?

4.7. Можно ли рассчитывать на создание третейского суда *«мирового уровня, обеспечивающего высочайший стандарт качества рассмотрения предпринимательских споров, независимости, беспристрастности и эффективности»*, если не давать по умолчанию сторонам право выбирать арбитров? Оказывается, можно, если следовать проекту.

В соответствии с разделом VII «Списки арбитров и их назначение» «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного

союза» *«Предполагается, что все споры будут рассматриваться тремя арбитрами.*

Для рассмотрения каждого конкретного спора каждая палата Управляющего совета назначит одного арбитра – „международная палата“ назначит одного арбитра из „международного списка“, „внутренняя палата“ назначит одного арбитра из „внутреннего списка“. Председательствующего из соответствующего списка назначает Генеральный секретарь Арбитражного центра».

Комментарии в свете принципа свободы выбора стороной арбитра излишни.

4.8. Еще как-то совсем мне не кажется, что серьезный бизнес будет передавать свои споры в третейский суд, решение которого может отменить один из его функционеров.

А между тем именно такой подход исповедуется в разделе VIII «Внутреннее обжалование» «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»: *«Предлагается следующее регулирование – в случае наличия исключительных обстоятельств Генеральный секретарь Арбитражного центра вправе отменить решение Арбитражного центра по конкретному спору и направить данный спор на рассмотрение нового состава арбитров. Данное полномочие Генеральный секретарь Арбитражного центра будет осуществлять в течение определенного периода времени с даты вынесения решения (например, в течение 15 календарных дней)».*

4.9. В разделе XI «Необходимые изменения в законодательство Российской Федерации» «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза» говорится: *«В данном разделе указан предварительный перечень изменений, которые необходимо*

внести в законодательство Российской Федерации для целей эффективного функционирования Арбитражного центра в будущем.

— Изменения в Закон Российской Федерации от 7 июля 1993 года № 5338–1 „О международном коммерческом арбитраже“ в части уточнения компетенции международного коммерческого арбитража в соответствии с международным договором.

— Изменения в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в части указания на наличие упрощенного порядка признания и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража в соответствии с международным договором».

Почему применительно к Закону только в части уточнения компетенции? А в части проектируемого признания или исполнения без судебной процедуры? А в части обещанных обеспечительных мер?

Почему применительно к АПК РФ также не говорится ничего об обеспечительных мерах?

4.10. По поводу указания в разделе II «Справки по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза» на то, что *«управляющие органы Центра и список арбитров будут сформированы на паритетных началах из граждан стран-членов и ведущих зарубежных экспертов в сфере коммерческого права и международного коммерческого арбитража...»* можно заметить, что коль скоро третейский суд создается в рамках Таможенного союза, имеющего целью либерализацию международной торговли между его членами (и составной частью правовой системы этого союза будет право ВТО), то является очевидным, что для успеха такого суда в составе его арбитров следует присутствовать также и специалистам в праве международной торговли, права ВТО, как и просто экспертам в международной

торговле. Не может быть сомнений, что правила ВТО и аналогичные ему правила Таможенного союза не могут не иметь крайне большого значения для разрешения споров хотя и чисто цивилистического характера.

Только *«граждан стран-членов и ведущих зарубежных экспертов в сфере коммерческого права и международного коммерческого арбитража»*, многие из которых с правом ВТО просто не знакомы, для успешного функционирования такого суда явно недостаточно.

И почему это *«граждан стран-членов»* противопоставляются *«ведущим зарубежным экспертам в сфере коммерческого права и международного коммерческого арбитража»*? Для первых достаточно гражданства, а не знаний и опыта?

4.11. Вряд ли нужно было утверждать, что следует сделать для такого третейского суда арбитрабельными *«все... корпоративные споры»* (раздел III «Справки по проекту формирования Международного центра арбитража Таможенного союза»). Какие-то исключения по поводу некоторых таких споров быть все же должны.

Формулировки по поводу таких споров в документе «Международный договор» также можно подвергнуть критике, но это уже предмет для отдельного анализа.

4.12. Кроме того, в проекте концепции немало пунктуационных ошибок, равно как и стилистических:

«создатель Центра» (единый, наверное, и всемогущий);

«представители всех стран-членов Таможенного союза» (следовало бы говорить о гражданах стран-членов Таможенного союза);

«устав, процессуальный регламент и иные акты Центра» (устав нужен фонду, при котором создается третейский суд, а не последнему. И что такое *«процессуальный регламент»*?);

«состав арбитража для каждого конкретного спора будет формироваться Центром и должен состоять из гражданина одной из стран-членов, международного арбитра и независимого председателствующего» (можно продумать, что иные члены состава арбитража должны быть зависимыми);

«В международном договоре будет указано, что государства-члены Таможенного союза признают компетенцию Арбитражного центра» (слово «признают» создает впечатление, что третейский суд ее сам себе установит, а члены Таможенного союза с этим согласятся. Но это не так: члены Таможенного союза именно сами установят такую компетенцию);

«Компетенция Арбитражного центра будет определяться в вышеуказанном международном договоре (на стадии признания и приведения в исполнение решений Арбитражного центра)» (почему именно на этой стадии?).

5. Деятельность третейского суда Таможенного союза как оказание услуг. Проект концепции в свете права ВТО и права Таможенного союза

Известно, что согласно Генеральному соглашению по торговле услугами (ГАТС, одному из столпов права ВТО), исходящему из широкого понимания понятия «услуги»,

как деятельность самого международного коммерческого арбитража (единоличного арбитра или нескольких арбитров) в ходе разрешения споров;

так и деятельность по организации международного коммерческого арбитража (со стороны организаций, при которых действуют постоянные арбитражи, или же стороны иных соответствующих лиц в случае арбитража *ad hoc*)

объявляется оказанием услуг, на которое ГАТС распространяется (со всеми вытекающим отсюда последствиями, включая

то, что в свете ГАТС такие виды деятельности квалифицируются как торговля услугами).

Так, вместо того чтобы давать определение смутного понятия «услуги», право ВТО использует так называемый «Классификационный перечень секторов услуг»², разработанный Секретариатом ГАТТ еще в ходе Уругвайского раунда многосторонних торговых переговоров (его также именуют «Классификатором ГАТС» и он с успехом используется ВТО и его членами). Классификатор разбит на секторы и подсекторы, в которых приводится не являющийся исчерпывающим перечень услуг, на которые распространяется ГАТС.

А для толкования того, какие конкретные виды деятельности охватываются тем или иным типом услуг, упомянутым в таком Классификаторе, также используется «Предварительная классификация основных продуктов» (Provisional Central Product Classification), утвержденная Статистической комиссией ООН на ее 25-й сессии в феврале 1989 г.³ Эта классификация, сокращенно именуемая СРС, помогает определить в спорном случае, к какому типу услуг относится тот или иной вид деятельности.

В СРС в группе (коде) 866 имеется подкласс (код) 86602 «Услуги по арбитражу и примирению» (Arbitration and conciliation services): «Услуги оказания помощи через арбитраж или посредничество для

² Services Sectoral Classification List. World Trade Organization. Note by the Secretariat. MTN.GNS/W/120, 10 July 1991 (http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_e.htm). Официального перевода данного классификатора на русский язык пока не существует. Неофициальный перевод приводится, в частности, в работе: Данилова Е. В. ВТО: регулирование торговли услугами. М.: ИКЦ «Академкнига», 2003. С. 87–95.

³ Предварительная классификация основных продуктов // Статистические документы. Серия М, № 77. Департамент международных экономических и социальных вопросов. Статистическое управление Организации Объединенных Наций. Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 1991 (документ ST/ESA/STAT/SER.M/77, в продаже под номером R.91.XVII.7). Текст этой классификации на английском языке см.: [http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp? Cl=9&Lg=1](http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lg=1).

разрешения споров между рабочими и администрацией, между предприятиями или между частными лицами.

Исключения: Услуги по представительству от имени одной из сторон в споре и консультативные услуги в области трудовых отношений классифицированы соответственно в подклассах 86190 (Прочие услуги по юридическим консультациям и предоставлению информации), 95110 (Услуги, предоставляемые коммерческими и предпринимательскими организациями) и 95200 (Услуги, предоставляемые профессиональными союзами)».

В «Классификации основных продуктов. Версия 1.0»⁴ (Central Product Classification Version 1.0), заменившей CPC, подкласс 82191 «Услуги по арбитражу и примирению» (Arbitration and conciliation services) фигурирует уже в классе 8219 «Прочие правовые услуги» группы 821 «Правовые услуги» (раздел 82 «Профессиональные, научные и технические услуги»)⁵. В официальном издании CPC 1.0 на русском языке в пояснительном примечании к этому подклассу говорится: *«Этот подкласс включает:*

- *услуги по оказанию помощи через арбитраж или посредничество для разрешения споров между трудящимися и администрацией, между предприятиями или между частными лицами.*

⁴ Классификация основных продуктов (CPC). Версия 1.0 // Статистические документы. Серия М, № 77. Вер.1.0. Департамент по экономическим и социальным вопросам. Статистический отдел. Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2000 (документ ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.1.0, в продаже под номером R.98.XVII.5). Текст этой классификации на английском языке см.: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=3>.

⁵ Классификация основных продуктов (CPC). Версия 1.0 // Статистические документы. Серия М, № 77. Вер.1.0. Департамент по экономическим и социальным вопросам. Статистический отдел. Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2000 (документ ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.1.0, в продаже под номером R.98.XVII.5). На английском языке см.: <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcs.asp?Cl=3&Lg=1&Co=82191>.

Этот подкласс не включает:

- *услуги по представительству от имени одной из сторон в диспуте и по представлению консультаций в области трудовых отношений, ср. 82120»⁶.*

Конечно же, в российском праве распространено поверие, будто бы деятельность третейских судов не является оказанием услуг. Как якобы и деятельность нотариусов, кстати. Но это глубоко ошибочное мнение даже применительно к внутрироссийскому обороту. А что же касается международного оборота, то оно ошибочно вдвойне.

Далее, одна из задач Таможенного союза, как известно: либерализация торговли услугами между субъектами права членов такого союза и создание общего рынка услуг (раздел 5 «Общий рынок услуг» Договора о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве (Москва, 26 февраля 1999 г.)).

При этом согласно ст. 1 Договора о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы (Минск, 19 мая 2011 г.) *«1. С даты присоединения любой из Сторон к ВТО положения Соглашения ВТО... становятся частью правовой системы Таможенного союза».*

И правила ВТО согласно ст. 2 такого Договора обладают преимущественной силой: *«1. Стороны примут меры для приведения правовой системы Таможенного союза и решений его органов в соответствие с Соглашением ВТО, как это зафиксировано в Протоколе о присоединении каждой из Сторон, включая обязательства каждой Стороны, принятые в качестве одного из условий ее присоединения к ВТО. До того как эти меры приняты, положения*

⁶ Там же. С. 235.

Соглашения ВТО, включая обязательства, принятые Сторонами в качестве условий их присоединения к ВТО, имеют приоритет над соответствующими положениями международных договоров, заключенных в рамках Таможенного союза, и решений, принятых его органами».

В связи с этим любопытно взглянуть на то, что же представляет собой проект концепции в свете права ВТО (ГАТС) и, соответственно, права Таможенного союза (Соглашение о торговле услугами и инвестициях в государствах-участниках Единого экономического пространства (Москва, 9 декабря 2010 г.), ратифицированное Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 181-ФЗ; далее – Соглашение 2010 г.)⁷. Однако отметим только самые важные моменты, предположив, что третейский суд Таможенного союза уже создан согласно идеям проекта.

Далее под «услугами в третейской сфере» и «третейскими услугами» будут пониматься услуги именно в сфере международного коммерческого арбитража, а не внутринационального третейского разбирательства.

5.1. Национальная принадлежность фонда, при котором планируется создание третейского суда Таможенного союза

С точки зрения российского права личным законом такого фонда будет являться право России, на территории которой фонд создается (ст. 1202 «Личный закон юридического лица» ГК РФ:

⁷ Автор ввиду ограниченности объема этой работы далее не всегда будет проводить детальный разбор положений права Таможенного союза, касающихся рассматриваемой проблематики, особенно если они по содержанию от положений права ВТО не отличаются.

«1. Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо»).

Фонд будет являться российским юридическим лицом и с точки зрения Соглашения 2010 г., так как его ст. 1 предусматривает: *«е) „юридическое лицо Стороны“ — юридическое лицо любой организационно-правовой формы, созданное или учрежденное на территории Стороны в соответствии с нормативными правовыми актами этой Стороны;».*

В отличие от этих двух правовых актов ГАТС в ст. XXVIII «Определения» хотя и использует тот же самый критерий инкорпорации, однако наравне с ним также задействует критерий «контроля»: *«(l) „юридическое лицо“ означает любое учреждение, имеющее правовой статус, должным образом учрежденное, или иным образом организованное, согласно применяемому законодательству, как для целей получения прибыли, так и для иной цели, и находящееся в частной либо государственной собственности, включая любую корпорацию, трест, товарищество, совместное предприятие, единоличную собственность или ассоциацию;*

(m) „юридическое лицо другого члена“ означает юридическое лицо, которое является либо:

(i) учрежденным или иным образом организованным в соответствии с законодательством такого другого члена и вовлеченным в существенные деловые операции на территории этого члена или любого другого члена; или

(ii) в случае поставки услуги посредством коммерческого присутствия принадлежащим или контролируемым:

1. физическими лицами такого члена; или

2. юридическими лицами такого другого члена, указанными в подпункте (i);

(n) юридическое лицо является:

(i) **„принадлежащим“** лицам члена, если более чем 50% доли участия в нем реально владеют лица этого члена;

(ii) **„контролируемым“** лицами члена, если такие лица имеют полномочия назначать большинство его директоров или иным образом законно направлять его деятельность;

(iii) **„связанным“** с другим лицом, если оно контролирует или контролируется таким другим лицом; или, если оно и другое лицо оба контролируются тем же лицом;».

Из этих положений ГАТС следует, что фонд также будет считаться российским юридическим лицом (ни Белоруссия, ни Казахстан членами ВТО пока не являются, но предположим сейчас применимость ГАТС).

Хотя из трех его участников два будут иностранными лицами, даже в свете критерия контроля это не может вести к возможности рассматривать фонд в свете ГАТС как юридическое лицо иного члена ВТО. В свете ГАТС учрежденное в России юридическое лицо может считаться юридическим лицом иного члена ВТО, только если оно «принадлежит» или «контролируется» (в фонде долей участия нет, но зато контроль над ним возможен) лицами именно из одного члена ВТО, а не из двух и более: для ГАТС критерий контроля связан с единичной иностранной юрисдикцией, а не с множественностью таких юрисдикций.

5.2. Фонд как коммерческое присутствие в России иностранных лиц для целей поставки услуг в третьей сфере (в свете ГАТС)

Согласно ст. XXVIII «Определения» ГАТС «(d) **„коммерческое присутствие“** означает любую форму делового или профессионального учреждения, включая посредством

- (i) учреждения, приобретения или сохранения юридического лица, или*
(ii) создания или использования филиала или представительства на территории члена с целью поставки услуги;».

Соответственно, учреждение фонда на территории России лицами из Белоруссии и Казахстана будет считаться в свете ГАТС (опять предположим его применимость) созданием ими коммерческого присутствия в России, ведь такое учреждение с их стороны будет преследовать именно цель обеспечения ими деятельности третейского суда Таможенного союза, т.е. цель поставки услуг в третейской сфере через такой фонд и созданный при нем третейский суд.

Ввиду этого фонд в свете ГАТС следует считать коммерческим присутствием как белорусского, так и казахстанского участника (но не российского).

Однако следует отметить, что в «Перечне специфических обязательств Российской Федерации по услугам» Россия при вступлении в ВТО сделала в связи с принципом национального режима две важные оговорки в отношении видов коммерческого присутствия иностранных лиц на ее территории (в так называемых горизонтальных обязательствах, которые относятся ко всем без исключения секторам услуг, в которых Россия обязалась не чинить препятствий деятельности иностранных лиц из членов ВТО).

Во-первых, Россия сохранила по общему правилу за собой право регулировать по своему усмотрению все вопросы в отношении доступа иностранцев на российские сектора услуг через создание, приобретение или поддержание некоммерческих организаций. Иными словами, Россия вправе запретить

другим лицам из членов ВТО создавать в России некоммерческие организации для оказания третейских услуг (а вот запретить создание для этих целей коммерческих организаций не может, за одним исключением: если и российским лицам будет запрещено создание коммерческих организаций для оказания таких услуг. Однако в таком случае встанет вопрос о соразмерности подобного общего запрета и о дискриминации иностранных лиц в сфере оказания третейских услуг. Кроме того, возникает еще очень сложный и специфический вопрос о том, не лишают ли обязательства России по отдельным секторам услуг такую оговорку силы). В любом случае такой запрет действует не автоматически: его надо установить на уровне закона.

Во-вторых, даже если она и разрешит создание некоммерческих организаций, она сохранила по общему правилу за собой право регулировать по своему усмотрению все вопросы в отношении деятельности таких организаций. Если такое регулирование будет ограничительным, оно также должно быть введено на уровне закона.

5.3. Создание фонда как учреждение по смыслу Соглашения 2010 г.

Соглашение 2010 г. использует несколько иные формулировки.

В свете его ст. 1 создание фонда будет являться «учреждением», к которому будут применимы правила такого Соглашения: «ж) **„учреждение“**:

i. — создание, учреждение и (или) приобретение юридического лица (участие в капитале созданного или учрежденного юридического лица) любой организационно-правовой формы и формы собственности, предусмотренных в соответствии с нормативными

правовыми актами Стороны, на территории которой такое юридическое лицо создается или учреждается; или

ii. — приобретение контроля над юридическим лицом Стороны, выражающееся в получении возможности непосредственно или через третьих лиц определять решения, принимаемые таким юридическим лицом, в том числе путем распоряжения голосами, принадлежащими на голосующие акции (доли), путем участия в совете директоров (наблюдательном совете) и иных органах управления такого юридического лица; или

iii. — открытие филиала; или

iv. — открытие представительства; или

v. — регистрация в качестве индивидуального предпринимателя».

При этом Россия, в отличие от своих обязательств как члена ВТО, в Соглашении 2010 г. не оговорила возможности ограничивать формы учреждаемых юридических лиц: «1. Каждая Сторона предоставляет лицам любой другой Стороны в отношении учреждения и (или) деятельности режим не менее благоприятный, чем режим, предоставляемый при аналогичных обстоятельствах своим собственным лицам на своей территории, с учетом ограничений, предусмотренных индивидуальным национальным перечнем для каждой из Сторон в Приложении IV к настоящему Соглашению» (ст. 3); «1. За исключением ограничений, предусмотренных индивидуальным национальным перечнем для каждой из Сторон в Приложении IV к настоящему Соглашению, ни одна из Сторон не применяет и не вводит в отношении лиц любой другой Стороны в связи с учреждением и (или) деятельностью ограничений в отношении:

а) формы учреждения, в том числе организационно-правовой формы юридического лица;...» (ст. 3).

Таким образом, в Приложении IV никаких ограничений по поводу третейских услуг не предусмотрено.

5.4. Деятельность третейского суда Таможенного союза как международная торговля третейскими услугами со стороны фонда

Пункт 2 ст. I «Сфера применения и определения» ГАТС (предполагаемого здесь применимым, как если бы Белоруссия и Казахстан были членами ВТО) предусматривает: *«Для целей настоящего Соглашения торговля услугами понимается как поставка услуг:*

(a) с территории одного Члена на территорию любого другого Члена;

(b) на территории одного Члена потребителю услуг любого другого Члена;

(c) поставщиком услуг одного Члена путем коммерческого присутствия на территории любого другого Члена;

(d) поставщиком услуг одного Члена путем присутствия физических лиц Члена на территории любого другого Члена».

Как видно, ГАТС охватывает все способы международного оказания услуг, все те варианты, которые могут иметь место в ходе оказания услуг лицами из одного члена ВТО лицам из другого члена ВТО. Речь идет о таких называемых четырех способах поставки услуг (далее текст в квадратных скобках принадлежит автору). *«Первая категория услуг охватывает трансграничные акции поставки услуг почтой или электронной связью [включая телефон, электронную почту, Skype, телевизионную связь (телемедицина) и т.д.], то есть информации для потенциального иностранного потребителя... По терминологии права [Европейского] Сообщества имеет место свободная активная поставка услуги.*

Вторая категория охватывает предложение услуг иностранным потребителям, которые сами перемещаются, чтобы воспользоваться

услугой [например, туристы]. По праву [Европейского] Сообщества, это — свободная пассивная поставка услуг.

Третья категория охватывает предложение услуг потребителю путем постоянного присутствия и получения статуса юридического лица или определенной самостоятельности, если этого достаточно. Услуга предлагается посредством коммерческого присутствия. В данном случае поставщик услуг может создать предприятие по праву страны пребывания...; он может просто открыть отделение своего предприятия или даже ограничиться заключением соответствующего договора с торговым агентом, посредниками или представителями в стране поставки услуги.

Последняя категория охватывает случаи поставки услуг путем личного перемещения поставщика услуг за пределы страны гражданства. Такое перемещение может быть временным (мастера по ремонту, бухгалтеры, юристы) либо постоянным (штатные представители). В этом случае услуга предоставляется при личном присутствии физического лица-иностранца»⁸.

Из этого следует, что деятельность фонда по организации функционирования третейского суда и деятельность последнего будет являться в свете ГАТС международной поставкой третейских услуг следующими способами:

1) первый способ поставки будет состоять в трансграничном взаимодействии фонда / третейского суда в России с иностранными лицами за рубежом по телефону, электронной почте и т.д. в ходе арбитражных разбирательств;

⁸ Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник / Пер. с франц. В.П. Серебренникова, В.М. Шумилова. — М.: Междунар. отношения, 2001. С. 270–271.

2) второй способ поставки будет состоять в том, что иностранные лица будут прибывать на территорию России для участия арбитражных разбирательств в третейском суде;

3) третий способ поставки может состоять в том, что фонд может создать свои филиалы или представительства за рубежом для оказания третейских услуг, а также отделения третейского суда.

Кстати, в связи с этим встает очень интересный вопрос: будет ли проведение за границей арбитражного слушания по делу считаться третьим способом поставки по ГАТС, т.е. учреждением там третейским судом коммерческого присутствия?

Представляется, что нет: проведение такого слушания имеет эпизодический характер, тогда как для создания коммерческого присутствия требуется гораздо большее постоянство.

Равным образом и выбор какого-то иностранного государства в качестве «*seat of arbitration*», не обязательно совпадающего с местом проведения арбитражного слушания по делу, не приведет к появлению третьего способа поставки по ГАТС, т.е. к учреждению третейским судом в этом государстве коммерческого присутствия.

4) четвертый способ поставки может состоять в том, что фонд направит в иностранное государство своих сотрудников для обеспечения проведения арбитражного разбирательства под эгидой третейского суда.

Как видно, фонд оказывается имеющим возможности на поставку третейских услуг в разных формах.

При этом возникает еще один вопрос: будет ли проведение за границей арбитражного слушания по делу третейского суда

считаться направлением туда фондом арбитров третейского суда как физических лиц в качестве четвертого способа поставки по ГАТС? Это действительно крайне интересный момент в свете того обстоятельства, что арбитры третейского суда работниками фонда или самого такого суда не являются.

В ст. I «Сфера применения и определения» ГАТС четвертый способ международной торговли услугами описывается как поставка услуг *«путем присутствия физических лиц члена на территории любого другого члена»*. В ст. XXVIII «Определения» ГАТС указывается на поставку услуги поставщиком *«посредством присутствия физических лиц»*.

Как видно, в этих положениях ГАТС не говорится о необходимости того, чтобы физические лица были связаны с поставщиком услуг именно трудовыми отношениями. И думается, что это совершенно справедливо, ведь они могут быть связаны с ним иными отношениями, гражданско-правовыми договорными или какими-то другими.

Ввиду этого, как представляется, ничто не препятствует тому, чтобы квалифицировать проведение за границей арбитражного слушания по делу третейского суда четвертым способом поставки по ГАТС со стороны фонда в виде направления туда арбитров третейского суда как физических лиц. Как бы то ни было, но арбитры определенными правовыми отношениями (не трудовыми, конечно) с фондом будут связаны, и так или иначе с ним ассоциироваться то, что и дает основания для такой квалификации.

Само собой разумеется, что основания для такого утверждения о наличии четвертого способа поставки со стороны фонда будет иметься только в том случае, если в качестве таких физических

лиц будут фигурировать арбитры – российские граждане (физические лица России как члена ВТО).

Но здесь нужно еще раз подчеркнуть, что сказанное выше будет являться верным только при допущении того, что членами ВТО окажутся также Белоруссия и Казахстан: ст. I ГАТС говорит о торговле услугами именно между членами ВТО.

Белоруссия и Казахстан членами ВТО не являются, так что потенциальную деятельность третейского суда Таможенного союза следует рассматривать в качестве международной торговли третейскими услугами со стороны фонда пока что только через призму Соглашения 2010 г.

Между тем это Соглашение, хотя и очень похоже на ГАТС, однако имеет свои особенности ввиду специфики использованных в нем формулировок. Согласно его ст. 1 «и») **„торговля услугами“** – оказание услуг, включающее в себя производство, распределение, маркетинг, продажу, доставку услуг и осуществляемое следующими способами:

- i. – с территории одной Стороны на территорию другой Стороны; или
- ii. – на территории одной Стороны лицом этой Стороны лицу другой Стороны».

Как видно, сказанное выше верно и с точки зрения Соглашения 2010 г.

5.5. Деятельность арбитров третейского суда Таможенного союза как международная торговля третейскими услугами

В свете сказанного в предыдущем пункте по поводу четвертого способа поставки возникает еще один интересный вопрос: а можно ли

будет считать международной торговлей третейскими услугами деятельность самих арбитров третейского суда Таможенного союза? Ответ на этот вопрос зависит от того, можно ли считать таких арбитров поставщиками услуг по смыслу ГАТС (при условии его применимости, т.е. членства в ВТО Белоруссии и Казахстана)?

В его ст. XXVIII «Определения» говорится: «(g) „поставщик услуг“ означает любое лицо, которое поставяляет услугу;».

Согласно этой общей формулировке ничто не препятствует тому, чтобы самих арбитров третейского суда Таможенного союза также считать занимающимися международной торговлей третейскими услугами. В таком случае становится очевидным, что такая торговля может производиться ими первым, вторым и четвертым способами поставки услуг (см. выше).

Любопытно отметить, что при четвертом способе поставки в рассматриваемой ситуации сам поставщик услуги оказывается физическим лицом, «*путем присутствия [которого] на территории любого другого члена*» (ст. I ГАТС) оказывается третейская услуга.

Однако это верно только в том случае, если полагать, что в сфере третейского разбирательства фонд оказывает свои услуги, а арбитры – свои собственные. В самом деле, если услуга одна и та же, то оказывать ее два лица одновременно не могут.

И такой подход будет правомерным, если считать, что фонд оказывает третейские услуги в форме своей деятельности по организации международного коммерческого арбитража, а арбитры – в виде своей самостоятельной деятельности в ходе разбирательства в международном коммерческом арбитраже (единоличного арбитра или нескольких арбитров).

5.6. Деятельность третейского суда Таможенного союза как международная торговля третейскими услугами со стороны учредителей фонда

Из вышесказанного следует, что в свете ГАТС деятельность фонда и третейского суда Таможенного союза необходимо считать международной торговлей третейскими услугами также и со стороны учредителей фонда.

В самом деле, само по себе учреждение лицами из Белоруссии и Казахстана фонда для обеспечения деятельности этого третейского суда следует считать третьим способом поставки третейских услуг.

Кроме того, направление лицами из Белоруссии и Казахстана своих сотрудников для работы в фонде в целях обеспечения деятельности этого третейского суда необходимо будет рассматривать в качестве четвертого способа поставки третейских услуг.

5.7. Платность и возмездность как дополнительный критерий необходимости квалифицировать вышеуказанную деятельность в качестве именно международной торговли третейскими услугами

Согласно п. 3 ст. I ГАТС «(b) „услуги“ включают любую услугу в любом секторе, за исключением услуг, поставляемых при осуществлении функций правительственной власти;

(с) „услуга, поставляемая при осуществлении функций правительственной власти“ означает любую услугу, которая поставляется на некоммерческой основе и не на условиях конкуренции с одним или несколькими поставщиками услуг».

В ходе деятельности фонда/третейского суда Таможенного союза арбитражные сборы взиматься будут, т.е. фонд будет получать определенную выручку. Арбитры третейского суда за свою деятельность получать вознаграждение также будут. Очевидно, что назвать такую деятельность осуществляемой на некоммерческой основе никак нельзя.

Кроме того, деятельность фонда и третейского суда будет проходить в условиях конкуренции с другими организациями и третейскими судами при них: потребители третейских услуг будут выбирать сами, куда им лучше обращаться.

Все это является дополнительными доводами в пользу того, чтобы считать и деятельность фонда, и деятельность арбитров третейского суда Таможенного союза торговлей третейскими услугами.

Но как быть с учредителями фонда, учитывая, что они чистый доход от деятельности третейского суда могут и не получать? Ответ прост: ВТО и ГАТС не связывают международную торговлю услугами с получением чистого дохода от торговли таковыми, для них важно иное – намерение оказывать услуги в международном контексте и само их оказание (попытка такового) в условиях конкуренции. А то, что эти намерение, оказание (попытка такового) могут оказаться в конечном счете неприбыльными – так это дело случая и риска. Не логично отменять из-за такой превратности необходимость квалификации даже и оказавшейся провальной попытки в качестве торговли услугами.

Так что учредители фонда, даже если они и не получают от деятельности третейского суда какую-то выгоду, все равно должны считаться осуществляющими международную торговлю

третейскими услугами при помощи соответствующих способов поставки.

Соглашение 2010 г. исходит из тех же принципов.

5.8. Третейский суд Таможенного союза и вопрос об услугах, поставляемых при осуществлении функций правительственной власти

Как уже говорилось, согласно ст. I ГАТС «услуга, поставляемая при осуществлении функций правительственной власти» означает любую услугу, которая поставляется на некоммерческой основе и не на условиях конкуренции с одним или несколькими поставщиками услуг.

В свете этих положений может показаться возможным следующий способ избежать сложностей, вытекающих из применимости ГАТС в какой-либо связи с третейским судом Таможенного союза в указанных выше ситуациях (при условии, что и Белоруссия, и Казахстан будут членами ВТО): объявить любую деятельность в какой-либо связи с таким судом услугами, поставляемыми при осуществлении функций правительственной власти.

Однако такое объявление невозможно по двум причинам. Во-первых, для этого арбитражный сбор такого суда нужно было бы сделать номинальным, что вряд ли возможно. Во-вторых, нужно было бы устранить конкуренцию со стороны иных арбитражных центров, сделав обращение в такой третейский суд обязательным, что также невозможно.

Крайне важен и идеологический момент: просто недопустимо даже упоминать о том, что такой суд связан с осуществлением

функций правительственной власти, ведь тогда доверие к нему будет подорвано изначально и бесповоротно.

5.9. Вопрос о распространении правил ВТО и Соглашения 2010 г. на исполнение в соответствующих государствах решений третейского суда Таможенного союза

Как известно, право ВТО, как и Соглашение 2010 г., предоставляют определенные важные гарантии поставщикам услуг в ходе международной торговли таковыми, в частности, гарантируют по общему правилу свободу поставки услуг.

В связи с этим встает вопрос: а нельзя ли такие гарантии объявить применимыми также и к процессу приведения в исполнение арбитражных решений/подачи заявлений об отмене последних?

С проарбитражных позиций объявить применимость таковых крайне соблазнительно. Однако все же это было бы крайне сомнительным.

Согласно ст. XXVIII «Определения» ГАТС «(b) „поставка услуги“ включает производство, распределение, маркетинг, продажу и доставку услуги;». Как видно, потребление услуги (т.е. в рассматриваемом случае процесс приведения в исполнение арбитражных решений/рассмотрение заявлений об отмене последних) под такое определение не подпадает. Следовательно, ГАТС регулирует только международный процесс оказания услуг, но не процесс их внутринационального потребления. Между тем приведение в исполнение арбитражных решений/подача заявлений об отмене последних осуществляются не поставщиками третейских услуг, т.е. таковые следует считать потреблением результатов этих услуг. При этом такое потребление

итогов оказания третейских услуг в современном мире всегда оказывается внутринациональным процессом, на который ГАТС не распространяется.

Поэтому, к сожалению, определенные важные гарантии поставщикам услуг в ходе международной торговли таковыми, предоставляемые правом ВТО и Соглашением 2010 г., распространить на процесс приведения в исполнение арбитражных решений/подачу заявлений об отмене последних невозможно.

Таким образом, ГАТС и Соглашение 2010 г. имеют значение для поставки услуги, но отнюдь не для ее потребления: то или иное регулирование последнего является уже прерогативой внутринационального права.

Имеет место определенный баланс: оказание услуг — сфера компетенции наднационального права международной торговли, а финальное потребление его итогов — сфера компетенции внутринационального права.

Кстати, возникает интересный вопрос: должно ли соглашаться с таким подходом право ВТО с точки зрения далекого будущего, учитывая стремление этого права к экспансии и все большей тотальности? Конечно же, нет, т.е. проарбитражный дух должен стараться найти свое укрепление в том числе на путях права ВТО.

5.10. Вопрос о правомерности заключения между членами Таможенного союза международного соглашения о третейском суде такого союза в свете права ВТО

Согласно ст. V «Экономическая интеграция» ГАТС *«1. Настоящее Соглашение не препятствует никому из его членов участвовать*

в или заключать какое-либо соглашение, направленное на либерализацию торговли услугами между сторонами или среди сторон такого соглашения при условии, что такое соглашение:

(а) охватывает существенное число секторов (1) и*

(b) не допускает дискриминации или устраняет в существенной мере всякую дискриминацию в смысле статьи XVII между сторонами или среди них в секторах, охватываемых подпунктом (а), посредством:

(i) устранения существующих дискриминационных мер и/или

(ii) запрещения новых или более дискриминационных мер,

либо при вступлении в силу такого соглашения, либо в течение разумного периода времени, за исключением мер, разрешенных согласно статьям XI, XII, XIV и XIV-бис».

Понятно, что эти правила на Белоруссию и Казахстан не распространяются: они не члены ВТО и не стороны ГАТС. Но распространяются ли они на Россию как члена ВТО в свете Соглашения 2010 г.?

На мой взгляд, несомненно распространяются: в этой ст. V видно четкое различие между «членами ВТО/ГАТС» и «сторонами какого-либо соглашения, направленного на либерализацию торговли услугами между сторонами или среди сторон такого соглашения». Они между собой точно могут не совпадать. Поэтому эти правила на Россию распространяются.

Между тем предлагаемый в проекте концепции международный договор о третейском суде Таможенного союза не является тем, который «охватывает существенное число секторов» услуг.

Ввиду этого его заключение соответствовать ГАТС не будет.

Однако является совершенно самостоятельным вопрос о том, кто из членов ВТО заинтересуется этим аспектом и будет требовать

признания такого несоответствия в рамках ВТО? С одной стороны, этот сектор третейских услуг в рамках Таможенного союза и емкости российского рынка может быть интересен другим членам ВТО с точки зрения его сути, а с другой – не очень с точки зрения его объема в денежном выражении, все же он не так серьезен, как аналогичные рынки, например, в Лондоне или Париже.

Но несоответствие ГАТС налицо.

5.11. Особые привилегии третейского суда Таможенного союза в свете российского конституционного принципа равенства: вопрос о нарушении прав других российских лиц

Как следует из проекта концепции, третейскому суду Таможенного союза предполагается предоставить ряд серьезных льгот и преимуществ, закрепляемых при помощи особого международного договора. Это такие льготы и преимущества, которыми иные российские международные коммерческие арбитражи не обладают и не будут обладать по идеологии проекта:

- расширение компетенции этого суда за счет отказа от ограниченного подхода к арбитрабельности споров;
- упрощенный порядок признания и приведения в исполнение решений этого суда на территории государств-членов Таможенного союза;
- особый порядок принудительного исполнения обеспечительных мер, принятых этим судом (*«У сторон спора будет возможность принудительного исполнения обеспечительных мер, примененных Арбитражным судом (у сторон споров, которые рассматриваются в иных международных коммерческих арбитражах, такая возможность отсутствует)»* (раздел III «Концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза»)).

В проекте такие льготы именуются «конкурентным преимуществом» такого суда.

В связи с этим возникает вопрос: не будет ли предоставление третейскому суду Таможенного союза таких серьезных льгот и преимуществ нарушением конституционного принципа равенства с точки зрения юридического статуса иных российских лиц (ст. 19 Конституции РФ:

«1. Все равны перед законом и судом.

2. Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности»)?

Думается, что никакого такого нарушения места иметь не будет. Предоставление льготы одному лицу (особенно с иностранным участием) не может являться ограничением прав местного лица в ситуации, когда оно преследует цели защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Лично мне представляется, что предоставление третейскому суду Таможенного союза таких серьезных льгот и преимуществ этим целям отвечало бы (хотя это большая и самостоятельная сложная тема для отдельной дискуссии).

И само собой, не может иметь места тут и нарушение принципа национального режима с точки зрения юридического статуса иных российских лиц: согласно этому принципу должно быть уравнивание иностранных лиц (или же российских лиц с иностранным

участием) с местными российскими лицами, а отнюдь не наоборот. Принцип национального режима не может требовать, чтобы права местных российских лиц ориентировались на права иностранцев (или же российских лиц с иностранным участием). Это задача принципа равенства, а он, как было показано выше, не нарушается.

По общему правилу закон может предоставлять больше прав иностранным лицам (или же российским лицам с иностранным участием, в данном случае с белорусским и казахстанским), нежели местным, если это оправданно в свете целей защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В данном случае это в целом оправданно.

А юридическим обоснованием такого подхода косвенно служит ч. 3 ст. 62 Конституции РФ: *«Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации»*. Это конституционное положение не запрещает наделение иностранных лиц (или же российских лиц с иностранным участием) дополнительными правами, а скорее предполагает возможность наделения их таковыми.

А ВТО всегда только рада тем подходам государств, которые ведут к предоставлению иностранным лицам (или же местным лицам с иностранным участием) больших прав, нежели чисто местным лицам. Задача ВТО — защита иностранцев от привилегий для местных лиц и обеспечение все больших прав для первых, но отнюдь не наоборот.

Однако совершенно самостоятельным является вопрос о политической и экономической целесообразности предоставления

таких льгот и преимуществ именно третейскому суду Таможенного союза, а не иному арбитражному центру в России.

5.12. Особые привилегии третейского суда Таможенного союза в свете принципа национального режима: вопрос об обеспечении прав других иностранных лиц

Однако сказанное в предыдущем пункте не исключает рассмотрения вопроса о принципе национального режима с точки зрения обеспечения прав уже не российских, а именно других иностранных лиц.

Согласно ст. XVII «Национальный режим» ГАТС «1. В секторах, содержащихся в его Перечне, и на условиях и требованиях, оговоренных в нем, каждый член предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого члена в отношении всех мер, затрагивающих поставку услуг, режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет аналогичным отечественным услугам или поставщикам услуг.* (10)

2. Член может выполнить требования пункта 1 путем предоставления услугам и поставщикам услуг любого другого члена либо формально такого же режима, или формально отличного режима по отношению к тому, какой он предоставляет своим собственным аналогичным услугам или поставщикам услуг.

3. Формально такой же или формально отличный режим считается менее благоприятным, если он меняет условия конкуренции в пользу услуг или поставщиков услуг этого члена, по сравнению с аналогичными услугами или поставщиками услуг любого другого члена».

Фонд, при котором планируется создать третейский суд Таможенного союза, будет являться отечественным поставщиком третейских услуг как с точки зрения права России, так

и с точки зрения права ВТО или же Таможенного союза (см. выше п. 5.1).

Положения международного договора о таком суде станут частью национального права России, т.е. частью национального режима в том его виде, в каком он должен быть применим к иностранным лицам.

Более того, в «Перечне специфических обязательств Российской Федерации по услугам» Россия при вступлении в ВТО сделала только две секторальные (т.е. касающиеся конкретных видов услуг) оговорки в отношении третейских услуг: (а) она оставила за собой право регулировать по своему усмотрению деятельность трудового арбитража, т.е. с исключением действия принципа национального режима по ГАТС; (б) она оставила за собой право регулировать по своему усмотрению оказание третейских услуг по четвертому способу поставки (см. выше), т.е. с исключением действия принципа национального режима по ГАТС.

Из сказанного возникает следующий интересный вопрос: коль скоро Россия наделила фонд как своего поставщика третейских услуг особыми привилегиями, то разве другие иностранные лица, желающие поставлять третейские услуги, не вправе, основываясь на ст. XVII «Национальный режим» ГАТС, претендовать на создание в России также фонда с получением им таких же привилегий для его деятельности? Скорее вправе.

Само собой разумеется, что и тут без обращения к принципу равенства также не обойтись, в том смысле, что можно утверждать, что иностранные лица, желающие поставлять третейские услуги, будут вправе претендовать на получение создаваемым им в России лицом таких же привилегий, что и у фонда, лишь при соблюдении трех условий:

- их юридический статус будет равнозначен статусу учредителей фонда;
- они намерены поставлять также третейские услуги;
- создаваемое ими лицо также должно быть фондом.

В самом деле, ст. XVII «Национальный режим» ГАТС выдвигает требование аналогичности поставщиков и услуг, являющийся иной ипостасью принципа равенства.

Но до какой степени такая аналогичность должна иметь место? До абсолютно полной и зеркальной? Думается, что она таковой быть не может и что планка требований к этим иностранным лицам может быть опущена ниже (в том числе ниже критерия схожести до степени смешения, ведь на практике и его соблюдения иностранным лицом добиться непросто). Основанием для такого вывода являются соображения о соразмерности и сбалансированности требований, принцип недискриминации и вытекающая из п. 3 ст. XVII «Национальный режим» ГАТС недопустимость менять условия конкуренции в пользу местных поставщиков.

Как бы то ни было, но даже и при высокой планке требования аналогичности преодолеть ее можно, наверно. При желании и обеспеченности средствами, конечно.

Так что при наличии этих двух моментов соответствующие иностранные лица (или созданное ими в России юридическое лицо) вполне могли бы претендовать на то, что им должны быть предоставлены те же самые привилегии, что и те, что даны фонду, при котором создан третейский суд Таможенного союза.

При этом то обстоятельство, что этому фонду такие привилегии предоставлены не национальным законом, а особым международным

договором, никакого значения не имеет, ведь последний будет частью российского права. В свете только что рассмотренной проблематики важно иное: каков по содержанию режим деятельности местного, российского, поставщика третейских услуг, а не то, каким нормативным актом это содержание устанавливается.

Таким образом, поставщикам третейских услуг из Парижа (ICC), Лондона (LCIA) и Стокгольма открываются, на первый взгляд, просто блестящие перспективы на российском рынке: проект концепции по сути приглашает их к усилению активности в России, к созданию коммерческих присутствий и третейских судов при них с претензией на особые льготы и преимущества, на которые местные российские третейские суды претендовать не могут. Так что российским поставщикам услуг по международному коммерческому арбитражу при желании проект концепции в свете права ВТО можно трактовать как ящик Пандоры, а иностранным поставщикам таких услуг — как рог изобилия.

Но не все так просто: нужно вспомнить о горизонтальной оговорке в «Перечне специфических обязательств Российской Федерации по услугам», сделанной при вступлении в ВТО в отношении создания и регулирования деятельности некоммерческих организаций: Россию при определенных условиях можно считать имеющей право при помощи закона запретить иностранцам создание таких организаций для оказания третейских услуг, с соблюдением принципа недискриминации, конечно (см. выше п. 5.2). Эта горизонтальная оговорка упомянутый ящик Пандоры может закрыть. Так что иностранным поставщикам услуг по международному коммерческому арбитражу надо успевать до принятия такого закона.

В свете Соглашения 2010 г. аналогичный запрет для других лиц из Белоруссии или Казахстана введен быть не может (см. выше п. 5.3). Однако вряд ли на их территории найдутся поставщики

услуг, желающие создать в России коммерческое присутствие для оказания третейских услуг, аналогичных услугам проектируемых фонда/третейского суда.

5.13. Особые привилегии третейского суда Таможенного союза в свете принципа режима наибольшего благоприятствования: вопрос об обеспечении прав других иностранных лиц

Согласно ст. II «Режим наибольшего благоприятствования» ГАТС *«1. В отношении любой меры, охватываемой настоящим Соглашением, каждый Член немедленно и, безусловно, предоставляет услугам и поставщикам услуг любого другого члена режим, не менее благоприятный, чем тот, который он предоставляет для аналогичных услуг или поставщиков услуг любой другой страны.*

2. Член может сохранить меру, несовместимую с пунктом 1, при условии, что такая мера внесена в перечень изъятий и отвечает условиям Приложения по изъятиям из статьи II.

3. Положения настоящего Соглашения не могут быть истолкованы как препятствующие любому члену давать или предоставлять преимущества в отношении сопредельных стран в целях облегчения в пределах приграничных территорий обмена услугами, которые и производятся и потребляются в рамках таких территорий».

Как видно, в этой статье предоставление РНБ связывается не с тем, что какой-то благоприятный режим должен предоставляться именно лицам из члена ВТО, а с тем, что он может предоставляться кому угодно, поставщикам услуг любой другой страны, причем после этого на такой же режим могут претендовать и иные члены ВТО.

Ввиду этого в свете РНБ предоставление благоприятного режима нечлену ВТО должно влечь его предоставление члену ВТО,

что более чем разумно в контексте права ВТО и его целей. Становясь членом ВТО, страна не должна играть на различиях между членами и нечленами ВТО, а должна придерживаться ясной и четкой политики: предоставление кому-либо то ни было льготы, даже и нечлену ВТО, автоматически должно влечь ее распространение на других членов ВТО.

В свете проекта концепции ясно видно, что лицам из Белоруссии и Казахстана предоставлен определенный благоприятный режим в отношении торговли третейскими услугами при помощи создания фонда с важными привилегиями.

Ввиду этого можно задаться вопросом: а разве поставщик третейских услуг из любого другого члена ВТО в свете вышеизложенного не вправе претендовать на создание в России также фонда с получением им таких же привилегий для его деятельности? Скорее вправе.

Важно отметить, что Россия при вступлении в ВТО в «Списке изъятий из Статьи II (РНБ)» не оговорила за собой право самостоятельно решать вопрос о том, а не ограничить ли права иностранных лиц в секторе третейских услуг. А раз она это не оговорила, то ограничивать такие права она не вправе: все то, что проект концепции предлагает дать лицам из Белоруссии и Казахстана, Россию в силу РНБ вполне можно считать обязанной давать и лицам из других членов ВТО. Само собой, с учетом уже описанных выше нюансов о принципе равенства, требования аналогичности и т.д.

В свете этого поставщикам третейских услуг из Парижа (ICC), Лондона (LCIA) и Стокгольма открываются дополнительные перспективы на российском рынке. Ящик Пандоры (см. предыдущий раздел), который в свете обязательств России перед ВТО

может быть как открыт, так и закрыт, РНБ может распахнуть окончательно.

Другой совершенно самостоятельный вопрос: а интересно ли таким иностранным поставщикам подобное усиление? Далеко не факт.

**5.14. Особые привилегии третейского суда
Таможенного союза в свете Конвенции ООН
о признании и приведении в исполнение
иностранных арбитражных решений
(Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.)**

Согласно ст. III этой Конвенции «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».

Предлагаемые в проекте концепции положения международного договора это условие не нарушают: условия признания или приведения в исполнение арбитражных решений на основании такого договора, к которым одновременно будет применяться эта Конвенция, не будут более обременительными, чем те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних решений. Напротив, они будут даже более благоприятными!

Далее, согласно ст. VII Конвенции *«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».

Как видно, и это положение всячески поддерживает идею в проекте концепции о льготном порядке исполнения решений третейского суда Таможенного союза (с учетом сказанного выше по поводу прав иностранных лиц в свете принципа национального режима и РНБ).

5.15. Права МКАС и МАК в свете проекта концепции и всего вышеизложенного

Если перенести все вышесказанное в практическую плоскость, то окажется, что ТПП РФ/МКАС и МАК при ТПП РФ не смогут претендовать внутри России в свете российского права/права ВТО/или же Соглашения 2010 г. на тот же особый благоприятный режим в отношении своей компетенции/порядка исполнения обеспечительных мер/порядка исполнения арбитражных решений, что будет установлен для третейского суда Таможенного союза и его актов. Принцип равенства в свете Конституции России в данном случае нарушен, скорее всего, не будет: законодатель вправе по общему правилу наделить иностранных лиц (российских лиц с иностранным участием) большими правами, нежели российских лиц. Исключения же из такого общего правила могут быть в рассматриваемой ситуации применимы, но при наличии определенных условий.

Далее, ТПП РФ/МКАС и МАК при ТПП РФ будут являться для Белоруссии и Казахстана поставщиками услуг, которым необходимо обеспечить национальный режим в свете Соглашения 2010 г. (коль скоро Белоруссия и Казахстан членами ВТО не являются).

Согласно Соглашению 2010 г. при принятии международного договора о третейском суде Таможенного союза правила о статусе такого суда и об исполнении его актов станут внутренним регулированием Белоруссии и Казахстана, т.е. войдут в состав положений, определяющих национальный режим в таких странах. Более того, никаких оговорок о возможности ограничений такого режима в отношении третейских услуг ни одна из этих стран не сделала, хотя и могла при помощи указания в приложении IV к Соглашению 2010 г. на возможность введения таких ограничений («Перечень сохраняемых сторонами ограничений в отношении учреждения, деятельности (оговорки по статье 3, ограничения по статьям 4 и 5 Соглашения о торговле услугами и капиталовложениях в государствах-членах Единого экономического пространства»).

И этот момент тут же сделает правомерным хотя бы постановку вопроса со стороны ТПП РФ/МКАС и МАК при ТПП РФ о том, что в их отношении и в отношении актов МКАС и МАК при ТПП РФ на территории Белоруссии или Казахстана должен применяться тот же самый режим, что и в отношении третейского суда Таможенного союза и его актов на той же самой территории.

В самом деле, если принятие международного договора о третейском суде Таможенного союза создаст определенные возможности на территории России для поставщиков третейских услуг из Парижа (ICC), Лондона (LCIA) и Стокгольма, то почему бы не увидеть в этом аналогичные возможности для МКАС и МАК при ТПП РФ на территории государств-членов Таможенного союза?

Впрочем, для того чтобы полноценно и верно ответить на такой вопрос, нужно знать в идеале в рассматриваемом отношении еще и право Белоруссии и Казахстана. По этой причине автор

ограничивается только постановкой указанного вопроса, но не поиском ответа на него.

А ведь есть еще сложный вопрос по поводу обеспечения прав российского учредителя фонда, при котором будет действовать третейский суд Таможенного союза, в Белоруссии и в Казахстане в сфере третейского разбирательства в свете принципа национального режима в этих странах. Равным образом аналогичный вопрос может вставать и в отношении российских арбитров как поставщиков третейских услуг.

Кроме того, все эти вопросы нужно еще рассматривать через призму принципа равенства: даже если сначала и признать необходимость наделения ТПП РФ/МКАС и МАК при ТПП РФ (иных поставщиков третейских услуг) в свете принципа национального режима теми же правами, что и проектируемый фонд, такое признание можно нейтрализовать ссылкой на принцип равенства и требование аналогичности (зеркального уподобления), заявив, что необходимо, чтобы ТПП РФ стало биржей (как и учредитель фонда). Это звучит абсурдно, так как подобное требование уподобления (или схожести) нерационально и чрезмерно, однако все-таки такой прием на практике возможен.

В любом случае формат настоящей работы слишком узок, чтобы и далее обстоятельно освещать в ней все эти нюансы. Несомненно, такое освещение и так уже похоже отчасти на игру в бисер. Но в то же время не весьма ли утопичен пока и проект концепции?

В заключение можно задаться еще одним вопросом. Как известно, ТПП РФ (МКАС и МАК при ТПП РФ) будет являться для Белоруссии и Казахстана поставщиком третейских услуг, которому (которым) необходимо в соответствующем случае обеспечивать

режим наибольшего благоприятствования в свете Соглашения 2010 г. Соответственно, если фонду, при котором создан третейский суд Таможенного союза, в Белоруссии и Казахстане будут предоставлены особые преимущества как лицу российского права, то значит ли это, что на такие же преимущества будет иметь право претендовать и ТПП РФ (МКАС и МАК при ТПП РФ) в свете РНБ? Но тут ответ должен быть отрицательным: РНБ касается уравнивания в правах лица из одной страны, с лицом из другой страны, а не уравнивания в правах лиц из одной и той же страны. Ввиду этого ТПП РФ (МКАС и МАК при ТПП РФ) следует рассчитывать не на РНБ, а на принцип национального режима (с учетом принципа равенства).

6. Некоторые выводы

Количество недостатков и странностей в проекте концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза слишком велико. Создается впечатление, что проект подготовлен слишком формально, с намеком на то, чтобы «просто отвязались». Его формулировки также достаточно неряшливы. Все это заставляет задуматься о будущем риске отсутствия качества, в том числе и в регламенте такого суда.

Далее, при разработке проекта концепции ни право ВТО, ни право Таможенного союза, регулирующее международную торговлю услугами в третейской сфере, не анализировались.

Равным образом не был осуществлен прогноз тех последствий создания третейского суда в рамках Таможенного союза, которые могут иметь место в свете такого регулирования (проект концепции в определенных ситуациях как ящик Пандоры). Возможно, Минюсту РФ придется пожалеть, что 10 лет назад и в последующем он так и не решился серьезно заняться проблематикой

торговли юридическими услугами в праве ВТО, а оставил эту тему иным ведомствам, так что в итоге российская сфера международной торговли третейскими услугами оказалась забытой, брошенной и незащищенной.

Таким образом, создается впечатление, что проект концепции был разработан не вполне тщательно и без серьезного понимания перспектив деятельности третейского суда Таможенного союза.

Соответственно, проект и изложенные в нем идеи слишком сырые. Остается надеяться, что члены Таможенного союза (или даже Евразийского экономического союза) захотят и сумеют исправить его недостатки, даже если именно сегодня это и может вызывать определенные сомнения.

Доминик Пеллью,

партнер фирмы «Dentons», солиситор Высших судов Англии и Уэльса

SOME OBSERVATIONS ON THE CURRENT PROPOSED REFORMS TO RUSSIAN ARBITRATION LAW

To an outside observer the current proposed reforms to Russian arbitration law contain a mixture of positive and negative features. This article sets out some observation on key aspects of the reforms from the perspective of a non-Russian arbitration practitioner, focusing on those areas which affect international rather than domestic arbitration.

The reforms are set out in three key documents to which this article shall refer: first, the report headed “Complex of measures aimed at the development of arbitration in the Russian Federation” (“Комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в Российской Федерации”) prepared by the Ministry of Justice and dated 22 December 2012, which sets out the main elements of the proposed reforms (the “**Report**”)¹. Secondly, the draft Federal Law amending various legislative texts relating to arbitration, including the Arbitrazh Procedural Code and the 1993 Law on International Commercial Arbitration (the “**Draft Amendments**”). Thirdly, the draft Federal Law on Arbitration Tribunals and Arbitration in the Russian Federation (the “**Draft Law on Arbitration**”). The versions of the Draft Amendments and the Draft Law on Arbitration to which this article relates were those published in Internet at the end of January 2014 by the Russian Ministry of Justice.

¹ The author understands that the Report has not been made available to the public.

1. Jurisdictional scope of the 1993 Law on International Commercial Arbitration

Russian arbitration law is made up principally of two statutes: the 2002 Federal Law “On Arbitration in the Russian Federation”, which governs domestic arbitration, and the 1993 Law on International Commercial Arbitration (the “**1993 Law**”), which governs international commercial arbitration, and is based on the UNCITRAL Model Law.

The 1993 Law currently allows Russian enterprises “*с иностранными инвестициями*” (literally “with foreign investments”) to refer their disputes to international commercial arbitration. The Model Law contains no such jurisdictional hook. The Report comments that there may have been a good reason, at the time the 1993 Law was introduced, to reassure foreign investors with Russian subsidiaries that those subsidiaries could refer disputes to international arbitration, given the inadequacies of Russian legislation dealing with domestic arbitration at that time. However, the Report considers that, given the improvements to domestic arbitration legislation that will be brought about by the reforms, there will be no continuing rationale for preserving this jurisdictional ground under the 1993 Law.

The proposed amendments to Article 1 of the 1993 Law do indeed remove the ability of Russian enterprises to submit disputes to international commercial arbitration on the sole ground that those enterprises have foreign shareholders.

This slight shrinkage in the jurisdictional scope of the 1993 Law affects only a small segment of the market in Russia. Plenty of disputes between Russian companies will remain “international” even after the reforms. But it does raise interesting questions of principle. The change can hardly be justified as being aimed at bringing the 1993 Law in line with the Model Law, since the Model Law includes

other grounds for allowing domestic companies to submit disputes to international arbitration which are potentially much wider than the Russian “enterprises with foreign investments” ground, and which have never been part of Russian law (namely the grounds based on (i) the seat of the arbitration being outside the parties’ place of business, and (ii) an express agreement by the parties that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country). Rather, the change seems to be consistent with one of the stated aims of the reforms, namely “to fight against the current ‘offshorization’ of large disputes involving Russian companies” (“бороться с существующей «оффшоризацией» крупных споров с участием российских компаний”). Yet in theory it should be possible to achieve this result simply by improving the domestic arbitration regime and allowing market forces to take effect. Is it really necessary to legislate so as to remove the right of foreign-owned Russian companies to opt for international arbitration? Under English law, there is nothing preventing two English companies from choosing to arbitrate their disputes outside the UK. Indeed, this is the case whether or not one of them is under foreign ownership.

2. Jurisdictional scope of the Draft Law on Arbitration

The Draft Law on Arbitration is intended to replace the 2002 Federal Law “On Arbitration in the Russian Federation”, with effect from 1 January 2015. The Draft Law on Arbitration primarily governs domestic arbitration in Russia.

There is an ambiguity in the drafting of the Draft Amendments and the Draft Law on Arbitration which makes it unclear which provisions of the Draft Law on Arbitration are intended to apply equally to international commercial arbitration taking place inside Russia. The proposed new Article 1.2 of the 1993 Law provides:

“Questions not dealt with in this Law, including those connected to the creation and activities on the territory of the Russian Federation of permanent arbitral institutions administering international commercial arbitration, the storage of case materials and the making of changes in public and publicly significant registers in the Russian Federation on the basis of decisions of arbitral tribunals, the relationship between mediation and arbitration, as well as requirements for arbitrators and liability of arbitrators and permanent arbitral institutions in the framework of international commercial arbitration where the seat of the arbitration is in the Russian Federation, are governed in accordance with the Federal Law “On arbitration tribunals and arbitration in the Russian Federation” (here and below author’s translation)².

Since the listed areas – the creation and activities of arbitral institutions, the storage of case materials etc. – are not regulated by the 1993 Law, the apparent meaning of the above wording is that all the provisions of the Draft Law on Arbitration which relate to those areas shall equally apply to international arbitrations taking place in Russia. Yet Articles 1.2 to 1.4 of the Draft Law on Arbitration contain clear guidance on which provisions of the Draft Law on Arbitration are to apply to international arbitrations, and the list does not include all of the above areas; specifically it does not include the provisions relating to arbitrator qualifications in Articles 11.7 to 11.12 of the Draft Law on Arbitration.

² “Не урегулированные настоящим Законом вопросы, в том числе связанные с созданием и деятельностью на территории Российской Федерации постоянно действующих арбитражных учреждений, администрирующих международный коммерческий арбитраж, хранением материалов дел и внесением изменений в публичные и публично значимые реестры в Российской Федерации на основании решений третейских судов, соотношения медиации и арбитража, а также требований к арбитрам (третейским судьям) и ответственности арбитров и постоянно действующих арбитражных учреждений в рамках международного коммерческого арбитража в случаях, когда место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Федеральным законом “О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации”.

This article will assume that the more specific guidance in Articles 1.2 to 1.4 of the Draft Arbitration Law, not the new Article 1.2 of the 1993 Law, will control which of the provisions of the Draft Arbitration Law shall apply to international arbitration.

3. Removal of the Russian courts' right to set aside foreign awards where the tribunal applied Russian material law (Article 230.5 Arbitrazh Procedural Code ("APK"))

Article 230.5 of the APK currently provides:

*"In cases provided for in an international treaty of the Russian Federation and in accordance with this paragraph, an award issued in a foreign arbitration in which norms of legislation of the Russian Federation were applied may be challenged by the filing of an application to set aside such award in the arbitrazh court of the subject of the Russian Federation at the place where the debtor lives or is located, or, if the place where the debtor lives or is located is unclear, at the place where the property of the debtor/ party to the arbitral proceeding is located"*³.

The Report comments as follows:

"In the framework of part 5 of Article 230 of the APK RF the possibility is provided for the setting aside in the Russian Federation of an award issued in a foreign international commercial arbitration where Russian

³ "В предусмотренных международным договором Российской Федерации случаях в соответствии с настоящим параграфом может быть оспорено иностранное арбитражное решение, при принятии которого применены нормы законодательства Российской Федерации, путем подачи заявления об отмене такого решения в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника – стороны третейского разбирательства".

*law was applied, but only if such setting aside is directly provided for in an international treaty. As of today's date, Russia lacks any such treaties, which renders this norm inapplicable in practice*⁴.

Accordingly, the Draft Amendments propose a new version of Article 230 in which Article 230.5 is missing.

This is a step forward for Russian arbitration law. Despite the conclusion in the Report that “[a]s of today's date, Russia lacks any such treaties”, in point 10 of its Informational Letter of 22 December 2005 No. 96 the Supreme Arbitrazh Court (“**SAC**”) held – surprisingly – that the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 (the “**European Convention**”) was precisely such an international treaty. The SAC concluded that, provided an award is issued in a country which is a signatory to the European Convention, and provided the tribunal applied Russian material law, the Russian arbitrazh courts will have jurisdiction to set aside the award. The SAC's interpretation of the relevant provision of the European Convention (namely, Article IX (1)) was certainly controversial, and meant that Russia was one of only two countries in the world (to the author's knowledge) whose national courts took the view that they could set aside awards issued in other countries – the others being India and Indonesia. It also meant that some of the major European seats for arbitration (including Paris) suddenly started to look less attractive for Russian-related disputes.

This proposed change to Russian arbitration law brings Russia in line with global practice and is welcome.

⁴ “В рамках части 5 статьи 230 АПК РФ предусмотрена возможность отмены в Российской Федерации решения иностранного МКА, вынесенного с применением российского права, но только если такая отмена прямо предусмотрена международным договором. На сегодняшний день такие договоры у Российской Федерации отсутствуют, что делает указанную норму фактически не применимой на практике”.

4. Contracting out of the Russian courts' jurisdiction to set aside (Article 34 of the 1993 Law).

The Report recommends:

“allowing parties to waive their right to apply to have the award set aside on certain grounds, by means of a direct indication in the arbitration agreement of such waiver”⁵.

The actual proposed changes to the relevant legislation (specifically, to Article 34 of the 1993 Law) are perhaps less far-reaching than the above recommendation implies. They envisage merely that, where the parties have chosen administered as opposed to *ad hoc* arbitration, they may agree that the arbitral award will be “final”, in which case the award may not be challenged on the procedural grounds in part 1 of Article 34.2 (*i.e.* lack of a valid arbitration agreement, the parties not being properly informed etc.) but may be challenged on the grounds in part 2 of Article 34.2 (*i.e.* arbitrability and public policy). Thus, in simple terms, the parties cannot contract out of a challenge on the arbitrability and public policy grounds.

It is worth putting this in context. Historically, for those countries which, like Russia, adopted the UNCITRAL Model Law, there has been some doubt as to whether parties may contract out of Article 34 of the Model Law (the right to challenge an award). The courts of Canada have ruled that they can (*Noble China Inc v. Lei* (1998) 42 O.R. (3d) 69; 42 B.L.R. (2d) 262), whereas the courts of New Zealand have ruled that they can't (*Methanex Motonui Ltd v Joseph Spellman and Ors* CA 171/03, 17 June 2004).

⁵ “предоставить сторонам возможность отказаться от права обращаться с заявлением об отмене решения третейского суда по определенным основаниям путем прямого указания в арбитражном соглашении на такой отказ”.

Some countries – whether they are Model Law countries or not – have introduced legislation making clear that the right to challenge an award may be contracted out of. The best-known examples are Belgium, Switzerland, Sweden and France. None of those countries carve out the arbitrability and public policy grounds for challenge, like the proposed Russian changes do. Thus, in all four countries it is possible for parties to an international arbitration fully to contract out of any right to challenge an award in the local courts. Against this background it is not clear why the authors of the proposed new laws in Russia have sought to preserve the Russian courts' jurisdiction in all situations to set aside awards on arbitrability and public policy grounds.

On a positive note, in three of the above-named countries – Belgium, Switzerland and Sweden – the right to contract out only exists where none of the parties is Belgian / Swiss / Swedish and none have any links to Belgium / Switzerland / Sweden. In other words, the right only exists if the arbitration has no real connection to Belgium / Switzerland / Sweden. Only in France is it possible for parties to an international arbitration to contract out of its right to challenge where the arbitration does have some local connection. In this respect, the proposed change to Russian law would put Russia alongside France, given that it allows parties to contract out even where (for example) one of them is Russian.

In summary, the reform is a positive development, in that it allows parties to give greater (if not absolute) finality to the arbitral process.

5. Anti-ad hoc bias

As mentioned above, the right to contract out of any challenge before the Russian courts under the proposed reforms only arises in institutional, as opposed to *ad hoc*, arbitration. There are other provisions in the reforms which equally discriminate against *ad*

hoc arbitration, both in the domestic and international context; in particular, only administered tribunals may consider “internal” corporate disputes (see point 7 below) and only administered tribunals may submit requests to the Russian courts to assist in the obtaining of evidence (see the proposed new Article 74.1 of the APK).

The proposers of the reforms have declared their hostility to *ad hoc* arbitration on the basis that *ad hoc* tribunals are, by their nature, immune to state regulation through controls imposed on administering institutes, and thus, are more likely to engage in abusive practices⁶. The author is not sufficiently familiar with arbitration practice inside Russia to assess whether, empirically, *ad hoc* arbitration has been more subject to abuse than institutional arbitration. However, certainly to international eyes the Russian legislator’s bias against *ad hoc* arbitration is unusual. There is no distinction between *ad hoc* and institutional arbitration in the Model Law, or in (for example) UK arbitration law, either in relation to international or domestic arbitration. Whilst it may be that some *ad hoc* arbitration in Russia has been subject to abuse, and that the effects of the reforms will be to prevent such abuse, the majority of Russian parties electing for *ad hoc* arbitration are presumably not doing so for fraudulent reasons. Many Russian state-owned enterprises have historically included *ad hoc* arbitration clauses in their contracts on the basis that it is the most neutral form of dispute resolution. The effect of the reforms will presumably be to discourage such enterprises from specifying a Russian seat in such clauses (or from choosing *ad hoc* arbitration at all).

This aspect of the reforms can be viewed negatively, insofar as it limits Russian parties’ freedom of choice. It will be seen internationally as a somewhat peculiar feature of Russian arbitration law.

⁶ See page 2 of the Explanatory Note relating to the Draft Amendments.

6. Qualifications of arbitrators

The Report recommends:

“Providing that, in relation both to international commercial arbitration and “domestic” arbitration, the chairman of an arbitral tribunal or sole arbitrator may only be an individual holding a degree in law (whether or not such degree is recognized in the Russian Federation) or possessing a formal approval to practice law in a foreign country”⁷.

Such requirements for arbitrator qualifications have been included in Article 11.7 of the Draft Law on Arbitration, although Article 11.7 makes clear that the parties can contract out of these requirements. As has already been noted, the requirements are not included in the list of provisions in the Draft Law on Arbitration which apply equally to international commercial arbitration. It seems, therefore, that the proposers of the reforms changed their minds about imposing the requirements on international tribunals sitting in Russia.

Even with regard to domestic arbitration, the idea of imposing certain minimum legal qualifications on sole arbitrators or chairmen seems odd to non-Russian practitioners. To the author’s knowledge, none of the major arbitral jurisdictions of Western Europe impose such requirements. In England, one of the traditional advantages of arbitration has always been thought to be that parties can, if they wish, choose a non-lawyer to resolve their disputes. Thus, in construction disputes, arbitrators (including sole arbitrators) are often chosen from a technical / construction background. Whilst it is true that Russian

⁷ “Предусмотреть, что в отношении как МКА, так и «внутреннего» третейского разбирательства председателем состава третейского суда или единоличным третейским судьей может быть только лицо, имеющее диплом о высшем юридическом образовании (независимо от того, признается ли данный диплом в Российской Федерации) или имеющее формальный допуск в любом иностранном государстве к юридической практике”.

parties will be able to contract out of the new requirements, this will require a special “direct agreement”, which may not be practicable to achieve at the time the contract is negotiated (this is discussed further below). Furthermore, the parties will not necessarily know at the negotiating stage what the nature of the future dispute will be (*i.e.* whether it will turn on the kind of technical issue that would be more appropriate for a non-lawyer).

If these requirements were ever to affect non-Russian arbitrators (which seems unlikely given they apply only to domestic arbitration) it is also worth bearing in mind that, in England at least, not all practicing lawyers (whether solicitors or barristers) studied law at university. Many – the author of this article included – studied other subjects as undergraduates, and limited their academic studies to just one year after graduating. It is true that such individuals will normally qualify under the proposed Russian criteria by virtue of their membership of their local bar (or, for English solicitors, the Law Society). However, there is no reason in principle why they should not give up that membership and continue to practice as arbitrators. There are plenty of full-time English arbitrators who do this.

As mentioned above, Russian parties may contract out of the requirements relating to arbitrators’ qualifications by “direct agreement”. A direct agreement is defined in the Draft Law on Arbitration as an agreement “*concluded directly by the parties rather than by means of incorporating arbitration rules*”. There are other provisions of the reforms which can similarly be contracted out of by “directs agreement” alone. This feature of the reforms seems strange to an English lawyer. There are no requirements under English law for any aspect of an arbitration agreement to be expressed directly rather by incorporation of pre-established rules. One would have thought the need for a direct agreement on a range of issues would just complicate the process of drafting arbitration clauses, and create more work for

lawyers (in support of the Russian position, it may be noted that French law requires a special agreement to contract out of the parties' right to challenge the award).

On balance, the requirements for arbitrator qualifications are a relatively minor feature of the reforms which are unlikely significantly to restrict parties' freedom of to choose the arbitrators they wish. However, they are (arguably) unnecessary. In the author's view they are symptomatic of a wider tendency towards over-regulation which is apparent in the reforms as a whole. It is no answer to this to say that the parties can contract out of the requirements, because the process of contracting out by special "direct agreement" is cumbersome and difficult.

7. Changes to the rules on arbitrability of "internal" corporate disputes

The current state of Russian law on the arbitrability of so-called corporate disputes is a complex subject in which the author does not pretend to be an expert. Judging by the Report and the relevant provisions of the Draft Law on Arbitration, it seems that the intention of the authors to the reforms is allow "internal" corporate disputes (meaning disputes relating to the management of a legal entity in which both the entity itself and one or more of its shareholders is a party) to be arbitrated, but only where the company and all its shareholders are party to the relevant arbitration agreement; further, to allow such an arbitration agreement to be included in the charter of the legal entity. In cases where not all shareholders are party to the agreement, or where the company itself is not party to the agreement, such disputes will be non-arbitrable.

That solution seems surprising to an English lawyer. Under English law there is no barrier to a contractual dispute between shareholders of a

company being arbitrated. It makes no difference whether the company and other shareholders are or are not parties to the same arbitration agreement. The English courts have recognized that difficulties may arise where shareholders seek remedies against the company which directly affect third parties (including other shareholders), such as the winding up of the company⁸. But such remedies do not arise in connection with simple breach of contract claims; they arise in connection with claims brought on the basis of statutory, as opposed to contractual, rights – for example, a claim for an order winding up a company on the “just and equitable” ground, under section 122 (1) (g) of the Insolvency Act 1986. Thus, the debate in England is whether statutory shareholder claims are arbitrable, not whether contractual shareholder claims are arbitrable.

Again, it may be that the Russian legislator’s wish to limit the arbitrability of “internal” corporate disputes is explained by certain abuses which have taken place in the past. However, even if the reforms will prevent such abuses, they will equally restrict contracting parties’ freedom of choice. Russian parties to (for example) shareholder agreements may have legitimate reasons for wishing to arbitrate, rather than litigate, their disputes, and such disputes may have minimal or no effects on other shareholders who are not party to the shareholder agreement. The restriction will presumably affect not only international arbitrations sited in Russia but also the enforcement in Russia of foreign arbitral awards relating to such disputes, on the basis that, under Article V.2 (a) of the New York Convention (as well as the first paragraph of Article 36.2 of the 1993 Law), the Russian courts may refuse enforcement where the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under domestic Russian law.

⁸ See, for example, *Fulham Football Club (1987) Ltd v. Richards and another* [2010] EWHC 3111 (Ch).

The reforms do at least make clear that internal corporate disputes are arbitrable in Russia if certain conditions are fulfilled. To that extent they may represent an improvement to existing Russian court practice, which, the author understands, had (on occasion) taken a very wide view of what types of dispute were “corporate” and hence, non-arbitrable. Russian court practice was out of step with the rest of the world in this respect. Nevertheless, international perceptions will remain that Russia is unreasonably restrictive in its approach towards the arbitrability of disputes between shareholders.

8. Controls on the formation and activities of arbitral institutes.

One of the expressed aims of the reforms was the “*combatting of criminal schemes using arbitral tribunals*”⁹. Apparently with this aim in mind, the reforms have introduced a raft of new measures affecting the formation and activities of arbitral institutes operating in Russia. Thus, for example, arbitral institutes must be non-commercial organizations; they must be approved by the Ministry of Justice; they may not be founded by law firms; they must maintain a publicly available list of recommended arbitrators; they must keep arbitration materials for 10 years, and they must publish on their web sites information on how many of their awards have been set aside or not enforced by national courts.

It is for Russian practitioners to assess whether these reforms are justified by the kinds of “criminal schemes” that have taken place in Russian, and whether they will be effective at preventing those schemes. It goes without saying that degree of regulation envisaged by the reforms is beyond anything that exists in any of the major Western arbitral jurisdictions. The need for Ministry of Justice approval for all

⁹ “противодействие преступным схемам с использованием третейских судов”.

arbitral institutions, in particular, is not something that has any parallel elsewhere (to the author's knowledge). Outsiders may be suspicious that the Russian State is seeking, indirectly, to exert influence over awards issued by arbitrators appointed by such institutes.

As regards international arbitration, it is important to emphasise that the jurisdictional scope of these particular provisions of the Draft Law on Arbitration extends beyond simply arbitral institutes created in Russia. First and most importantly, the need to obtain Ministry of Justice approval also extends to any foreign arbitral institute administering an arbitration sited in Russia¹⁰. Secondly, the requirement that arbitral institutes keep records of the arbitration (including all case files) for 10 years applies also to international arbitrations taking place in Russia¹¹. Thirdly, in any institutional arbitration taking place in Russia, the Russian court, not the institution, appoints arbitrators in default of an appointment by a party (or, in the case of a sole arbitrator, in the absence of agreement between the parties). The parties can contract out of this and grant the appointing power to the institution, but only by "direct" agreement, so the simple incorporation of, for example, the ICC Rules will not be enough¹². Fourthly, when an institution does appoint an arbitrator in the absence of agreement, it must be from a published list of arbitrators¹³ (none of the major western arbitral institution publishes a list of arbitrators). Fifthly, when internal corporate disputes are the subject of an arbitration in Russia, the administering institution has to have published a special set of rules relating to such disputes¹⁴ (the author is not aware of any major international arbitral institution that has published such rules; certainly neither the ICC or the LCIA has).

¹⁰ See Articles 1.3, 39.3 and 39.6 of the Draft Law on Arbitration.

¹¹ See Article 1.4 of the Draft Law on Arbitration.

¹² See the proposed new Article 11.3 of the 1993 Law.

¹³ See the proposed new Article 11.6 (1) of the 1993 Law.

¹⁴ See Article 40.8 of the Draft Law on Arbitration.

There can be little doubt that if these reforms are implemented the key European arbitral institutions, including the ICC, LCIA and the SCC, will be reluctant to administer arbitrations sited in Russia. The requirement for Ministry of Justice approval alone may be enough to dissuade them. Although they would presumably receive such approval, such requirement raises questions of principle for any institution which wishes to remain, and to be perceived as, independent from any sovereign state.

It may be, of course, that there are already few foreign institutional arbitrations which take place with a Russian seat. Further, international tribunals can always choose to conduct hearings in Russia even if the seat is outside Russia. But net result of this aspect of the reforms will likely be to reduce the number of arbitrations administered by foreign institutions with a Russian seat. That is not an ambition that the author has heard many Russian practitioners express.

9. Conclusions

There are many aspects of the reforms – particularly those which relate to domestic arbitrations – on which this article does not comment and which undeniably represent improvements to the current law. In particular many of the purely procedural reforms (such as the coordination of challenge and enforcement procedures), the express prohibition on “pocket” tribunals, the creation of a Russian supporting judge and the corresponding removal of the powers of the President of MKAS, all seem entirely sensible. The new provisions relating to arbitrators’ and arbitral institutions’ liability also broadly reflect the position in other legal systems.

Where the reforms seem, to the author’s eyes, to have gone wrong is in their creation of a new system of regulation and control over the activities of arbitral institutions by the Russian State, and in

the imposition of detailed and highly prescriptive rules for those institutions. Of course, much of the justification for this new system of regulation is to prevent abuses, and it may be that the author is not sufficiently familiar with those abuses to understand how necessary the reforms are and how beneficial they will be. However, the reforms affect international arbitration as well as domestic arbitration. They are likely to have at least some negative effect on the majority of international arbitration users – *i.e.* those that are not committing fraud – in terms of restricting their freedom to choose the type of arbitration, and/or the arbitration institute, they would prefer, where the seat of arbitration is in Russia. The more regulation, the less party autonomy. It may be that, far from encouraging the de-offshorization of major disputes involving Russian parties, this aspect of the reforms will end up pushing more Russian parties into choosing foreign arbitration as their normal dispute resolution option.

James M. Hosking,

Partner at Chaffetz Lindsey LLP

C. Diego Guevara,

Associate at Chaffetz Lindsey LLP

APPELLATE ARBITRATION MECHANISMS: THE AAA/ICDR OPTIONAL RULES — A NEW TREND IN INTERNATIONAL ARBITRATION?

I. Introduction

On November 1, 2013, the American Arbitration Association (AAA) announced the introduction of its Optional Appellate Arbitration Rules¹ (in this article, the AAA Appellate Rules), a “new optional procedure that enables a streamlined, high-level review of arbitral awards...”² The rules permit the parties to opt into a mechanism by which a panel of arbitrators are empowered to “review” an arbitral award and to produce a binding decision upholding or modifying the award. The rules provide for a more expansive review of arbitral awards than the review permitted under the Federal Arbitration Act (FAA)³ in vacatur proceedings in federal and state courts⁴. The AAA

¹ Optional Appellate Arbitration Rules, Am. Arbitration Ass’n. (effective Nov. 1, 2013), available at <http://go.adr.org/AppellateRules> [hereinafter AAA Appellate Rules].

² Press Release, Am. Arbitration Ass’n, New Optional Appellate Arbitration Rules from the AAA and ICDR Provide Further Arbitration Flexibility (Nov. 1, 2013), available at <http://go.adr.org/AppellateRules> (follow “Press Release” hyperlink).

³ 9 U.S.C. § 1 et seq. The FAA is the principal law on arbitration in the United States for both domestic and international arbitration. Chapter 2 of the FAA incorporates the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention), June 10, 1958, 330 U.N.T.S. 38.

⁴ Press Release, *supra* note 2.

envisions these rules being used for “large, complex cases where the parties agree that the ability to appeal is particularly important.”⁵

In theory, parties have always been permitted to contract for some kind of arbitral appellate review mechanism⁶, but ad-hoc appellate review mechanisms were rarely encountered in practice⁷. This was at least in part due to the fact that until a recent decision of the United States Supreme Court⁸, parties could agree to expand the grounds of judicial review available under the Federal Arbitration Act. That option has now been considerably restricted, although the exact scope of the Supreme Court decision remains controversial⁹.

Driven to some extent by this change in law and also by a perceived need for such rules by corporate arbitration users, the AAA decided to introduce the AAA Appellate Rules. The adoption of the rules was

⁵ *Id.*

⁶ Judge Posner explicitly invited parties to take this approach in *Chicago Typographical Union No. 16 v. Chicago Sun-Times, Inc.*, 935 F.2d 1501, 1504–05 (7th Cir. 1991): “Federal courts do not review the soundness of arbitration awards... If the parties want, they can contract for an appellate arbitration panel to review the arbitrator’s award. But they cannot contract for judicial review of that award...”

⁷ Am. Arbitration Ass’n, *Drafting Dispute Resolution Clauses: A Practical Guide 2* (1992) (“Experienced parties and their attorneys rarely write arbitration clauses which allow for appeal of the arbitrator’s award.”) cited in Murray S. Levin, *The Role of Substantive Law in Business Arbitration and the Importance of Volition*, 35 Am. Bus. L.J. 105, 115 (1997).

⁸ See *Hall Street Assocs. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

⁹ Before the Supreme Court’s decision in *Hall Street* the US Courts of Appeal split on the issue of whether parties could contract for expanded judicial review of their awards. The issue came up in cases in which the parties had agreed that a court could examine the award for errors of law or fact or both and vacate or modify on those grounds in addition to the grounds listed in the FAA. See 9 U.S.C. §§ 10, 11. In circuits where such contracts were found to be valid, the courts of appeal tended to rely on the principle of freedom of contract and on the fact that the FAA did not explicitly preclude such review. See, e.g., *Gateway Techs., Inc. v. MCI Telecomms. Corp.*, 64 F.3d 993, 996–997 (5th Cir. 1995); *Hughes Training, Inc. v. Cook*, 254 F.3d 588, 590 (5th Cir. 2001). The Supreme Court held to the contrary under the rationale that the language of the FAA indicates that the grounds for vacatur and modification are exclusive and not merely “default” provisions. *Hall Street*, 552 U.S. at 587.

not made as part of the review of the AAA's most widely used set of arbitration rules (the Commercial Arbitration Rules) nor of its very popular International Rules (administered by the International Centre for Dispute Resolution). Rather, as will be explained below, the AAA Appellate Rules were introduced as *optional* rules to apply – only if adopted by the parties – across the full panoply of the AAA's many sets of rules. In drafting the AAA Appellate Rules, the AAA has sought to provide a cutting-edge arbitral appellate mechanism that borrows from analogous rules offered by other institutions but also includes some interesting new initiatives.

This article presents, first, a summary of the conceptual pros and cons of appellate arbitration (Section II). This is followed by a summary of the arbitral appellate rules that existed prior to promulgation of the AAA Appellate Rules (Section III). The article then walks through the key components of the AAA Appellate Rules (Section IV) before making some conclusions about unresolved issues surrounding the application of the rules and offering thoughts on the likely usefulness of the mechanism in the international arbitration context (Section V).

II. Arguments for and against appellate arbitration mechanisms

In order to analyze the AAA Appellate Rules, it is necessary to understand the arguments made for and against having an arbitral appellate mechanism. These arguments cover conceptual issues of the nature of arbitration as well as very practical considerations that go to the heart of why parties are attracted to arbitration in the first place.

A. Arguments in favor of appellate arbitral review

A review of the literature indicates the following rationales offered for why appellate arbitral mechanisms exist.

1. *Permitting a second look to fix egregious errors*

Irene Ten Cate recently published a comprehensive examination of the purposes of appellate arbitration and the benefits that it might confer. According to Ten Cate’s analysis, commercial arbitration is a model of “pure dispute resolution.”¹⁰ This is because the parties to a commercial arbitration are interested only in solving their own concrete case and they are unconcerned with the “public values” that are implicated in judicial resolution or in certain forms of specialized arbitration such as those arising out of investment treaties¹¹. Ten Cate notes that, although commercial arbitrators are tasked with interpreting and applying the law of a particular jurisdiction, the nature of commercial arbitration dictates that the arbitrators’ decision is unlikely to have any effect on future cases¹². In addition, commercial arbitrators owe duties almost exclusively to the parties before them, to the exclusion of any “broader legal community.”¹³ This contrasts with judicial decisions and investment arbitration, which implicate public policy concerns.

In the absence of public policy concerns and ignoring purely strategic considerations, Ten Cate concludes that there is really only one reason to subject commercial arbitration awards to appellate review: error correction¹⁴. She points out that some jurisdictions allow parties to agree to exclude any judicial review of an award¹⁵, while most permit judicial review on only the narrow grounds permitted by the New

¹⁰ Irene M. Ten Cate, *International Arbitration and the Ends of Appellate Review*, 44 N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 1109, 1114 (2012) (internal quotation marks omitted).

¹¹ *Id.* at 1114–15. It should be noted that investment arbitration conducted under the auspices of ICSID is subject to review in the form of an annulment proceeding.

¹² *Id.* at 1114–15

¹³ *Id.* at 1117.

¹⁴ *Id.* at 1111.

¹⁵ *Id.* at 1124–25; see, e.g., LCIA Arbitration Rules, art. 26.9 (effective Jan 1, 1998), available at <http://www.lcia.org/media/download.aspx?mediald=74>.

York Convention or, in the case of the United States, under Chapter 1 of the FAA¹⁶.

While the finality of arbitration is one of its key distinguishing characteristics, that same strength can be seen as a potential weakness when the stakes are very high. The possibility of receiving an unexpected decision and not having any recourse to correct it may make parties think twice about using arbitration for dispute resolution when they have a lot riding on the outcome. In fact, surveys of arbitration users have found that, by a large margin, the majority of repeat users value the “fairness and justice of the process” over competing attributes of arbitration such as speed, cost, and expertise¹⁷. Interposing an appellate arbitration mechanism as a form of review prior to an award becoming final – and before any judicial review that might be available – therefore provides additional comfort to parties that are “betting the farm.”¹⁸

¹⁶ For academic treatment of judicial review of arbitral awards, see generally Stephen P. Younger, *Agreements to Expand the Scope of Judicial Review of Arbitration Awards*, 63 Alb. L. Rev. 241 (1999); Kevin A. Sullivan, *The Problems of Permitting Expanded Judicial Review of Arbitration Awards Under the Federal Arbitration Act*, 46 St. Louis U.L.J. 509 (2002); Dan C. Hulea, *Contracting to Expand the Scope of Review of Foreign Arbitral Awards: An American Perspective*, 29 Brook. J. Int'l L. 313 (2003); James M. Gaitis, *International and Domestic Arbitration Procedure: The Need for A Rule Providing A Limited Opportunity for Arbitral Reconsideration of Reasoned Awards*, 15 Am. Rev. Int'l Arb. 9 (2004); Mauricio Gomm-Santos, Quinn Smith, *On Dangerous Footing: The Non-Statutory Standards for Reviewing an Arbitral Award*, 18 Am. Rev. Int'l Arb. 353 (2007); Kenneth R. Davis, *When Ignorance of the Law Is No Excuse: Judicial Review of Arbitration Awards*, 45 Buff. L. Rev. 49 (1997); Maureen A. Weston, *The Other Avenues of Hall Street and Prospects for Judicial Review of Arbitral Awards*, 14 Lewis & Clark L. Rev. 929 (2010).

¹⁷ See, e.g., Richard W. Naimark & Stephanie E. Keer, *International Private Commercial Arbitration: Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People*, 30 Int'l Bus. Law 203 (2002) cited in Nana Japaridze, *Fair Enough? Reconciling the Pursuit of Fairness and Justice with Preserving the Nature of International Commercial Arbitration*, 36 Hofstra L. Rev. 1415 (2008).

¹⁸ See generally William H. Knull, III & Noah D. Rubins, *Betting the Farm on International Arbitration: Is It Time to Offer an Appeal Option?*, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 531 (2000).

2. *Avoiding the harmful effects of a “bad award” in a narrow industry*

Despite Ten Cate’s recognition of the limited precedential effect of arbitration awards, this is not true of all forms of commercial arbitration. Arbitrations arising out of a narrow industry have the potential to create informal precedents that can impact other industry participants. This is especially so where the arbitration involves a common standard form contract, a typical commercial relationship, or a common fact scenario such as the impact of a particular disaster on commercial contracts. Perhaps for this reason, and as discussed below, appellate arbitration mechanisms have been most common in the arbitration rules of certain commodities associations.

3. *Avoiding errors by raising the specter of review by the arbitrators’ peers*

The fact that an award may be subject of appellate review by one’s peers may also have an indirect influence on first-instance arbitrators, encouraging them to take extra care in their decision-making. This is not to say that commercial arbitrators are not otherwise sensitive to preserving their reputations. But knowing that the parties have opted into the possibility of having the award reviewed by an appellate tribunal may heighten the desire to explain carefully the reasoning behind an award and to lay out the procedural steps undertaken to ensure even-handedness¹⁹. Thus appellate arbitration may serve an “error avoidance” purpose as well as an error correction one²⁰.

¹⁹ See Ten Cate, *supra* note 10, at 1147; Chad M. Oldfather, *Universal De Novo Review*, 77 Geo. Wash. L. Rev. 308, 317 (2009); Roscoe Pound, *Appellate Procedure in Civil Cases* 3 (1941) (“That hasty, unfair or erroneous action may be reversed by a court of review holds back the impulsive, impels caution, constrains fairness and moves tribunals to keep to the best of their ability in the straight path”) *cited in Id.* at 365. For a comprehensive theoretical analysis of judicial error correction, see Chad M. Oldfather, *Error Correction*, 85 Ind. L.J. 49 (2010).

²⁰ Ten Cate, *supra* note 10, at 1143.

4. Preserving confidentiality

Even if judicial review on the merits is available, parties may nevertheless prefer an arbitral appeal because it preserves confidentiality, one of the features that attracts parties to arbitration in the first place. Although standards for “sealing the record” differ across jurisdictions, judicial review is likely to expose the original award to some kind of public proceeding.

5. Permitting expert review

Some appellate arbitration mechanisms permit the parties to choose their arbitrators. This allows the parties to choose people whom they judge to be competent in the subject matter, which can be especially important in very complex disputes. Certain industry-specific appellate arbitration mechanisms do not allow the parties to choose their own appellate arbitrators but instead maintain panels of arbitrators specialized in the relevant industry.

6. Preserving the benefits of international enforcement

There is some risk that judicial modification of an arbitral award may not be respected in the courts of a foreign country where a party seeks to enforce the resulting award. For example, in *In re Arbitration Between Chromalloy Aeroservices & Arab Republic of Egypt*²¹, the D.C. District Court confirmed an award that had been rendered in Egypt but that had been vacated by an Egyptian court. The court reasoned that vacatur by a foreign court was not a grounds for vacatur in the U.S. under the FAA and further finding that there was no conflict between this view and Article V of the New York Convention²². The *Chromalloy* holding has subsequently not been followed in other U.S. federal courts²³. But such

²¹ 939 F. Supp. 907 (D.D.C. 1996).

²² *Id.* at 914.

²³ See *TermoRio S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 937 (D.C. Cir. 2007). See also the recent discussion of these and related cases in *Thai-Lao Lignite (Thailand) Co. v. Gov't of Lao People's Democratic Republic*, No. 10-cv-5256, 2014 WL 476239, at *4–7 (S.D.N.Y. Feb. 6, 2014).

outcomes are not unique to U.S. courts, and have been reported in other countries²⁴. While the appropriateness of such decisions is open to debate, it suffices to say that there is a degree of risk in assuming that court in other jurisdictions will respect the determination of the reviewing courts to vacate or modify an erroneous award. Reliance instead on an arbitral appellate mechanism may reduce this risk. Put affirmatively, the fact that an award has been decided not only once by the initial tribunal but has also been subjected to a second review by an independent panel might discourage any confirmation or enforcement court from any temptation to review the award once again. For similar reasons, it may discourage the “losing” party from bringing a judicial review.

B. Arguments against appellate arbitral review

1. Interfering with the speed and finality of arbitration

The importance of speed and finality in large, complex international arbitrations is debatable, but there is no doubt that commercial parties value expedient resolution of their disputes²⁵. In fact, significant energy has been spent in recent years on amending institutional rules and national arbitration statutes so as to discourage unsuccessful parties from pursuing review of awards as a strategic ploy.

It is therefore counter-intuitive to interpose an appellate review mechanism that will necessarily increase the time and expense in obtaining an award ripe for recognition and enforcement. As discussed

²⁴ See Knull & Rubins, *supra* note 18, at 547.

²⁵ See, e.g., James M. Gaitis, *Reexamining Finality: How to Revise Institutional Practice Rules to Allow for Reconsideration of Reasoned Arbitration Awards*, 23 *Alternatives to High Cost Litig.* 113 (2005) (“Paramount among those objectives is the implementation of a system that provides for a decision-making process that is efficient, and which provides for ‘finality’ at the earliest stage possible.”); 1 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* 82 (2009) (“international businesses generally choose speed and finality over the opportunity for appellate review.”). *But see* Nigel Blackaby & Constantine Partasides, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, ¶¶ 1.89–.98 (5th ed. student ver. 2009) (calling neutrality and enforceability the main reasons for *international* arbitration).

below, the AAA Appellate Rules explicitly provide that an award that would have been considered final for all purposes in the absence of an arbitral appeal is no longer final until the parties conclude their arbitral proceedings. Depending on how wide a review is permitted to the appellate arbitrators, an arbitral appeal may considerably delay reaching a final award. It may even amount to what is effectively an entirely new arbitration on the merits.

2. *Discouraging arbitrators from making a speedy determination*

The flipside of the “benefit” of having arbitrators’ awards opened to the scrutiny of their peers on an appellate tribunal is that it may slow the process of rendering awards. For example, in some forms of domestic U.S. arbitration, it is still the norm to produce very brief awards, often not “reasoned” in the sense one would expect in an international arbitration. This is seen as an advantage in certain kinds of arbitration such as those conducted under the auspices of the Financial Industry Regulatory Authority (FINRA)²⁶.

In contrast, the scrutiny applied to investment arbitration awards is sometimes used to explain why investment arbitrations tend to produce longer awards and why such proceedings last longer than a typical commercial arbitration.

3. *Interfering with party autonomy by imposing appellate arbitrators not chosen by the parties*

In most existing appellate arbitration mechanisms, parties do not have total freedom to choose their arbitrators. Rather arbitral institutions will appoint them unilaterally or will ask the parties to select from a list. This is in stark contrast to the discretion parties have in a typical first-instance arbitration.

²⁶ See FINRA, Decisions & Awards, <http://www.finra.org/ArbitrationAndMediation/Arbitration/Process/DecisionAwards/index.htm> (last visited Apr. 21, 2014).

The reasons for limiting the parties' discretion in this area are compelling. First, the selection process can be streamlined by the institution. Second, and more importantly, many of the benefits of having a judgment made by multiple adjudicators working together (as in the case of collegiate appellate courts) are negated if the adjudicators have been selected by the parties²⁷. Thus, in order to increase the overall reliability of an appellate arbitral mechanism, the parties have to sacrifice other interests such as expertise and any advantages a party hopes to get by having someone on the tribunal who may have a sense of loyalty to his appointing party²⁸.

4. *Unnecessarily complicating arbitration because judicial review works just fine*

Finally, some critics will point to the fact that if there really is an "egregious" error of the sort identified above, then the courts can be relied on to fix it. After all, it is a minority of arbitration awards that are subjected to judicial review and in only a fraction of those cases is the award vacated or modified. So why introduce an arbitral appellate mechanism that creates the potential for undermining an arbitral review system that works perfectly well without it?

In particular, critics may point to the potential for abuse of appellate arbitration rules. They will suggest that unsophisticated parties may unwittingly opt in to an appellate arbitration mechanism not realizing that it will undermine the core values of speed, efficiency and finality. Similarly, they will raise the specter of a party with outsized bargaining power forcing the other party to accept an appellate mechanism simply

²⁷ Ten Cate, *supra* note 10, at 1148–54.

²⁸ Ten Cate illustrates this common practice with a quote from Martin Hunter: "[W]hen I am representing a client in an arbitration, what I am really looking for in a party-nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition towards my client, but with the minimum appearance of bias." Ten Cate, *supra* note 10, at 1149 (quoting Martin Hunter, *Ethics of the International Arbitrator*, 53 *Arbitration* 219, 223 (1987)).

to drag out the arbitral process and discourage disputes from being arbitrated in the first place.

Of course, this is all supposition. As will be discussed below, it is expected that the AAA Appellate Rules will be used only sparingly and particularly so in international arbitration. Time will tell whether the rules lead to abuses. In the meantime, the AAA is going to great lengths to educate users about the AAA Appellate Rules to try to ensure that their advantages and disadvantages are understood.

III. Precursors to the AAA Appellate Rules

Though the codification of the AAA Appellate Rules is a recent event, the AAA has accepted the possibility of appellate arbitration for some time. Even before the introduction of the AAA Appellate Rules, the AAA included, as part of its model arbitration clauses, clauses that would provide for arbitral review similar to that in the new rules²⁹. However, the model clauses lacked details, providing only a rough framework for the proceedings. Whether appellate proceedings were going to be conducted professionally and efficiently depended a great deal on cooperation between the parties. The AAA Appellate Rules go much further in ensuring that an appellate proceeding is handled efficiently.

The AAA Appellate Rules are the latest attempt by a major arbitral institution to develop an appellate arbitration mechanism that will be palatable to parties who would otherwise be uncomfortable with traditional, one-shot commercial arbitration. But procedures similar to those laid out in the AAA Appellate Rules have been available

²⁹ See AAA Appellate Rules, intro. (citing Am. Arbitration Ass'n, *Drafting Dispute Resolution Clauses – A Practical Guide*); see also AAA, *Construction Guide to Drafting ADR Clauses 18–19* (2007). The current version of *Drafting Dispute Resolution Clauses – A Practical Guide* includes a model clause that incorporates the AAA Appellate Rules.

for some time under the auspices of other arbitration institutions, including commercial institutions, industry-specific institutions, and rules promulgated by international institutions.

A. Commercial arbitration institutions: JAMS and CPR

JAMS (formerly Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc.)³⁰ and the International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) offer dispute resolution services similar to those of the AAA. Both JAMS and CPR offer a codified optional appellate arbitration procedure that parties may include in their agreements.

JAMS's Optional Arbitration Appeal Procedure³¹, promulgated in 2003, is a very brief pamphlet that permits parties the option of appellate arbitration through the incorporation of the pamphlet's clauses into the parties' agreement (similar to what the AAA provided before the promulgation of the AAA Appellate Rules) or by reference to the pamphlet itself³². The International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) has offered codified appellate arbitration rules since 1999³³.

Information about how the JAMS and CPR rules compare to the AAA Appellate rules is provided below in Section IV.

³⁰ About the JAMS Name, JAMS, <http://www.jamsadr.com/about-the-jams-name/> (last visited Apr. 21, 2014).

³¹ JAMS Optional Arbitration Appeal Procedure, JAMS (effective June 2003), *available at* http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Optional_Appeal_Procedures-2003.pdf [hereinafter JAMS Appellate Rules].

³² See JAMS Clause Workbook, JAMS, <http://www.jamsadr.com/clauses/> (last visited Apr. 21, 2014); JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures, r. 34 (effective July 15, 2009), *available at* http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_comprehensive_arbitration_rules-2009.pdf.

³³ CPR Arbitration Appeal Procedure and Commentary, CPR, <http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/604/CPR-Arbitration-Appeal-Procedure-and-Commentary.aspx> (last visited Apr. 21, 2014).

B. Industry-specific arbitrations: Gafta, GCA and CAS

Appellate arbitration is a relatively common feature of highly-specialized arbitration mechanisms designed and implemented by industry-specific trade associations³⁴. Since those same trade associations often provide their members with standard form contracts, association-sponsored arbitration provides a method for ensuring that those contracts are enforced consistently and according to their purpose. In addition, these trade associations can steer their members away from court and into arbitration by including appropriate arbitration clauses in the standard form contracts distributed to members. Examples of trade associations offering such mechanisms are the Grain and Free Trade Association (Gafta) and the Green Coffee Association (GCA). Both organizations offer their members arbitration mechanisms that include arbitral appeals as of right³⁵.

Disputes brought before such tribunals tend to fall into well-defined patterns³⁶. They focus, for example, on whether goods were shipped and delivered appropriately or whether the quality of a certain commodity matched the grade specified in the contract³⁷. Arbitrators in such tribunals tend to be experienced players within their industry and they may have additional training or specialization to qualify them to settle disputes that hinge on technical issues such as quality grading³⁸.

³⁴ See Redfern & Hunter, *supra* note 25, ¶¶ 10.02, 10.11.

³⁵ Grain and Feed Trade Ass'n, Gafta's Dispute Resolution Service: Arbitration, Simple Disputes, Mediation – A Guide 4 (2013); Green Coffee Ass'n, Rules of Arbitration, art. XVII, available at http://www.greencoffeeassociation.org/images/uploads/resources/PROFESSIONAL_RESOURCES-Arbitration_Rules.pdf [hereinafter GCA Rules].

³⁶ See Christopher R. Drahozal, *Private Ordering and International Commercial Arbitration*, 113 Penn St. L. Rev. 1031, 1045 (2009).

³⁷ See, e.g., Green Coffee Arb. Rules. Article XIII; Grain and Feed Trade Ass'n, Arbitration Rules, Gafta no. 125 (effective Jan. 1, 2006), r. 5.

³⁸ See Drahozal, *supra* note 36, at 1046.

Gafta and the GCA maintain panels of qualified arbitrators in accordance with their respective criteria and requirements. As an example of the expertise required for settling commodities trade disputes, the GCA maintains panels of arbitrators qualified for particular types of coffee beans, such as the Washed Arabica Panel, the Robusta Panel, and the Decaffeinated Panel³⁹.

Another similar example of industry-specific arbitration is the Court of Arbitration for Sport (CAS), which is available to hear any dispute related to sport whether between private parties or between a sports association and its members. The CAS provides appellate arbitral proceedings, which parties may invoke to review a first-instance award from a CAS tribunal or a decision by the regulatory body of a sports association or federation⁴⁰. The CAS even provides model clauses that can be incorporated into the statutes of associations or federations around the world to make appeals to CAS available in all of an association's proceedings.

C. *International institutions: ICSID, WTO and ECA*

Appellate review in arbitration is especially important in investment and trade disputes because the resulting award can provide guidance (albeit non-binding) on treaty interpretation for other parties. ICSID's arbitration rules are considered by some to contain the "most expansive" provisions for challenging an award⁴¹. They permit either party to apply to the Secretary-General for an interpretation, revision, or annulment of the underlying award⁴². The annulment

³⁹ See GCA Rules, art. VII.

⁴⁰ Statutes of the Bodies Working for the Settlement of Sports-Related Disputes, R47. (2013 ed.), available at [http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4962/5048/0/Code20201320_corrections20finales20\(en\).pdf](http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/4962/5048/0/Code20201320_corrections20finales20(en).pdf).

⁴¹ Redfern & Hunter, *supra* note 25, ¶ 10.12.

⁴² ICSID, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, r. 50–52 in ICSID Convention, Regulations, and Rules, available at <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

procedures in particular have been the subject of considerable criticism as being unduly cumbersome and time consuming, but more efficient alternatives are difficult to implement because of the need to amend the underlying convention establishing the ICSID system⁴³.

The WTO has made dispute settlement available to WTO members since 1994, when the Dispute Settlement Understanding (DSU) was promulgated as a result of the Uruguay Round of negotiations⁴⁴. Article 17 of the DSU established a standing body of seven persons to hear appeals from decisions by the WTO's expert panels. Appeals are available in any dispute heard by a panel⁴⁵.

The European Court of Arbitration (ECA), which administers domestic and international arbitrations for parties from Europe and the Middle East⁴⁶, makes recourse to an appellate arbitral tribunal a feature of its standard arbitration rules⁴⁷. As such, appeals from ECA awards are available to parties unless they expressly opt out of them in their arbitration agreement⁴⁸.

⁴³ Redfern & Hunter, *supra* note 25, ¶ 10.13–.14; Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States art. 54, Oct. 14, 1966, 575 U.N.T.S. 160. For a critique of ICSID's review mechanism, see Andrea Kupfer Schneider, *Error Correction and Dispute System Design in Investor-State Arbitration*, 5 Y.B. Arb. & Mediation 194 (2013).

⁴⁴ A portal to WTO official documents is available at http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm (last visited Apr. 21, 2014).

⁴⁵ See Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, art. 16.4, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1896 U.N.T.S. 401, available at http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf.

⁴⁶ What is the European Court of Arbitration?, European Court of Arbitration, <http://cour-europe-arbitrage.org/content.php?lang=en&delegation=1&id=8> (last visited Apr. 21, 2014).

⁴⁷ See Arbitration Rules of the European Court of Arbitration, European Court of Arbitration, art. 28, available at <http://cour-europe-arbitrage.org/archivos/documentos/22.pdf>.

⁴⁸ *Id.* art. 28.1.

IV. Mechanics of the AAA Appellate Rules

This section provides a brief overview of the AAA Appellate Rules, highlighting how the procedures chosen by AAA will affect the speed and finality of the arbitration and including comparisons to the JAMS and CPR rules where appropriate. By examining a few key aspects of these rules, we can see how the AAA has balanced the competing objectives set out in Section II to try to find a compromise that permits a broader review than would be available in court while, at the same time, streamlining the procedures to ensure that the process is as expedited and focused as possible.

A. *Availability of the AAA Appellate Rules*

Importantly, the AAA Appellate Rules represent two fundamental primary policy choices on the part of the AAA. First, the rules are optional – unless the parties agree to them, they will not apply. Second, in moving from a mere broadly-worded clause to publishing an entire set of default rules, the AAA is seeking to overcome resistance to arbitral appellate mechanism by simplifying the negotiation of such a term. As Irene Ten Cate notes, parties have always been free to create appellate review by agreement, either by supplementing an existing set of arbitration rules or by agreeing to ad-hoc arbitration⁴⁹. But the reality is that parties, at the time of contracting, will rarely delve that deeply into the mechanics of dispute resolution. Even if they cared to heavily negotiate their arbitration agreement, it is unlikely that the parties themselves or their counsel will be able to put together an appellate arbitration mechanism that the parties can feel comfortable agreeing to *ex ante*⁵⁰.

⁴⁹ Ten Cate, *supra* note 10, at 1155.

⁵⁰ See Knull & Rubins, *supra* note 18, at 534 (arguing that default rules are often believed to reflect an optimal or time-tested method of dispute resolution).

B. Initiating appellate arbitration

1. Availability of review

Parties must opt in to the process governed by the AAA Appellate Rules⁵¹. The most straightforward way to accomplish this is to include an explicit reference to the rules in the arbitration agreement. The AAA recommends the following language:

“Notwithstanding any language to the contrary in the contract documents, the parties hereby agree: that the Underlying Award may be appealed pursuant to the AAA’s Optional Appellate Arbitration Rules (“Appellate Rules”); that the Underlying Award rendered by the arbitrator(s) shall, at a minimum, be a reasoned award; and that the Underlying Award shall not be considered final until after the time for filing the notice of appeal pursuant to the Appellate Rules has expired. Appeals must be initiated within thirty (30) days of receipt of an Underlying Award, as defined by Rule A-3 of the Appellate Rules, by filing a Notice of Appeal with any AAA office. Following the appeal process the decision rendered by the appeal tribunal may be entered in any court having jurisdiction thereof.”

The model clause notwithstanding, Rule A-1 provides little guidance on what sort of evidence of intention to adopt an appellate mechanism is required. The rules are intended to apply where the underlying award is “rendered under the auspices” of the AAA or the ICDR⁵². But, as long as they are clearly incorporated into an agreement, the AAA Appellate Rules are also available for review of an award issued by

⁵¹ AAA Appellate Rules, r. A-1

⁵² Note that the AAA Appellate Rules are intended to apply to arbitration administered by the AAA or ICDR regardless of which particular rules are being used. The AAA maintains a vast array of rules for specific types of arbitrations. See Rules & Procedures, Am. Arbitration Ass’n, <https://www.adr.org/aaa/faces/rules>.

an ad-hoc tribunal. They can also be adopted by parties in a separate arbitration agreement at any time, presumably as long as the initial filing deadline has not lapsed⁵³. The only exception to this liberal rule is that the rules may not be adopted where the arbitration clause is a part of an adhesion contract between a business and a consumer⁵⁴.

JAMS and CPR also make appellate arbitration optional. CPR, like the AAA, has a set of opt-in rules that govern appeals. The parties merely have to make reference to the rules in their agreement. JAMS's appellate rules are also opt-in, but the appeals procedure is contained in a pamphlet comprising what is otherwise a model appellate arbitration agreement. Parties may either write the entire model agreement into their arbitration agreement or make reference to the pamphlet itself.

The appellate rules of these organizations, while typically aimed at awards coming from a first-instance arbitration administered by the same organization, are not technically so limited. The CPR appellate rules are limited only to arbitrations "conducted in the United States,"⁵⁵ and JAMS's appellate rules contain no limitation at all.

2. Notice of Appeal

Recognizing the impact of speed and finality, arbitral institutions require that the appellate proceeding be completed according to a compressed time schedule. The first step is the filing of the notice. An appeal under the AAA Appellate Rules is initiated by filing a notice of appeal with the AAA along with a copy of the applicable arbitration

⁵³ AAA Appellate Rules, r. A-3 (a) (i).

⁵⁴ *Id.* r. A-1, footnote.

⁵⁵ CPR Arbitration Appeal Procedure and Commentary, r. 1.1. (2007 rev.), available at <http://www.cpradr.org/Portals/0/Resources/ADR%20Tools/Clauses%20&%20Rules/CPR%20Arbitration%20Appeal%20Procedure.pdf> [hereinafter CPR Appellate Rules]. The CPR Appellate Rules contain additional prerequisites to arbitration: (1) award must be final, (2) must be made in accordance with applicable law, (3) the award must be reasoned, and (4) there must be a record. CPR Appellate Rules, r. 1.3.

agreement within 30 days from the date of the underlying award and by paying a \$6,000 filing fee⁵⁶. The filing party must also simultaneously serve the a copy of the notice of appeal and the arbitration agreement on every other party to the underlying arbitration.

The CPR rules also require that a notice of appeal be filed within 30 days after the date of the underlying final award⁵⁷. JAMS appellate rules require a notice of appeal to be filed within 14 days⁵⁸.

3. Effect of appeal on underlying award

Rule A-2 of the AAA Appellate Rules provides that, upon filing a Notice of Appeal, the underlying award is no longer considered final for judicial enforcement proceedings. This purports to completely suspend the effect of the underlying award until the appellate tribunal affirms it or replaces it, fully or partially, with a new award. This is identical to the approach taken by both the CPR rules and the JAMS rules⁵⁹. The legal effect of such a rule is explored in Section V below.

As is typical of most arbitral rules, the AAA Commercial Rules and the International Rules both permit a party to apply to the existing tribunal to request modification of an award for “clerical, typographical, or computational errors.”⁶⁰ These “correction provisions” are not supplanted or modified by the AAA Appellate Rules⁶¹. The decision resulting from a modification request, however, is appealable⁶².

⁵⁶ AAA Appellate Rules, r. A-3 (a).

⁵⁷ CPR Appellate Rules, r. 2.1.

⁵⁸ JAMS Appellate Rules, ¶ (B) (i)

⁵⁹ See CPR Appellate Rules, r. 2.3; JAMS Appellate Rules, ¶ (C).

⁶⁰ AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, r. R-50 (effective Oct. 1, 2013), available at https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_004103&revision=latestreleased.

⁶¹ AAA Appellate Rules, r. A-2 (b).

⁶² *Id.*

This prompts the question of whether parties may appeal interlocutory orders or partial awards under the AAA Appellate Rules. The rules provide no clear guidance. Under the AAA Appellate Rules, “[a]ny party to an Underlying Award may initiate an appeal...”⁶³ and “Underlying Award” is defined simply (and somewhat circularly) as an arbitration award that is subject to appeal under the parties’ agreement⁶⁴. There is no provision of the AAA Appellate Rules requiring an award to exhibit a certain degree of finality as a prerequisite for appellate arbitration. Whether this is what was intended or whether interlocutory review will be permitted in practice is unclear.

4. Selection of arbitrators

Under the AAA Appellate Rules, the default number of appellate arbitrators is three, but parties may provide for a sole arbitrator⁶⁵. The arbitrators must be selected from the AAA’s Appellate Panel or International Appellate Panel, depending on whether the arbitration is domestic or international⁶⁶.

The selection process is as follows: the AAA (or in the case of an international arbitration, the ICDR) provides the parties with a list of ten candidates from the appropriate panel, and parties are to agree on the composition of the tribunal⁶⁷. If they cannot agree, each must then strike and rank the candidates on the list⁶⁸. The AAA then assembles a tribunal based on preference and invites the parties to agree on it. If they do not agree, the AAA may make any appointments from its

⁶³ *Id.* r. A-3 (a) (i).

⁶⁴ *Id.* r. A-1 (“Whenever, by stipulation or in their contract, the parties have provided for the appeal of an arbitration award (“Underlying Award”)...”).

⁶⁵ *Id.* r. A-5 (c).

⁶⁶ *Id.* r. A-5 (a).

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.* r. A-5 (b).

panels without further consultation with the parties⁶⁹. The chair is appointed by the AAA⁷⁰.

Under the CPR rules and the JAMS rules, an appellate panel also consists of three arbitrators by default, but the parties can agree to a sole arbitrator⁷¹. The JAMS rules provide a slightly more streamlined procedure in which a case manager will recommend a panel to the parties for their agreement, but absent agreement, the case manager will appoint the panel⁷². The CPR rules are similar to the AAA's rules in that the CPR will first provide the parties with a list of candidates from an internal panel, but if the parties fail to agree, the CPR rules provide that the parties may rank the candidates and the CPR will select the ones with the most favorable scores⁷³.

C. Jurisdiction

Under the AAA Appellate Rules, the appellate tribunal has the power to determine its own jurisdiction and to rule on the validity and scope of the agreement to arbitrate⁷⁴. However, the appellate tribunal may interpret the rules only “insofar as they relate to the appeal tribunal’s powers and duties.” Otherwise, only the AAA may interpret the rules⁷⁵. This provides the AAA with the ability to make sure the rules are applied uniformly and that the spirit of the rules is observed.

D. Scope and standard of review

Rule A-10 provides that parties may appeal “(1) an error of law that is material and prejudicial; or (2) determinations of fact that are clearly erroneous.” This can be read to allow for de novo review, especially

⁶⁹ *Id.* r. A-5 (b).

⁷⁰ *Id.* r. A-5 (c).

⁷¹ CPR Appellate Rules, r. 4.1; JAMS Appellate Rules, ¶ (A).

⁷² CPR Appellate Rules, r. 4.1; JAMS Appellate Rules, ¶ (A).

⁷³ CPR Appellate Rules, r. 4.2.

⁷⁴ AAA Appellate Rules, r. A-9.

⁷⁵ *Id.* r. A-13.

when read next to Rule A-19 (a) (2), which permits the appellate tribunal to “substitute its own award for the Underlying Award...” But de novo review threatens to dramatically increase the time and cost of arbitrations⁷⁶.

Whatever limitations to pure de novo review inhere in these rules will depend on the interpretation of the phrases “material and prejudicial” and “clearly erroneous.” The term “material and prejudicial” is likely to be interpreted to mean legal errors that affect the outcome⁷⁷. The term “clearly erroneous” is less transparent, but meaning may be ascribed based on U.S. appellate case law⁷⁸, in which the term “clearly erroneous” has a long history and includes a strong presumption in favor of the decision below⁷⁹. The “clearly erroneous” standard also includes the harmless error doctrine according to which an error that does not affect a “substantial right” of a party will be disregarded on appeal⁸⁰.

The CPR rules are very similar in this regard. CPR Rule 8.2 provides that the standard of review on appeal is:

- a. That the Original Award (i) contains material and prejudicial errors of law of such a nature that it does not

⁷⁶ See Paul Bennett Marrow, *A Practical Approach to Affording Review of Commercial Arbitration Awards: Using an Appellate Arbitrator*, 60 Disp. Resol. J., Aug. – Oct. 2005, 10 at 13–14 (noting that a losing party will always dispute factual findings so permitting de novo review allows a “second bite at the apple.”).

⁷⁷ See J.P. Duffy, *AAA Issues Optional Appellate Arbitration Rules*, International Law Office, Jan. 30, 2014, <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=e5ea6b4c-7927-4570-a096-8bed0bb371a3>.

⁷⁸ At least one other commentator believes that AAA appellate tribunals will interpret the standard of review in the AAA Appellate Rules in light of U.S. caselaw. See *Id.* The fact that the AAA is using the same terms as appellate courts supports this theory.

⁷⁹ See *Bessemer Trust Co., N.A. v. Branin*, 618 F.3d 76, 85 (2d Cir. 2010) *certified question accepted*, 15 N.Y.3d 836, 935 N.E.2d 802 (2010) *certified question answered*, 16 N.Y.3d 549, 949 N.E.2d 462 (2011).

⁸⁰ See Duffy, *supra* note 77 (citing, inter alia, *Shinseki v. Sanders*, 556 U.S. 396, 407 (2009)). The harmless-error doctrine is codified in federal law at 28 U.S.C. § 2111.

rest upon any appropriate legal basis, or (ii) is based upon factual findings clearly unsupported by the record; or b. That the Original Award is subject to one or more of the grounds set forth in Section 10 of the Federal Arbitration Act for vacating an award. The Tribunal does not have the power to remand the award.

The CPR rules grant essentially the same grounds for review as the AAA rules plus all of the grounds that would be available to a party seeking vacatur under the FAA.

JAMS has a somewhat unique standard. It imports whatever standard of review “the first-level appellate court in the jurisdiction would apply to an appeal from the trial court decision.”⁸¹ Presumably, for decisions rendered in the U.S., this rule adopts all of the standards applied by U.S. courts of appeal including those that are particularized based on subject-matter and procedural posture. JAMS recruits heavily from the pool of retired judges to fill its panel of arbitrators so a rule like this is convenient in that it is relatively familiar.

E. Record on appeal

The AAA Appellate Rules contemplate an appellate determination made from a closed record of the proceedings below. Rule A-16 prohibits parties from raising an issue that was not raised during the underlying arbitration and from submitting evidence that was not submitted during the underlying arbitration. This rule is productive for the same reasons that a limited scope of review is productive: it discourages an appellate review from devolving into an entirely new arbitration.

⁸¹ JAMS Appellate Rules, ¶ (D).

The JAMS and CPR rules do not have a blanket prohibition on re-opening the record. The CPR rules empower the tribunal to request supplementation of the record “as it may deem appropriate.”⁸² The JAMS rules are more restrictive as they permit new evidence to be admitted only if “the basis of the Appeal is non-acceptance by the Arbitrator of certain evidence or unless the Appeal Panel determines that there is good cause to re-open the record...”⁸³

F. Timeline

The length of an arbitration proceeding is in large part determined by the briefing schedule, the number of hearings permitted, and the time permitted to the arbitrators to render their award. In general, the stricter the schedule and the fewer the hearings, the sooner the parties will receive their award.

1. Deadlines and page limits

Rule A-17 of the AAA Appellate Rules sets out very tight deadlines and strict page limits for briefing. It contemplates 21 days for each of the initial brief and answer and 10 days for the reply brief. The initial brief and answer are each limited to 30 double-spaced pages, and the reply brief is limited to 10 double-spaced pages⁸⁴. Initially, extensions are limited to a single seven-day extension to be granted not by the tribunal but by the AAA case manager, which discourages delays for arbitrator convenience⁸⁵. But the appellate tribunal is permitted to make “necessary deviations” from the default schedule, which if interpreted liberally, may nullify this rule altogether⁸⁶.

⁸² CPR Appellate Rules, r. 7.3.

⁸³ JAMS Appellate Rules, ¶ (B) (iii).

⁸⁴ In addition, before briefing begins, the appeal tribunal may request a “detailed specification of issues on appeal.” AAA Appellate Rules, r. A-7 (c).

⁸⁵ *Id.* r. A-17 (g).

⁸⁶ *Id.* r. A-17.

In contrast, the CPR rules contain no explicit briefing schedule to ensure speediness. CPR Rule 9 imposes a best-efforts requirement for speed and a target of six months to complete the appeal. JAMS offers no explicit briefing schedule or targets, leaving the matter entirely to the discretion of the appellate arbitrators.

2. *No oral argument unless tribunal so orders*

Rule A-15 of the AAA Appellate Rules sets forth that “[u]nless otherwise directed by the appeal tribunal, all appeals will be determined upon the written documents submitted by the parties.” The rule goes on to give the tribunal discretion to permit oral argument, but the introductory clause suggests that AAA does not want oral argument to be a regular feature of its appellate arbitrations.

On appeal under the CPR rules, oral argument is available if any party request it or if the tribunal wishes⁸⁷. Under the JAMS rules, oral argument is available if *all* parties agree to it or if the tribunal wants it⁸⁸. Arguably, neither of these two rules contains the strong presumption against oral argument that the AAA rules contain.

3. *Time to make award*

By default, a tribunal under the AAA Appellate Rules has 30 days from service of the final brief to make its award⁸⁹. The JAMS rules call for the appellate arbitrators to issue their decision within 21 days of the final briefing or final receipt of evidence⁹⁰. The CPR rules provide no deadline for the award, but they do exhort the tribunal to use “best efforts” to avoid delay and conclude the arbitration within six months of its commencement⁹¹. In all cases, the tribunal may extend this

⁸⁷ CPR Appellate Rules, r. 7.4.

⁸⁸ JAMS Appellate Rules, ¶ (B) (v).

⁸⁹ AAA Appellate Rules, r. A-19 (a).

⁹⁰ JAMS Appellate Rules, ¶ (D).

⁹¹ CPR Appellate Rules, r. 9.

time, but the language of the AAA and JAMS rule is a more emphatic exhortation to the tribunal to make its award within the allotted time or as quickly as possible.

G. Decision

After the last brief has been submitted Rule A-19 permits the tribunal to do one of three things:

- adopt the Underlying Award;
- substitute the appellate tribunal’s award for the Underlying Award (incorporating any aspects not vacated or modified); or
- grant an extension of up to 30 days for the tribunal to request additional information from the parties.

When the appeal tribunal’s decision is served on the parties, it becomes the final award “for purposes of judicial enforcement proceedings.”⁹² The tribunal may not order a new arbitration hearing nor remand to the original tribunal⁹³.

The CPR and JAMS rules are very similar to the AAA rules in this regard, but they differ in one notable aspect. The CPR rules permit an appellate tribunal to “set aside” an underlying award, and the JAMS rules permit the appellate tribunal to “reverse” an underlying award (both, in addition to affirming it or modifying it)⁹⁴. It is unclear what effects a “reversal” that is not a modification might produce. Intuitively, this seems to leave the parties with no award at all and would require them to convene a new tribunal to resolve their dispute. The AAA rules do not permit such an outcome. At the end of a AAA appellate

⁹² AAA Appellate Rules, r. A-20.

⁹³ *Id.* r. A-19 (a).

⁹⁴ See CPR Appellate Rules, r. 8.2; JAMS Appellate Rules, ¶ (D).

arbitration the parties have either the same award, a modified award, or an entirely new award (a “fully modified” award).

V. Conclusions

Although conventional wisdom has it that the majority of arbitral award are voluntarily complied with, much of arbitration’s attractiveness for commercial parties is derived from the ready availability of court enforcement⁹⁵. As the FAA does not explicitly mention appellate arbitrations or awards of second instance, there may be some uncertainty as to the enforceability of an appellate arbitral award. Similarly, there may be some very practical concerns about the impact of the arbitral review mechanism on tolling the statute of limitations for judicial review of the underlying award.

A. *Unresolved questions of enforceability and tolling*

1. *Enforceability of awards subjected to arbitral appeal*

To the authors’ knowledge, there has yet to be an attempt to judicially enforce an award that has been subjected to the new AAA Appellate Rules. But some guidance on the attitudes of the courts can be gleaned from the relatively modest number of cases that have addressed enforcement of awards subjected to other appellate arbitration mechanisms. A review of those cases shows that, in general, courts are willing to accept arbitral appeals and enforce the appellate award as final⁹⁶. This is a logical extension of party autonomy. As with non-

⁹⁵ For data and discussion on the rates of voluntary compliance with awards, see Catherine M Amirfar & David W. Rivkin, *Arbitration and Enforcement in the United States*, in *The Arbitration Review of the Americas 2014*, available at <http://globalarbitrationreview.com/reviews/57/sections/198/chapters/2253/arbitration-enforcement-united-states/>.

⁹⁶ See *Reed v. Nat’l Home Ins. Co.*, 166 F.3d 341 (5th Cir. 1998) (refusing to vacate an appellate arbitral award where the court found that the appellate arbitrator adhered to his institution’s (NAC) rules for appellate arbitration); *Stonebridge Equity v. China Auto. Sys., Inc.*, 520 F. App’x 331, 337 (6th Cir. 2013) (affirming confirmation of award challenged, inter alia, because the appeal arbitrator confirmed the original award but did not explicitly

appellate arbitration, the key is for the arbitrators to adhere to the rules.

Even then, however, an arbitral appeal may not be sufficient to cure latent defects in an award. For example, in *Cofinco, Inc. v. Bakrie & Bros., N.V.*⁹⁷, an appellate arbitral tribunal reviewed an arbitration award under the rules of the Green Coffee Association, according to which the appellate arbitrators were prohibited from receiving any new evidence. On the record below, the appellate tribunal reversed the original award and replaced it with its own award. The second award was challenged in federal court, and the court found that the evidentiary record that had been created by the original arbitrators was “limited and plainly incomplete.”⁹⁸ Even though the arbitrators were prohibited by the rules of their organization from admitting new evidence into the record, the court found that the complaining party had not had a fair opportunity to be heard, and that therefore the appellate arbitrators had exceeded their authority under section 10 (d) of the FAA⁹⁹.

2. Finality and tolling

Federal and New York law require applications for vacatur or modification of awards to be brought within 90 days¹⁰⁰. Rule A-2 of the AAA Appellate Rules, which governs the effect of the underlying award, provides in paragraph (a) that upon the filing of a Notice of Appeal,

review it de novo as required by the rules. Court found that the arbitrator did not have to explain his decisions and there was no evidence that his review was not de novo); *Chicago Typographical Union No. 16 v. Chicago Sun-Times, Inc.*, 935 F.2d 1501, 1505 (7th Cir. 1991) (“If the parties want, they can contract for an appellate arbitration panel to review the arbitrator’s award.”); *Cummings v. Future Nissan*, 128 Cal. App. 4th 321 (2005) (holding that an appellate arbitral award is reviewed according to the same standards as any other arbitral award and that appellate arbitrator is not limited to the standard of review applied by courts).

⁹⁷ 395 F. Supp. 613 (S.D.N.Y. 1975).

⁹⁸ *Id.* at 614.

⁹⁹ 9 U.S.C. § 10 (d).

¹⁰⁰ *Id.* § 12; N.Y. C.P.L.R. 7511 (b).

the underlying award “shall not be considered final for purposes of any court actions to modify, enforce, correct, or vacate the Underlying Award.” Similar provisions are found in the JAMS and CPR rules. Are such provisions effective under the law to extend the period for filing a judicial challenge, or will the losing party be forced to pursue judicial review at the same time as exercising rights for an arbitral appeal?

To date, state and federal case law suggests that courts will respect the impact the rules have on determining the “finality” of the underlying award for purposes of judicial review. Therefore, the rule that suspends the finality of the underlying award is effective to toll the period for judicial challenge.

For example, in a case of first impression, the New York Supreme Court decided the timeliness of an appeal from a modified arbitration award where the modification only added attorney’s fees to the original award. The appeal was brought within 90 days of the modified award, but not within 90 days of the original award. One of the questions before the court was whether it could decide the appeal from the entire award as modified or only the modified portion since the unmodified portion had not been judicially challenged within 90 days of the award. The court held that it could consider the award as a whole, analogizing the situation to a plenary decision on a motion for reargument that adheres to the original decision. “Such a decision supersedes the original order for purposes of appeal.”¹⁰¹

The same principles apply in federal courts. The arbitral rules will determine finality of the award and the start of the time for filing a judicial appeal¹⁰². Rule A-2 of the AAA Appellate Rules was likely drafted with this extant case law in mind.

¹⁰¹ Nassau Ins. Co. v. Jimenez, 116 Misc. 2d 908, 910, 456 N.Y.S.2d 654, 656 (N. Y. Sup. Ct. 1982).

¹⁰² See Olson v. Wexford Clearing Servs. Corp., 397 F.3d 488 (7th Cir. 2005) (referring to definition of “award” in NSDA arbitral rules to determine finality and applying the same

Finally, the tolling rule is not affected where the underlying award is adopted wholesale by an appellate arbitral tribunal. In *Shait v. The Millennium Broadway Hotel*¹⁰³, a labor dispute between a union and a hotel was resolved by an arbitrator pursuant to an “industry-wide agreement.” The award was appealed and the appellate arbitration panel affirmed the underlying award in its entirety¹⁰⁴. Certain members of the union filed suit in federal court to vacate the award, and the defendants argued, among other things, that the union members were barred from challenging the award because more than 90 days had passed since the original award was issued and the members did not file the challenge within the 90-day deadline provided by state and federal law¹⁰⁵. The court dismissed this objection with only a brief analysis, stating, “Plaintiffs should not have been required to commence a vacatur action in federal court during the pendency of appellate arbitration proceedings.”¹⁰⁶ The “determinative date,” according to the court, was the date of the appellate award, despite the fact that it was identical to the underlying award¹⁰⁷.

3. Thorny cases create some uncertainty

One dark cloud on the horizon is a very recent decision from the Supreme Court of Alaska applying the FAA. In *Dunham v. Lithia Motors Supports Servs., Inc*¹⁰⁸, an employment agreement provided for dispute resolution by arbitration with the opportunity to appeal to a second arbitrator. The initial arbitrator found in favor of Lithia, the employer, and the plaintiffs appealed. The second arbitrator affirmed the award in

analogy regarding tolling as *Nassau*, *supra* note 101).

¹⁰³ No. 00-cv-5584 GEL, 2001 WL 536996 (S.D.N.Y. May 18, 2001).

¹⁰⁴ *Id.* at *5–6.

¹⁰⁵ *Id.* at *7.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ No. S-15068, 2014 WL 1421780, 22 Wage & Hour Cas. 2d (BNA) 538 (Alaska Sup. Ct. Apr. 9, 2014).

its entirety, and the plaintiffs filed suit to vacate not only the appellate award, but the underlying award as well. The Supreme Court of Alaska applied the FAA standard of review to both awards without explaining why it was necessary to consider both awards instead of just the second one¹⁰⁹.

The effect of reviewing both awards may be academic in this case because the second one was an affirmance of the first, although the standard of review for the arbitral award was de novo only with regards to questions of law¹¹⁰. In any case, the court offered no clue as to what the purpose of dual review was. Dual review is contrary to the straightforward rule applied in *Shait* and has the potential to create tremendous problems for parties receiving an arbitral award. Consider an award that is modified by appellate arbitration. If on judicial challenge the underlying award is separately reviewed and vacated, can the non-modified parts of the appellate award stand? Will it depend on the appellate standard of review?

Not only are the conceptual problems thorny, but parties will incur greater expense in having to argue dual review during their confirmation or vacatur proceedings. Fortunately, this opinion is unpublished and is likely to be of limited precedential value.

B. Still unclear how popular the AAA Appellate Rules will be

It is unclear how popular the AAA Appellate Rules will be, as historical data on this subject is scarce. Knull and Rubins informally estimate that industry-specific commodities arbitrations are appealed in 15–20%

¹⁰⁹ For example, heading IV.C. of the opinion read “The Court Will Not Vacate The Arbitrators’ Awards Because Neither Arbitrator Manifestly Disregarded The Law Nor Issued A Completely Irrational Award.”

¹¹⁰ 2014 WL 1421780, at *3.

of cases¹¹¹. ICSID annulment proceedings are initiated in about 30% of cases¹¹².

Every method of adjudication, implies a trade-off between accuracy on the one hand and speed and finality on the other hand. Accordingly, the AAA Appellate Rules represent the AAA's best guess at how parties would like an appellate arbitral mechanism to function. Among commercial parties, arbitration has grown in popularity as a method of dispute resolution in part because commercial parties often prefer to resolve disputes quickly and definitively even at the expense of accuracy¹¹³. To be successful in the marketplace, arbitral procedures must accommodate this preference for obtaining a final award as soon as possible.

A mechanism permitting review of an arbitral award is necessarily going to increase the time to a final decision and, depending on applicable law, it may bring into question the finality and enforceability of both the original award and the appellate award¹¹⁴. On the other hand, the availability of an appellate procedure may make arbitration more attractive to parties involved in a dispute that they judge to be too important to run the risk of an incorrect and un-reviewable award. Thus to commercial arbitration institutions, which to some extent

¹¹¹ Knull & Rubins, *supra* note 18, at 558 (citing a communication with Peter Brown, of Peter Brown Associates, London, Jan. 31, 2001).

¹¹² See Int'l Centre for the Settlement of Investment Disputes, Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID 12–13, August 10, 2012, available at <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDNewsLettersRH&actionVal=ShowDocument&DocId=DCEVENTS11>.

¹¹³ See Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* 4 (2d ed. 2012) (“The lack of opportunity for multiple appeals of the decision on the merits is also an attractive aspect. For businesspeople, there is great value in finishing a dispute so they can get on with their business.”). *But see* Knull & Rubins, *supra* note 18, at 541–43 (arguing that finality may be secondary to other considerations and that finality is not guaranteed by having a single-instance arbitration).

¹¹⁴ In fact, some arbitral rules explicitly prohibit the parties from seeking any form of judicial review of their award. See, e.g., LCIA Arbitration Rules, art. 26.9 (effective Jan. 1, 1998), available at <http://www.lcia.org/media/download.aspx?mediald=74>.

compete amongst each other for “customers,” the addition of such appellate rules can only be a net good. Especially if those rules are designed to minimize the potential negative effects.

C. Suitability of appellate arbitration to international commercial arbitration

There is no inherent reason why the AAA Appellate Rules should not be attractive in the context of international as opposed to domestic commercial arbitration. Rather, the popularity of the rules is likely to be driven by how accepted the practice becomes of using appellate arbitration mechanisms. When one excludes industry-specific arbitral rules and international institutions, there is little evidence that there is much appetite from multinational corporations and other repeat users of international arbitration for the adoption of mechanism like the AAA Appellate Rules.

On the contrary, sophisticated arbitration users seem more focused on pushing for reforms that speed up the arbitration process and reduce costs, while addressing quality concerns through arbitrator selection. But some corporate users interviewed by the authors expressed a willingness to consider adopting an appellate arbitration procedure for high-value transactions (or disputes) or where one party was reticent to accept arbitration out of fear of a seriously erroneous decision.

For those limited cases in which an arbitral appellate mechanism is desired, the AAA Appellate Rules do represent an attractive option in offering a stand-alone standardized package of rules. Similarly, the rules represent a thoughtful compromise between the competing concerns of meaningful review but with an eye towards efficiency and finality. In an age in which there is a plethora of different rules competing for attention, the AAA Appellate Rules provide a sensible option that should be seriously considered.

А.А. Панов,

старший юрист международной арбитражной практики
юридической фирмы Norton Rose Fulbright (Москва), Magister Juris
(University of Oxford)

ОНЛАЙН АРБИТРАЖ: ПРОБЛЕМЫ, РЕШЕНИЯ, ПЕРСПЕКТИВЫ

ВВЕДЕНИЕ

Традиционно к преимуществам арбитража перед судебными разбирательствами относят гибкость процедуры, скорость и относительную дешевизну рассмотрения спора. Однако международный коммерческий арбитраж сегодня с его стандартизированными процедурами, длительностью вынесения решений и астрономической стоимостью всего процесса уже вряд ли соответствует этому описанию. Фактически рассмотрение споров при цене иска до миллиона долларов США оказывается для участников такого спора экономически неэффективным.

Однако при повышении ставок стороны сталкиваются со значительным ростом затрат на подготовку слушаний, поскольку зачастую резко возрастает объем информации, которой стороны вынуждены обмениваться друг с другом и с составом арбитража, включая необходимость раскрытия доказательств, значительная часть которых может содержаться в электронном виде. Само слушание становится очень дорогим, а зачастую и исключительно сложным в организации, когда свидетели, юридические представители, арбитры, эксперты, стенографисты, переводчики и другие участники разбирательства вынуждены съезжаться в место проведения разбирательства с различных концов света.

С развитием электронных технологий многие начинают отказываться от библиотек или традиционных магазинов, делая выбор в пользу возможности скачать книгу или заказать необходимый товар в интернете, не выходя из дома. Более того, они еще и умудряются приобретать такие товары дешевле, потому что продавцам не приходится тратить на торговые помещения, зарплаты продавцов и т.п. Если драгоценности, дорогостоящие автомобили или недвижимость все еще приобретают традиционными способами, то при менее дорогих сделках пользователи ценят удобство, скорость и экономию средств, предлагаемую интернет-торговлей. Международный арбитраж также постепенно начинает перемещаться в киберпространство, что в теории должно обеспечить значительную экономию времени и средств на рассмотрение споров. Это должно быть особенно востребованным при небольшой цене иска, однако современные технологии с необходимостью влияют также на организацию процесса в традиционных арбитражных разбирательствах.

Хотя в России онлайн арбитраж пока мало исследован¹, за рубежом исследования на эту тему проводятся уже не одно десятилетие². Вместе с тем, недавно созданная Российская Арбитраж-

¹ Автору удалось обнаружить только одну статью, в которой обсуждается вопрос сложностей исполнения арбитражных решений, вынесенных онлайн. См.: Чухнин И. М. Онлайн-арбитраж: особенности исполнения решений // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 11. С. 26–29.

² См., например: *Julio César Betancourt, Elina Zlatanska*, Online Dispute Resolution (ODR): What Is It, and is It the Way Forward? // (2013) 79 Arbitration, Issue 3. PP. 256–264; *Philip Johnson*, Enforcing Online Arbitration Agreements for Cross-Border Consumer Small Claims in China and the United States // Hastings International and Comparative Law Review, Vol. 36, Issue 2 (Summer 2013). PP. 577–602; *Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey* (Eds.), Online Dispute Resolution: Theory and Practice, The Hague, 2012; *Slavomir Halla*, Arbitration Going Online – New Challenges in 21st Century // Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol. 5, Issue 2 (Fall 2011). PP. 215–226; *Thomas Schult*, The Roles of Dispute Settlement and ODR // *Arnold Ingen-Housz*, ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures, Vol. II, 2011.

ная Ассоциация провозгласила в качестве одной из своих целей предоставление клиентам услуг онлайн арбитража. В связи с этим представляется своевременным и интересным проанализировать мировой опыт в этой сфере, включая наиболее часто обсуждаемые сложности в этой сфере.

Некоторые авторы указывают на то, что онлайн арбитраж в сущности отличается от традиционного арбитража, прежде всего, использованием технологий³. Анализ литературы показывает, что онлайн арбитраж обсуждается применительно

PP. 135–155; *Ronald A. Brand*, Party Autonomy and Access to Justice In the UNCITRAL Online Dispute Resolution Project (August 2011) // <http://ssrn.com/abstract=2125214>; *Mustasim Ahmad Alqudah*, Enforceability of Arbitration Clauses in Online Business-to-Consumer Contracts // *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Issue 1 (February 2011). PP. 67–80; *Ronald A. Brand*, Party Autonomy and Access to Justice In the UNCITRAL Online Dispute Resolution Project (August 2011) // <http://ssrn.com/abstract=2125214>; *Mustasim Ahmad Alqudah*, Enforceability of Arbitration Clauses in Online Business-to-Consumer Contracts // *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Issue 1 (February 2011). PP. 67–80; *Chinthaka Liyanage*, Online Arbitration Compared to Offline Arbitration and the Reception of Online Consumer Arbitration: An Overview of the Literature // *Sri Lanka Journal of International Law*, Vol. 22, Issue 1 (2010). PP. 173–194; *Samu Kallel*, Online Arbitration // *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, Issue 3 (June 2008). PP. 345–354; *Hong-lin Yu*; *Motassem Nasir*, Can Online Arbitration Exist within the Traditional Arbitration Framework // *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, Issue 5 (October 2003). PP. 455–474; *Robert Bennet Lubic*, Development of online dispute resolution – the wave of the future in alternative dispute resolution // *Stockholm Arbitration Report*, Issue 2, 2002. PP. 1–24; *Llewellyn Joseph Gibbons*, Creating a Market for Justice; a Market Incentive Solution to Regulating the Playing Field: Judicial Deference, Judicial Review, Due Process, and Fair Play in Online Consumer Arbitration // *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 23, Issue 1 (Fall 2002). PP. 1–64; *Karen Stewart*; *Joseph Matthews*, Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes // *University of Miami Law Review*, Vol. 56, Issue 4 (July 2002). PP. 1111–1146; *M. H. M. Schellekens*, Online Arbitration and E-Commerce // *Electronic Communication Law Review*, Vol. 9, Issue 2 (2002). PP. 113–126; *Steven Anderson*, Online Services of the International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association // *International Legal Practitioner*, Vol. 27, Issue 1 (March 2002). PP. 13–19; *Nicolas de Witt*, Online International Arbitration: Nine Issues Crucial to its Success // *The American Review of International Arbitration*, Vol. 12, Nos. 3–4 2001. PP. 441–464; *Tiffany J. Lanier*, Where on Earth Does Cyber-Arbitration Occur: International Review of Arbitral Awards Rendered Online // *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 7, Issue 1 (Fall 2000). PP. 1–14.

³ *Chinthaka Liyanage*, Op. cit. PP. 178–179.

к двум моделям разрешения споров⁴. Во-первых, об онлайн арбитраже говорят в случае, когда в рамках традиционного арбитражного разбирательства используют те или иные технологии или приемы, которые позволяют перевести часть общения между сторонами в онлайн сферу (использование электронных писем, видеоконференций и т.п.). В этом случае следует говорить об арбитраже посредством (или с помощью) онлайн коммуникации.

Во-вторых, онлайн арбитраж может иметь место, когда все отношения сторон (в том числе заключение договора, содержащего арбитражную оговорку, исполнение такого договора и т.п.) не покидают киберпространства. В этом случае речь идет об онлайн арбитраже в электронной коммерции.

Настоящая статья рассматривает некоторые, наиболее часто упоминаемые особенности и сложности применительно к каждой из этих категорий онлайн арбитража.

I. АРБИТРАЖ ПОСРЕДСТВОМ ОНЛАЙН КОММУНИКАЦИИ

Онлайн технологии используются в арбитраже уже довольно давно и повсеместно. Самая простая и, наверное, самая распространенная из таких технологий это общение сторон, арбитражных институтов и состава арбитража между собой посредством электронной почты. Кроме того, распространенным является проведение слушаний, в том числе допросов свидетелей по видеоконференцсвязи; использование «облачных технологий» для обмена электронными доказательствами.

⁴ Slavomir Halla, Op. cit. P. 217.

Необходимо сразу оговориться, что арбитраж посредством онлайн коммуникации отличается от традиционного арбитража исключительно своей технологической стороной. Объем использования технологий может варьироваться в зависимости от желаний сторон и возможностей арбитражного института. Современные технологии позволяют перевести весь арбитражный процесс в киберпространство, исключив взаимодействие между сторонами и арбитрами лицом к лицу. В этом случае, видимо, напрашивается аналогия с арбитражным разбирательством на основе письменных документов (*documents only arbitration*)⁵, однако такая аналогия не всегда может быть правильной. Онлайн арбитраж в зависимости от потребностей сторон может включать в себя проведение слушаний (например, посредством видеоконференцсвязи), а может действительно основываться только на представленных документах, когда решение будет вынесено без проведения заседаний.

В то же время онлайн технологии могут использоваться только для упрощения и удешевления тех или иных аспектов арбитражной процедуры, например, только для обмена процессуальными документами, электронными доказательствами или для допроса свидетелей, которые не могут присутствовать на слушании. Как представляется, такая возможность выбора объема используемых технологий для конкретного дела является современным проявлением гибкости арбитражной процедуры.

А. Преимущества использования онлайн коммуникации

В качестве одного из главных преимуществ использование онлайн технологий обычно говорится о снижении расходов. Действительно, современные технологии позволяют сэкономить,

⁵ Ср., например, § 34 Регламента МКАС при ТПП РФ.

однако некоторые авторы высказывают оправданные сомнения в эффективности такого метода экономии, поскольку основные расходы приходится на юристов, работающих над спором⁶, в то время как, например, проведение слушаний посредством видеоконференций позволяет экономить разве что на стоимости перелетов к месту слушания.

Как представляется, однако, определенной экономии позволяет добиться использование электронных систем обмена доказательствами. Во-первых, очевидная экономия связана с отсутствием необходимости распечатывать огромное количество электронных документов, а также транспортировать их к месту проведения слушания и обратно. Во-вторых, предоставление электронных доказательств позволяет использовать различные технологии анализа и контекстного поиска, которые позволяют сократить время, необходимое для изучения большого объема данных и информации. Вместе с тем необходимо, конечно, согласиться, что использование современных технологий не позволяет в большинстве случаев добиться значительной экономии.

Тем не менее, как представляется автору, использование современных технологий в арбитраже будет только увеличиваться. И причина этому довольно проста – они удобнее для пользователей.

Например, зачастую доказательства по делу предоставляются только в электронных копиях. В принципе можно было бы предоставлять их на бумажных носителях, как того требуют

⁶ Chartered Institute of Arbitrators, Costs of International Arbitration Survey (London: Chartered Institute of Arbitrators, 2011). P.2.

некоторые арбитражные регламенты⁷. Это увеличивает расходы сторон, но на фоне общей стоимости арбитражного разбирательства такое увеличение будет незначительным. Поэтому с такими требованиями не возникает проблем, если стороны предоставили по 10 или 20 приложений к своим процессуальным документам. Однако когда счет приложений идет на сотни или даже тысячи, причем многие из документов сами по себе насчитывают несколько десятков и даже сотен страниц, пользоваться бумажными версиями становится как минимум неудобно. Если прибавить к этому возможность создать электронную версию процессуального документа, снабженную гиперссылками на соответствующую страницу или положение электронного доказательства, становится понятно, почему электронные технологии распространяются, в том числе на сферу сложных споров.

Помимо очевидных преимуществ, использование онлайн коммуникации также порождает определенные трудности. Как представляется, основные сложности с использованием онлайн коммуникации в арбитраже связаны с практическими аспектами идентификации участников такой коммуникации, будь то при направлении уведомления или при проверке полномочий представителей. Кроме того, использование электронных документов и «облачных» хранилищ доказательств требует от провайдеров соответствующих услуг соблюдения определенных критериев, при которых документы могут в дальнейшем использоваться как доказательства. Эти трудности будут рассмотрены ниже, однако сначала автор хотел бы остановиться на кратком обзоре практики использования онлайн коммуникации в современных арбитражных спорах.

⁷ Например, § 15 Регламента МКАС при ТПП РФ устанавливает требование о предоставлении всех документов в бумажной форме в шести (при рассмотрении дела тремя арбитрами) или четырех (при рассмотрении дела одним арбитром) экземплярах.

В. Практика использования онлайн коммуникации в арбитраже

Поскольку онлайн технологии составляют все большую часть нашей жизни, все современные арбитражные регламенты позволяют их использование.

Например, статья 3 (2) Арбитражного регламента МТП 2012 г. устанавливает:

«Все уведомления или сообщения Секретариата и состава арбитража направляются по последнему адресу стороны или представителя стороны, которой они предназначаются, полученному либо от самой стороны, либо от другой стороны. Такое уведомление или сообщение может быть передано путем вручения под расписку, заказным письмом, курьерской службой, по электронной почте или любым иным способом телекоммуникации, подтверждающим факт отправки» (выделено нами — А.П.).

Статья 12 (2) Венского регламента 2013 г. содержит практически такое же положение, однако требует доказательство передачи (а не оправки)⁸.

Проект нового арбитражного регламента Лондонского международного арбитражного суда (ЛМАС) идет еще дальше, допуская возможность направления требования об арбитраже, отзыва на требование об арбитраже, а также переписки со сторонами по электронной почте⁹. При этом ст. 4.3 проекта устанавливает, что доставка сообщений с использованием

⁸ Венский регламент 2013 г. доступен на русском языке по ссылке: http://www.viac.eu/images/Vienna_Rules_RUS_Brosch%C3%BCre_Salpius_Szucsich.pdf.

⁹ См. ст. 1.2, 2.2, 4.1 Проекта нового Регламента ЛМАС соответственно (<file:///C:/Users/user/Downloads/LCIA%20Arbitration%20Rules%20Draft%2018-02-2014.pdf>)

электронных средств связи (электронная почта или факс) должна осуществляться только на адрес, согласованный сторонами или обозначенный адресатом, или на адрес, указанный составом арбитража.

Статья 8 (1) Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже (2010 г.) также предусматривает возможность проводить допрос определенных свидетелей с использованием видеоконференцсвязи или аналогичных доказательств. Иногда допрос свидетелей может проводиться даже по телефону, если ни одна из сторон не возражает против этого.

Кроме того, с распространением электронных документов электронное раскрытие доказательств (e-discovery) становится все более популярным не только в США, но и во всем мире¹⁰. Правила Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже (2010 г.) не обсуждают процедуру электронного раскрытия доказательств подробно, но все-таки принимают во внимание факт, что многие документы сейчас хранятся только в электронной форме. Например, ст. 3 (3) (a) (ii) указанных Правил устанавливает:

*«в случае если Документы хранятся в электронной форме, запрашивающая Сторона может самостоятельно либо должна по распоряжению Состава арбитража идентифицировать **конкретные файлы, критерии поиска, конкретных лиц или другие способы поиска** таких Документов эффективным и экономичным способом» (выделено нами — А.П.).*

¹⁰ См. подробнее: *J. Bedard and J. Frank, Electronic Discovery in International Arbitration (Revised) // Grant Hanessian (ed.) ICDR Awards and Commentaries, Juris Publishing, 2012. Pp. 35 et seq.*

На уровне арбитражных институтов также предлагаются определенные принципы раскрытия электронных доказательств. Так, в 2008 г. Международный Центр Разрешения Споров (ICDR) выпустил Руководящие принципы по обмену информацией в международном арбитраже (ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchanges of Information), которые являются обязательными, если стороны не договорились об ином. Эти руководящие принципы устанавливают основы, в том числе для электронного раскрытия доказательств¹¹. Королевский институт арбитров также в 2008 г. разработал Протокол для электронного раскрытия доказательств в арбитраже (CIArb Protocol for E-Disclosure in Arbitration), в котором также обсуждаются вопросы раскрытия документов и информации, содержащейся в электронном виде¹². Однако указанные документы оставляют на усмотрение сторон, какие технологии должны использоваться для раскрытия электронных документов.

Институционные арбитражи также предлагают системы электронного обмена документами, чтобы упростить и удешевить процесс обмена процессуальными бумагами и доказательствами. Американская Арбитражная Ассоциация (ААА) и ее международная ветвь — ICDR — предлагают сторонам инициировать арбитражное разбирательство, а также вести арбитражное дело с помощью системы AAA WebFile¹³. Эта система позволяет не только подавать процессуальные документы, но также представлять и организовывать доказательства, оплачивать необходимые сборы и т.п.

Суд МТП в свое время также предлагал систему электронного обмена документами NetCase¹⁴. Однако в настоящее время

¹¹ ICDR Guideline 4: https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?doc=ADRSTG_002579.

¹² Текст доступен по ссылке: <http://www.ciarb.org/information-and-resources/E-Disclosure%20in%20Arbitration.pdf>.

¹³ Информация о системе доступна здесь: <https://apps.adr.org/sandy/faqs.jsp#protect>.

¹⁴ Рекламный буклет системы можно посмотреть здесь: https://www.iccnetscase.org/Netcase/pdf/Pamphlet_En.pdf.

эта система не работает, потому что требовала значительных вложений в свою модернизацию. В то же время, насколько известно автору, Суд МТП планирует разработку новой системы электронного обмена документами «с нуля».

В основе применения таких систем лежит согласие сторон на их использование и предоставление персонифицированных данных для доступа к системе обмена документами. Необходимо особенно подчеркнуть удобство таких систем обмена документами, прежде всего, для трансграничных споров, когда различные вовлеченные в процесс лица могут находиться на разных концах земного шара. Системы обмена документами обеспечивают доступ ко всему делу из любой точки мира через Интернет, что создает дополнительные удобства для работы постоянно разъезжающих арбитражных юристов. На этом основании можно предположить, что подобные системы будут развиваться еще более активно.

Помимо предоставления отдельных услуг онлайн коммуникации, некоторые ведущие арбитражные институты разрабатывают специальные регламенты для онлайн арбитража. В 2009 году Китайская комиссия по международному экономическому и торговому арбитражу (СИЕТАС) приняла специальный регламент для онлайн арбитража, который нацелен, прежде всего, на разрешение споров в рамках онлайн коммерции, но может также использоваться для разрешения любых других споров по соглашению сторон¹⁵. В соответствии с этим регламентом вся коммуникация между сторонами, арбитрами и секретариатом, включая направление уведомлений, должна вестись по электронной почте, хотя направление с помощью традиционных почтовых и курьерских

¹⁵ *Zhao Yun, Tomothy Sze, Tommy Li and Chittu Nagarajan, Online Dispute Resolution in Asia // Online Dispute Resolution: Theory and Practice. P. 502.*

сервисов также не исключается. Регламент также устанавливает сокращенные сроки вынесения арбитражных решений: от 15 дней до 4 месяцев с момента формирования состава арбитража (в зависимости от суммы спора)¹⁶. В настоящее время свой регламент онлайн арбитража разрабатывает и Российская Арбитражная Ассоциация.

Помимо распространения онлайн коммуникации, предлагаемой традиционными арбитражными институтами, существует значительное число провайдеров услуг в области именно онлайн разрешения споров. При этом речь идет не только об арбитраже, а прежде всего о других методах альтернативного разрешения споров, в том числе переговорах и медиации.

Первые проекты в области онлайн арбитража возникли в Северной Америке еще в середине 90-х годов. Недавнее исследование рынка провайдеров услуг в области онлайн разрешения споров в Северной Америке выявило как минимум 27 действующих провайдеров, 12 из которых предлагали услуги в области онлайн арбитража¹⁷. Авторы этого исследования отметили, что проведение видеоконференций предлагается провайдерами услуг в области онлайн разрешения споров довольно редко, в то время как обмен текстовыми сообщениями и документами, иногда с использованием телефонных переговоров, является основным методом коммуникации¹⁸.

Аналогичное исследование применительно к Европе показало, что европейские провайдеры услуг онлайн разрешения споров

¹⁶ См подробнее: *Kim M. Rooney*, *New CIETAC Online Arbitration Rules*, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/05/27/new-cietac-online-arbitration-rules/>.

¹⁷ *Arthur Pearlstein, Bryan Hanson and Noam Ebner*, *ORD in North America in: Online Dispute Resolution: Theory and Practice*. PP. 434, 437.

¹⁸ *Ibid.* P. 438.

концентрируются, прежде всего, на медиации. Исследователи указали только одну испанскую платформу, которая предоставляет также услуги в области арбитража¹⁹.

С. Уведомление сторон

Рассматриваемые в данном разделе трудности относятся в равной степени к онлайн арбитражу в электронной коммерции.

Как представляется, соблюдение различных формальных требований к уведомлению и идентификации представителей сторон может стать наиболее существенной проблемой для развития онлайн арбитража в России

Российские суды до сих пор в целом скептически относятся к использованию электронной переписки в качестве доказательств. Судебная практика в этой области далеко не последовательна. Так, в одном деле Федеральный Арбитражный Суд Западно-Сибирского округа согласился с судом апелляционной инстанции, что распечатка электронной переписки сторон не могла быть принята во внимание в качестве доказательства согласования цены работ, поскольку отсутствовали подписи уполномоченных представителей сторон²⁰.

Однако согласования переписки по электронной почте как основного метода направления уведомлений по договору может быть достаточным для того, чтобы суд принял во внимание такую переписку даже без наличия в ней электронной подписи²¹.

¹⁹ *Marta Poblet and Graham Ross*, ODR in Europe // Online Dispute Resolution: Theory and Practice. P. 467.

²⁰ Постановление Федерального Арбитражного Суда Западно-Сибирского округа от 03. марта 2009 г. № Ф04–1207/2009 (1502-А46–11) по делу № А46–6166/2008.

²¹ Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского округа от 11 марта 2012 г. по делу № А40–29687/11–34–260.

Более того, само по себе отсутствие в договоре соглашения об использовании электронной переписки как способа коммуникации между сторонами не означает невозможность использования ее в качестве доказательств выполнения работ. Суд также указал, что стороной не представлено доводов об установлении при рассмотрении дела каких-либо обстоятельств, свидетельствовавших о невозможности идентифицировать электронное письмо общества либо об искажениях в нем, а судом не было установлено обстоятельств, свидетельствующих о невозможности идентификации электронного письма либо его искажения. В связи с этим электронная переписка была признана допустимым доказательством и была положена в основу решения суда²². Также суды иногда назначают экспертизу для установления аутентичности электронной переписки²³.

Если стороны согласовали в договоре электронную почту, на которую направляется извещение об арбитраже, а также все документы в электронном виде, то российские суды могут быть более склонны принять электронную переписку в качестве доказательств²⁴.

Тем не менее нельзя говорить о сложившейся в России практике, в соответствии с которой суды во всех случаях готовы были бы принимать во внимание электронную переписку сторон в качестве доказательств. В такой ситуации невозможно предсказать, каким образом суды будут оценивать направленные по электронной почте уведомления о начале арбитражного разбирательства, формировании состава арбитража или назначении даты и времени слушания. Поэтому, к сожалению, для

²² Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 марта 2010 г. № ВАС-2621/10.

²³ Постановление Федерального Арбитражного Суда Центрального округа от 05 мая 2011 г. по делу № А68-4041/10.

²⁴ Ср. также ст. 4.3 Проекта Арбитражного регламента ЛМАС.

соблюдения требований о надлежащем извещении придется, скорее всего, направлять бумажные версии значимых для процесса уведомлений²⁵. Однако необходимо учитывать, что даже направление документов курьерской службой не гарантирует того, что суды признают другую сторону надлежащим образом уведомленной.

Например, в одном из недавних дел суды установили, что уведомление о назначении единоличного арбитра было направлено по указанному в контракте адресу, но вручено лицу, которое не состояло с российским ответчиком в трудовых отношениях. Последующие уведомления направлялись по иному адресу – адресу директора по правовым вопросам материнской компании ответчика, указанного им в электронном письме в ЛМАС, которым согласовывалось назначение одного арбитра вместо трех. Уведомления по этому адресу российские суды также посчитали ненадлежащими, поскольку в тексте этого письма не было прямого указания на изменение адреса уведомления. На этом основании в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения было отказано²⁶.

Согласование использования электронной подписи в переписке позволяет по крайней мере установить, что уведомление исходит от лица, которое значится его отправителем, и что содержание этого сообщения осталось неизменным. Однако проблема с использованием электронной подписи заключается в том, что регулирование порядка выдачи, удостоверения и использования электронной подписи привязана к соответствующей

²⁵ Такая возможность, например, предусмотрена Регламентом СИЕТАС об онлайн арбитраже.

²⁶ См.: Постановление Федерального Арбитражного Суда Поволжского округа от 17 декабря 2013 г. по делу № А65–30438/2012. По состоянию на дату написания данной статьи судебные акты обжалованы в Высший Арбитражный Суд РФ в порядке надзора.

юрисдикции. Например, российское законодательство²⁷ направлено на регулирование исключительно использования электронных подписей в России, но не в трансграничных отношениях. Насколько автору известно, в настоящее время не существует регулирования использования электронных подписей на глобальном уровне или хотя бы трансграничного признания электронных подписей, удостоверенных в других государствах.

Еще одна проблема с использованием электронных подписей связана с тем, что не все правовые системы признают их юридическую силу и не все правовые системы приравнивают электронную подпись к собственноручной подписи. Соответственно, одна из сторон может направлять корреспонденцию из страны, где электронная подпись признается аналогом собственноручной подписи, в то время как правовая система другой стороны вообще не признает юридической силы за электронной подписью. В такой ситуации нельзя говорить, что доверие каждой стороны к исходящим от другой стороны сообщениям будет защищаться одинаково.

D. Идентификация представителей

Как представляется, рассмотренные в данном разделе трудности относятся в равной степени к онлайн арбитражу в электронной коммерции.

Другая проблема заключается в том, что российские суды зачастую с симпатией относятся к злоупотреблениям со стороны российских ответчиков, которые на стадии исполнения решения заявляют, что не знали об арбитражном разбирательстве и не имели возможности представить свои объяснения.

²⁷ См.: Федеральный закон от 06 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи», в особенности ст. 8, 16 и 18.

Показательным с этой точки зрения является недавний спор между польской компанией и российским обществом по поводу признания и приведения в исполнение арбитражного решения ЛМАС²⁸. В признании и приведении в исполнение арбитражного решения было отказано в связи с несоблюдением надлежащего порядка уведомления ответчика об арбитражном разбирательстве и существенным нарушением арбитражной процедуры.

В соглашении сторон содержалась арбитражная оговорка, согласно которой спор должен был разрешаться в Лондоне по регламенту ЛМАС тремя арбитрами. В арбитражном решении указано, что *«в ходе обмена корреспонденцией между сторонами и ЛМАС ... стороны согласились изменить пункт об арбитраже таким образом, чтобы можно было назначить единоличного арбитра»*. От имени российского ответчика переписку вел директор по правовым вопросам его материнской компании.

Стороны заключили мировое соглашение, и в связи с этим арбитражное разбирательство было приостановлено. Однако российская сторона не исполнила условия мирового соглашения, и производство по делу было продолжено. Курьерская служба доставила российскому ответчику уведомление о необходимости представить отзыв на иск, но никаких документов от него не поступило. Представитель ответчика также не принимал участия в заседании.

Заодно суды отметили, что у директора по правовым вопросам материнской компании российского ответчика, который вел переписку с ЛМАС от имени последнего, в любом случае не было

²⁸ См.: Постановление Федерального Арбитражного Суда Поволжского округа от 17 декабря 2013 г. по делу № А65–30438/2012. В настоящий момент судебные акты обжалованы в Высший Арбитражный Суд РФ в порядке надзора.

полномочий выступать от имени ответчика, поскольку он не состоит с ответчиком в трудовых отношениях.

Если трудности с доказыванием факта уведомления стороны и даже участия ее представителя в процессе возникают даже в рамках традиционного арбитража, когда для уведомления используются услуги курьерских служб, то в рамках онлайн арбитража следует ожидать еще больших трудностей. Если вручение курьерской службой уведомления по адресу, указанному в контракте, можно признать недостаточным на том основании, что получившее уведомление лицо, оказывается, не состоит с адресатом в трудовых отношениях, то что же делать с уведомлениями по электронным средствам связи?

Если представитель топ-менеджмента материнской компании, ведущий переписку от имени ответчика, может всегда возразить, что у него не было полномочий, потому что он не состоит в трудовых отношениях с ответчиком, то каким образом обеспечить идентификацию и проверку полномочий представителей при разрешении споров онлайн?

Очевидно, что идентификация представителей и проверка их полномочий необходима, в частности, при проведении слушаний с использованием видеоконференцсвязи или аналогичных технологий. Например, при использовании видеоконференцсвязи в рамках процесса в государственном арбитражном суде полномочия представителя проверяет судья того суда, где физически находится представитель²⁹. В некоторых странах полномочия представителя могут проверяться нотариусами, адвокатами и т.п. Однако в трансграничном контексте это не позволяет решить проблему полностью. Например, полномочия представителя английской

²⁹ Часть 3 ст. 153.1 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

стороны могут быть подтверждены английским солиситором, но кто подтвердит полномочия представителя российской стороны под страхом той же ответственности за некачественную проверку полномочий? Кроме того, это в любом случае ведет к усложнению процесса, что может в конечном итоге нивелировать все очевидные преимущества использования онлайн технологий.

В качестве одного из решений проблемы можно предложить использование индивидуальных идентификаторов, выдаваемых сторонам провайдерами услуг онлайн арбитража. Не секрет, что в интернете ежедневно проводится масса операций, требующих надлежащей идентификации лиц и подтверждения полномочий. Речь идет о различных банковских операциях (например, с использованием различных платформ «Банк-Клиент»), операциях по заключению сделок с производными финансовыми инструментами, выдача электронных распоряжений брокерам и т.п. Между контрагентами заключается договор, в котором прописывается порядок и условия использования электронных систем связи. Обычно также указывается, что стороны несут ответственность за сохранность данных для доступа к системам, а использование соответствующих идентификаторов и паролей означает, что воспользовавшиеся ими лицо является надлежащим образом уполномоченным.

В контексте взаимоотношений между банком и клиентами с использованием электронных технологий (систем «Банк-Клиент») российские суды исходят из того, что использование средств идентификации, предусмотренных договорами, подтверждает наличие полномочий у лица, дающего поручение. При этом суды исходят из того, что клиент, не обеспечивающий необходимую защиту средств идентификации, несет связанные с этим риски³⁰.

³⁰ См., например: Постановление Федерального Арбитражного Суда Уральского округа от 29 октября 2013 г. № Ф09-10829/13 по делу № А76-24697/2012; Постановление

Однако то, что работает для заключения договоров, не обязательно будет работать для разрешения споров. Конечно, можно при заключении арбитражного соглашения обменяться данными для доступа к соответствующей системе провайдера услуг онлайн арбитража. Можно предусмотреть, что использование этих данных означает наличие у воспользовавшегося ими лица полномочий. Это позволит решить проблему идентификации представителей сторон и проверку их полномочий и перенести риски получения несанкционированного доступа к системе обмена информацией на сторону, от имени которой такой доступ осуществляется.

Е. Обеспечение аутентичности доказательств

Проблема аутентичности передаваемой электронным путем информации возникает в силу самой природы такой информации. В отличие от документов на бумажных носителях, электронная информация не существует «в оригинале» — передаются всегда копии. С одной стороны, это сильно упрощает процедуру передачи, поскольку копий всегда можно сделать великое множество. С другой стороны, получившая электронную копию сторона получает над ней своего рода электронное господство — может ее уничтожить или изменить по своему усмотрению. При этом изменения по сравнению с изначальной копией не всегда можно проследить, и уж точно можно сказать, что они не всегда будут очевидны лицам, не обладающим специальными познаниями в этой сфере.

Вопрос обеспечения аутентичности информации лежит не столько в правовой сфере. Речь идет скорее об определенных требованиях, который должны быть выполнены провайдером услуг

Федерального Арбитражного Суда Московского округа от 04 сентября 2013 г. по делу № А40–155120/2012.

онлайн арбитража, чтобы позволить реальное использование соответствующих документов в качестве доказательств.

В соответствии с одним из комментаторов необходимость обеспечить аутентичность электронной информации возникает на различных этапах онлайн процесса, но это необходимо для обеспечения надежности системы и доверия к ней³¹. Разумеется, если в процессе используются электронные копии документов, имеющих в бумажном виде, необходимо также обеспечить их соответствие оригиналам. Эта ситуация не отличается от предоставления копий в рамках традиционного арбитража, и поэтому решаться эта проблема должна аналогичным образом: другая сторона должна заявить о расхождениях между оригиналом и представленной копией. Ниже речь пойдет о тех требованиях, которые должны быть выполнены провайдером услуг по электронному обмену документами, чтобы обеспечить возможность использования документов в качестве доказательств, как в рамках арбитражного разбирательства, так и в дальнейшем в случае оспаривания арбитражного решения.

Во-первых, необходимо иметь возможность проверить аутентичность сообщений, исходящих от участников процесса, чтобы гарантировать, что получены они в том же виде, в котором были отправлены. Необходимо также иметь возможность подтвердить, что все прикрепленные файлы, документы, программы были переданы полностью в изначальном виде.

Во-вторых, провайдер услуг онлайн арбитража должен обеспечить хранение полученной информации таким образом, чтобы ее невозможно было изменить и чтобы к ней можно было получить доступ в дальнейшем. Кроме того, в случае использования

³¹ См. подробнее: *Haitham A. Haloush*, Op. cit. P. 357.

виртуальных комнат данных или облачных хранилищ необходимо обеспечить систему регистрации активности в них, чтобы исключить бесследное исчезновение файлов или их подмену. Иными словами, необходимо вести своего рода журнал, из которого было бы видно, кто и когда загружал конкретные файлы в систему, а также производились ли какие-либо манипуляции с ними.

Отсутствие надежных механизмов проверки и подтверждения аутентичности данных может потенциально негативно сказаться не только на популярности онлайн арбитража у пользователей. Отсутствие возможности продемонстрировать, что соответствующие данные были представлены соответствующей стороной, может негативным образом сказаться на возможности признания и принудительного исполнения арбитражного решения.

II. ОНЛАЙН АРБИТРАЖ В СФЕРЕ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ

Несмотря на распространение электронной коммерции, специфические механизмы разрешения онлайн споров все еще находятся в стадии развития и не являются достаточно распространенными.

В качестве одного из примеров можно говорить о системе онлайн разрешения споров, существовавшей в рамках eBay с 2000 по 2008 гг. Система администрировалась фирмой Square Trade и отличалась частным механизмом исполнения решений, посредством присуждения или лишения тех или иных участников специальных очков, показывающих, насколько им можно доверять³².

³² См. подробнее: *Joachim Zekoll*, Online Dispute Resolution: Justice Without State? P. 4. (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398976).

В качестве самого распространенного (и успешного) примера онлайн разрешения споров обычно говорят о разрешении споров о доменных именах в рамках ICANN – международной организации, регулирующей вопросы, связанные с доменными именами, IP-адресами и т.п. Эта организация приняла специальную процедуру – Единую политику разрешения споров по доменным именам (UDRP), которая устанавливает порядок разрешения споров, касающихся доменных имен. Она применяется для всех общих доменных зон общего уровня³³. Эта система также позволяет использовать систему частного исполнения решений. Необходимо при этом отметить, что начало спора в рамках UDRP не лишает обычные суды возможности рассматривать тот же самый спор.

Во многом аналогичная система была создана в Китае в рамках Китайского информационного центра интернет сетей (CNNIC). Споры разрешаются по CNDRP-Rules и администрируются двумя арбитражными институтами – китайским CIETAC и гонконгским HKIAC³⁴.

А. Электронное арбитражное соглашение

Статья II (1) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее – Нью-Йоркская Конвенция) обязывает договаривающиеся государства признавать «письменные» арбитражные соглашения. При этом *«термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами»*³⁵. Разумеется, Нью-Йоркская Конвенция была

³³ Таких как «.com», «.org».

³⁴ См. подробнее: *Zhao Yun, Timothy Sze, Tommi Li and Chittu Nagarajan*, Online Dispute Resolution in Asia // Online Dispute Resolution: Theory and Practice. PP. 500–502.

³⁵ Статья II (2) Нью-Йоркской конвенции. Статья IV (1) (b) Нью-Йоркской конвенции также указывает, что для целей признания и приведения в исполнение арбитражного

разработана задолго до появления интернета и современных средств обмена информацией. Однако авторы разработанного почти через 30 лет Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже все же не хотели устанавливать формальные требования, которые бы противоречили Нью-Йоркской Конвенции³⁶, хотя и несколько расширили понятие письменной формы.

Часть 2 ст. 7 Закона РФ от 07.07.1993 г. № 5338–1 «О международном коммерческом арбитраже»³⁷ устанавливает:

«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».

Если стороны заключили соглашение о передаче споров в арбитраж в письменной форме, но согласовали разрешение споров с условием рассмотрения споров посредством онлайн

решения необходимо представить «подлинное соглашение, упомянутое в статье II, или должным образом заверенную копию такового».

³⁶ Julian Lew, Loukas Mistelis, Stefan Kröll, Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 131.

³⁷ Основана на ст. 7 (2) Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г.

коммуникации, то проблем с формальной действительностью арбитражного соглашения не возникает в принципе.

Однако сложности могут возникнуть в тех случаях, когда вся сделка происходила в режиме онлайн. Не секрет, что для совершения покупки в интернете достаточно «кликнуть» на кнопку подтверждение. В этом случае возникает вопрос о возможности соблюдения требования о том, что соглашение должно быть *подписано* сторонами. Обычно покупатель должен отдельно отметить свое согласие с применимыми к договору условиями, в которых может содержаться арбитражная оговорка. Согласие на общие условия сделок (в которых может содержаться арбитражное соглашение) в рамках электронной коммерции зачастую может выражаться в нажатии на кнопку «Согласен», «Да», «Принимаю» и т.п. (click-and-wrap). В США Федеральный Арбитражный Акт требует соблюдения письменной формы, но при этом такие заключенные в интернете и формально неподписанные сторонами соглашения признаются обязательными для сторон³⁸. Представляется, что это правильный подход. Несмотря на то что формально подписи сторон нет, соглашение было выражено в письменной (а не устной) форме.

Возникновение новых способов коммуникации стало причиной переработки ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ в 2006 г. В результате появились два варианта этой статьи. Если вариант II в принципе не содержит ссылку на письменную форму арбитражного соглашения, то вариант I, не затрагивая требование о соблюдении письменной формы, устанавливает более либеральное регулирование случаев, когда таковая должна признаваться

³⁸ Mohamed S. Abdel Wahab, ODR and E-Arbitration // Online Dispute Resolution: Theory and Practice. P. 396.

соблюденной. Так, ст. 7 (3) Типового закона ЮНСИТРАЛ в новой редакции устанавливает:

«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».

Для рассматриваемой здесь темы имеет особое значение следующий пункт той же ст. 7, который посвящен непосредственно использованию электронных сообщений:

«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 (ЭОД), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими».

Такое широкое определение электронных сообщений для целей признания письменной формы соблюденной позволит расширить использование арбитража в онлайн коммерции.

Несмотря на то что подготовленный Министерством юстиции РФ в рамках третьей реформы пакет законопроектов якобы основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 г., приведенные выше положения о либерализации требований

к письменной форме не были включены ни в проект Федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», ни в измененную ст. 7 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Таким образом, российское законодательство, скорее всего, сохранит довольно формальный подход к требованию о письменной форме арбитражного соглашения, что может затруднить развитие онлайн арбитража споров в электронной коммерции.

Помимо формы, важное значение имеет вопрос о возможности заключения арбитражного соглашения со «слабой стороной в обязательстве». В России позиция о возможности заключения третейского или пророгационного соглашения с участием потребителя, как представляется, до сих пор не является определенной. Пункт 3 ст. 5 Федерального закона «О третейских судах» устанавливает:

*«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** и если иное не предусмотрено федеральным законом» (выделено нами – А.П.).*

Имеющаяся судебная практика позволяет сделать вывод, что включение третейского соглашения в договор с участием потребителя допустимо³⁹. Так, Верховный суд РФ отмечает, что

³⁹ На это, в частности, указывает п. 26 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей».

законодательство не содержит запрета на передачу споров с участием потребителей в третейские суды⁴⁰. В то же время Президиум ВАС РФ признал незаконным включение третейской оговорки в типовую договор с потребителем (договор присоединения)⁴¹. Суды общей юрисдикции признают, что третейское соглашение с участием потребителя может быть действительным, если заключено после возникновения спора либо если соглашение стало результатом свободного волеизъявления потребителя, который действовал в собственных интересах, а заключенный договор не является договором присоединения⁴².

Эта позиция во многом согласуется с позицией европейских законодателей. Статья 17 Регламента № 44/2001 Совета Европейского союза «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (далее – Брюссельский регламент) допускает отхождение от общих правил о подсудности дел с участием потребителей

«... только по соглашению:

- 1) которое заключено после возникновения спора, либо*
- 2) которое позволяет потребителю предъявлять иски в суды иные чем определенные настоящим разделом, либо*
- 3) которое заключено между потребителем и другой стороной по договору, при этом обе стороны на момент заключения договора имели постоянное место жительства или*

⁴⁰ Пункт 1 раздела «Судебная практика по гражданским делам» Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2011 года. См.: <http://www.tretsudperm.ru/news/p1/n10/>.

⁴¹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 сентября 2013 г. № 3364/13 по делу № А65–15588/2012.

⁴² Постановление Президиума Самарского областного суда от 01 марта 2012 г. № 44 г.–11/2012; апелляционные определения Московского областного суда от 20 сентября 2012 г. по делу № 33–17346/2012, Московского городского суда от 28 февраля 2013 г. по делу № 11–6517/13; Определение Ленинградского областного суда от 26 сентября 2012 г. № 33–4288/2012.

преимущественно проживали в одном Государстве-участнике, и согласно тексту которого юрисдикция передается судам данного Государства-участника при условии, что такое соглашение не противоречит закону данного Государства».

За океаном, в 1991 г. Верховный суд США в деле *Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute*⁴³ признал действительной пророгационную оговорку, которая была написана мелким шрифтом на обратной стороне круизного билета, хотя было весьма вероятно, что потребитель никогда не читал это условие и уж точно не принимал участия в его согласовании. Судья Блэкман отметил, что *«здоровый смысл показывает, что билет такого рода будет договором присоединения, который не подлежит обсуждению на переговорах, и что лицо, приобретающее такой билет не будет иметь сравнимой переговорной позиции с круизной компанией»*⁴⁴. Однако наличие «более слабой» стороны не смутило большинство судей Верховного суда США:

«Включение разумной пророгационной оговорки в договор присоединения такого рода может быть вполне допустимым по нескольким причинам. Во-первых, круизная компания имеет особый интерес в ограничении форумов, в которых к ней могут предъявить иски. Поскольку круизная компания обычно перевозит пассажиров, проживающих в различных местах, существует достаточная вероятность того, что несчастный случай во время круиза может привести к предъявлению исков к круизной компании сразу в нескольких различных судах. Кроме того, оговорка, устанавливающая ex ante форум для разрешения споров имеет полезный эффект, отменяя всякие сомнения относительно того, в какой суд иск должен

⁴³ 499 U.S. 585 (1991) – <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/case.html>

⁴⁴ Там же. С. 593.

быть предъявлен и где от него предстоит защищаться, экономя время и расходы сторон спора на заявление ходатайства для целей определения компетентного суда, а также экономя судебные ресурсы, которые в противном случае пришлось бы потратить на рассмотрение таких ходатайств. Наконец, совершенно очевидно, что пассажиры, приобретающие билет с пророгационной оговоркой как в настоящем споре, получают выгоду в виде уменьшенных тарифов, которые отражают экономию круизной компании от ограничения потенциальных форумов, в которых к ней могут быть предъявлены иски»⁴⁵.

Вместе с тем даже в США была предпринята попытка ограничить исполнимость заключенных заранее арбитражных соглашений с участием более слабой стороны (потребителя, работника), однако эта попытка еще не была реализована⁴⁶.

Хотя имеющиеся, например, в Европейском союзе правила, ограничивающие возможность согласования пророгационной оговорки до возникновения спора и основаны на предположении, что слабая сторона защищена лучше, если имеет возможность обратиться в свой домашний суд, это предположение во многом *«иллюзорно в связи с небольшой ценой иска большинства потребителей с расходов и времени, требующихся для ведения судебного процесса»⁴⁷*. Во всяком случае, это не менее иллюзорно, чем предположение судьи Блэкмана, что полученные от включения пророгационной оговорки выгоды будут направлены на снижение цены для потребителей.

⁴⁵ Там же. С. 593–594.

⁴⁶ Arbitration Fairness Act 2011 (<https://www.govtrack.us/congress/bills/112/s987/text>), см. подробнее: *Chinthaka Liyanage*, Op. cit. PP. 189–190.

⁴⁷ *Ronald A. Brand*, Op. cit. P. 23.

Вместе с тем, если возможность согласования разумного способа разрешения споров и не обернется для клиентов соответствующего бизнеса непосредственными финансовыми выгодами, не вызывает сомнения, что такая возможность должна повлиять на развитие трансграничной конкуренции. Если потенциальные споры с клиентами в различных юрисдикциях ограничить (охват того или иного интернет-бизнеса) рамками только нескольких стран, то возможность согласования со всеми клиентами одного и того же альтернативного способа разрешения споров онлайн должно способствовать расширению присутствия соответствующего бизнеса в мире.

Именно автономия воли сторон имеет решающее значение для успеха разрабатываемой ЮНСИТРАЛ системы онлайн разрешения споров. Такая система сможет работать эффективно только через согласие сторон, которое не будет ограничиваться национальным правом какой-либо из них. В противном случае система не будет универсальной и должна будет работать по-разному в схожих ситуациях в зависимости от положений законодательства страны потребителя. Бизнес просто перестанет продавать товары или оказывать услуги в ситуации, где разрешение споров будет отличаться от клиента к клиенту в зависимости от регулирования в стране места жительства такого клиента⁴⁸. Хотя это обсуждение выходит за рамки настоящей статьи, представляется, что отказ от патернализма в отношении «более слабой» стороны хотя бы для интернет сделок будет способствовать развитию международной торговли и позволит потребителям получить выгоду от развития конкуренции на этом рынке. К этому следует прибавить, что наличие такой системы разрешения споров на самом деле позволит защитить права потребителей в этой сфере намного лучше, чем

⁴⁸ *Ibid.* P. 7.

имеющееся у них на сегодняшний день право обратиться в суд по месту своего жительства.

В. Место арбитража

Многие авторы отмечают возможные сложности с определением места проведения онлайн арбитража⁴⁹.

Очевидно, что проведение онлайн арбитража, когда и стороны, и арбитр не отходят от экранов своих компьютеров, не дает такой же географической привязки процессу, как может дать слушание по делу в рамках традиционного арбитража. Поэтому идея онлайн арбитража возродила дискуссию о «делокализованном арбитраже»⁵⁰.

Однако делокализация онлайн арбитража на данном этапе может сыграть против его развития, поскольку слишком много факторов связывают арбитражный процесс с правом места проведения арбитража⁵¹. Не секрет, что место арбитража играет роль не только и не столько географической привязки, но имеет скорее юридическое значение. Место арбитража определяет применимые к процессу императивные нормы *lex arbitri*.

Кроме того, для определения применимых процессуальных правил необходимо не только знать место арбитража, но и понимать, является ли арбитраж международным или национальным⁵². Например, статья 1 (3) Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливает:

«Арбитраж является международным, если:

⁴⁹ См., например: *Tiffany J. Lanier*, Op. cit. PP. 1–14; *M. H. M. Schellekens*, Op. cit. PP. 113–126; *Slavomir Halla*, Op. cit. PP. 215–226.

⁵⁰ См., например: *Hong-lin Yu; Motassem Nasir*, Op. cit. P. 471.

⁵¹ *Slavomir Halla*, Op. cit. P. 219.

⁵² *Ibid.* P. 217.

- а) коммерческие предприятия сторон арбитражного соглашения в момент его заключения находятся в различных государствах; или*
- б) одно из следующих мест находится за пределами государства, в котором стороны имеют свои коммерческие предприятия:*
 - и) место арбитража, если оно определено в арбитражном соглашении или в соответствии с ним;*
 - ii) любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из торговых отношений, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора; или*
- с) стороны прямо договорились о том, что предмет арбитражного соглашения связан более чем с одной страной»⁵³.*

При этом в случае с электронной коммерцией определить место нахождения контрагента, как и место исполнения договора, может быть довольно затруднительным. Это относится, например, к крупному бизнесу, ведущему интернет-торговлю по всему миру. Например, даже необходимость осуществить доставку соответствующих товаров в другую страну, не означает, что заказчик сам находится за границей.

Обязывать продавца во всех случаях идентифицировать контрагента также не представляется практически возможным,

⁵³ Пункт 2 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» устанавливает несколько иные правила:

«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».

поскольку зачастую не будет соответствовать бизнес-модели интернет-торговли. Заполнение обязательных реквизитов для покупки (адреса, известного банку, выпустившему карту) не позволяет определить, где соответствующее лицо имеет преимущественное место проживания. Более того, лицо, оплачивающее покупку, может не быть контрагентом. Равным образом, указание адреса доставки не является информативным для этих целей, поскольку адрес доставки может выбираться в значительной степени произвольно и зависит, прежде всего, от того, где покупателю удобнее получить соответствующий товар. Таким образом, ни один из этих критериев не позволяет продавцу выявить информацию, необходимую для использования традиционных коллизионных привязок.

Еще более сложной становится ситуация с торговлей товарами, которые не существуют в отрыве от виртуальной реальности, потому что в этом случае и место исполнения договора может не иметь географической привязки (например, при покупке музыки, программ или фильмов в интернете)⁵⁴.

Проблема может решаться договоренностью сторон о том, что предмет арбитражного соглашения является международным (ст. 1 (3) (с) Типового закона ЮНСИТРАЛ), если это допускается *lex arbitri*⁵⁵.

Кроме того, определение места арбитража уполномочивает суды соответствующей юрисдикции оказывать поддержку в рамках арбитражного разбирательства и рассматривать дела по заявлениям об отмене арбитражных решений. Наконец, место проведения арбитража может иметь значение для

⁵⁴ В данном случае, речь идет не об отсутствии географической привязки лицензии на соответствующий продукт.

⁵⁵ Например, российский законодатель не предусмотрел такой возможности.

определения применимых к признанию и приведению в исполнение арбитражного норм права в зависимости от того, будет ли такое решение признаваться иностранным для этих целей.

Хотя важность определения места арбитража не может быть оспорена, как представляется, сама проблема является несколько надуманной. Во-первых, вне зависимости от того, идет ли речь о традиционном арбитраже или арбитраже онлайн, большинство современных правопорядков признают автономию воли сторон в выборе места арбитража. Все известные типовые арбитражные оговорки основных международных арбитражных институтов рекомендуют сторонам согласовать место арбитража⁵⁶, что стороны в подавляющем большинстве случаев и делают. В том случае, если это не было сделано, некоторые арбитражные регламенты указывают на место арбитража «по умолчанию»⁵⁷. В иных случаях это оставляется на усмотрение состава арбитража⁵⁸ или арбитражного института⁵⁹. Эти положения работают даже в том случае, если слушаний по спору не проводится и состав арбитража принимает решение по имеющимся в деле документам. Поэтому риск того, что онлайн арбитраж останется без юридической привязки к той или иной юрисдикции, является незначительным.

Другой вопрос заключается в том, не следует ли опасаться злоупотреблений сторон онлайн арбитража при выборе той или

⁵⁶ См., например, модельную оговорку ЛМАС: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Recommended_Clauses.aspx. См. также: IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (2010). PP. 12–13 (Guideline 4).

⁵⁷ См., например, ст. 16.1 Арбитражного регламента ЛМАС (Лондон) или § 22 (1) Регламента МКАС при ТПП РФ (Москва).

⁵⁸ Пункт 1 ст. 20 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»; ст. 20 (1) Типового закона ЮНСИТРАЛ (1985 г.).

⁵⁹ Ст. 18 (1) Арбитражного регламента МТП.

иной юрисдикции. Некоторые авторы полагают, что неограниченная свобода выбора места онлайн арбитража нежелательна, поскольку может создать предпосылки для своего рода *forum shopping*, когда экономически более сильная сторона сможет выбрать выгодный для себя вариант⁶⁰.

Но и эти опасения не кажутся оправданными, поскольку в данном случае онлайн арбитраж ничем не отличается от его традиционных аналогов. Если не вызывает сомнений право сторон согласовать место арбитража в той юрисдикции, которую они считают наиболее удобной для себя (будь то по причинам логистики или в связи с интересующими их положениями *lex arbitri*), а потом собираться для проведения слушаний в любом другом месте, непонятно, почему это право должно каким-то образом ограничиваться при проведении арбитража в режиме онлайн. Как представляется, риск злоупотреблений и в том, и в другом случае будет примерно одинаковым.

В данном случае нельзя говорить, что онлайн арбитраж имеет ярко выраженную специфику по отношению к традиционному арбитражу, поскольку и в том и в другом случае стороны могут и в большинстве случаев будут выбирать юридическое место арбитража. Географическая привязка проведения слушаний (или ее полное отсутствие) не будет играть какой-либо существенной роли.

D. Обеспечение конфиденциальности процесса

Еще одна очевидная для онлайн арбитража проблема — конфиденциальность передаваемой через интернет информации. Интернет сильно изменил наши представления о конфиденциальности и личной жизни. По большому счету, никакая

⁶⁰ М. Н. М. Schellekens, Op. cit. P. 125.

информация в сети не может быть полностью защищена от незаконного перехвата. Вместе с тем это само по себе вряд ли должно отпугнуть потенциальных пользователей онлайн арбитража. В конце концов, большинство из нас осознанно пользуется банковскими карточками в интернете, понимая связанные с этим риски.

Как представляется, требования к конфиденциальности онлайн арбитража не будут отличаться от требований, имеющих в рамках традиционного арбитража (с использованием онлайн коммуникации или без таковой). Так, в рамках традиционного арбитражного производства обмен информацией и конфиденциальными документами нередко осуществляется посредством пересылки по электронной почте. Нередко для организации и обмена доказательствами также используются виртуальные хранилища данных. При этом, например, система AAA WebFile обеспечивает ограниченный доступ к информации только для уполномоченных лиц, а также обеспечивает шифрование предоставленных данных⁶¹. И эти технологии используются очень активно, несмотря на возможные связанные с этим риски. И даже если бы в традиционном арбитраже все еще существовала необходимость обмена бумажными копиями, представляется сомнительным, что пересылка конфиденциальных бумаг из страны в страну различными курьерскими службами таит в себе меньше проблем, чем использование зашифрованных каналов передачи данных.

Разумеется, провайдеры услуг онлайн арбитража могут и должны взять на вооружение приемы и методы, используемые в других сферах онлайн бизнеса (например, банковской деятельности, интернет-торговле) для защиты конфиденциальной информации.

⁶¹ См: <https://apps.adr.org/sandy/faqs.jsp#protect>.

Однако некоторые авторы предполагают, что конфиденциальность онлайн арбитража, во всяком случае в спорах из электронной коммерции, может быть и не желательна. Так, Николя де Витт утверждает, что конфиденциальность в онлайн арбитраже не должна обеспечиваться, поскольку публикация арбитражных решений будет способствовать созданию прецедентов в областях, которые еще мало урегулированы. Это в свою очередь позволит, с одной стороны, увеличить доверие к онлайн арбитражу как эффективному и справедливому методу разрешения споров, а с другой стороны, позволит потенциальным сторонам спора с большей уверенностью оценивать свои шансы на успех с учетом анализа уже имеющейся практики⁶². Как представляется, однако, в данном случае речь идет не столько о необходимости соблюдения конфиденциальности, сколько о давнем желании представителей юридического сообщества иметь больше информации о принимаемых арбитражных решениях. Эта цель, однако, может достигаться и достигается с полным соблюдением конфиденциальности сторон путем публикации выдержек из арбитражных решений.

Тем не менее для разрешения споров посредством онлайн арбитража, как представляется, конфиденциальность процесса является не менее важной составляющей, чем для традиционного арбитража.

Е. Арбитражное решение и его исполнение

Целью любого арбитражного процесса является окончательное разрешение спора и вынесение арбитражного решения.

Статья IV Нью-Йоркской Конвенции устанавливает:

⁶² *Nicolas de Witt*, Op. cit. PP. 462–463.

«1. Для получения ... признания и приведения в исполнение [арбитражного решения] сторона, запрашивающая признание и приведение в исполнение, при подаче такой просьбы представляет:

а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового...»⁶³.

Если в рамках онлайн арбитража решение также выносится в электронной форме, его принудительное признание и приведение в исполнение может быть затруднено. Более того, если арбитражное решение существует исключительно в электронной форме, сохраняется риск произвольного изменения его содержания заинтересованной стороной⁶⁴. Соответственно, арбитры после вынесения решения онлайн должны по просьбе заинтересованной стороны направить сторонам оригинальное подписанное решение на бумажном носителе, чтобы обеспечить возможность его исполнения.

Более интересной особенностью онлайн арбитража является возможность проведения так называемого «юридически необязательного» (non-binding) арбитража. Что интересно, по состоянию на 2002 г., онлайн арбитражем, который заканчивался бы обязательным для сторон решением, пользовались единицы, в то время как «необязательных» арбитражных решений было вынесено уже несколько тысяч⁶⁵.

«Юридически необязательный» арбитраж имеет смысл в тех ситуациях, когда исполнение решение возможно автоматически или существуют определенные способы частного принуждения.

⁶³ Аналогичное требование содержится в ч. 4 ст. 242 АПК РФ.

⁶⁴ *Haitham A. Haloush*, Op. cit. P. 357.

⁶⁵ *Thomas Schultz*, Online Dispute Resolution: an Overview and Selected Issues // UNECE 2002 – Forum on Online Dispute Resolution. P. 6 (<http://ssrn.com/abstract=898821>).

Этого можно добиться, если споры рассматриваются между членами одного сообщества, которые подчиняются единым правилам и решениям органов такого сообщества. В таких случаях именно органы такого сообщества осуществляют исполнение решений. В качестве одного из примеров можно рассматривать существовавшую в рамках eBay систему онлайн разрешения споров⁶⁶.

Другим примером арбитражного разбирательства в «необязательным решением» является UDRP. Принятое в рамках UDRP решение исполняется регистратором⁶⁷.

Представляется, что такого рода «юридически необязательный» арбитраж может использоваться в большом количестве споров в рамках электронной коммерции, если существуют органы соответствующего сообщества, способные обеспечить автоматическое исполнение решений. Разумеется, принятию такого решения не будет препятствовать возможность обращения в суд с аналогичным спором, однако в огромном большинстве случаев такое обращение в суд будет экономически неоправданным.

Исполнение «необязательных» арбитражных решений может также достигаться с помощью использования частных методов принуждения (*private enforcement*). Речь идет, прежде всего, о присуждении признанных в соответствующей индустрии знаков доверия⁶⁸, понижении рейтинга контрагента, запреще-

⁶⁶ См. подробнее: *Joachim Zekoll*, Op. cit. P. 4.

⁶⁷ *Thomas Schultz, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Dirk Langer, Vincent Bonnet*, Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues (December 2001). P. 72 (<http://ssrn.com/abstract=899079>); см. также: *Thomas Schultz*, Online Arbitration: Binding or Non-Binding? // <http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>.

⁶⁸ В качестве примера можно привести системы TRUSTe (<http://www.truste.com/>) и Best Business Bureau (<https://www.bbb.org/>), выдающие знаки качества для различных бизнесов. Наличие такого знака качества способно поддержать доверие

нии на ведение бизнеса на определенной платформе⁶⁹. Кроме того, отзывы пользователей о том или ином поставщике товаров и услуг также могут являться эффективной мерой принуждения, если не к исполнению «необязательных» арбитражных решений, то как минимум к поводом не вступать в ненужные споры с клиентами.

Таким образом, в случае «необязательного» арбитража не требуется признание и приведение в исполнение арбитражного решения, что позволяет не выводить процесс за рамки киберпространства.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Арбитраж посредством онлайн коммуникации распространяется в последнее время все больше и больше. Большая часть взаимодействия сторон и арбитров осуществляется посредством электронной переписки и телефонных конференций. Слушания могут не проводиться вообще⁷⁰, либо проводиться с использованием видеоконференций или схожих технологий. Наконец, обмен доказательствами может производиться с использованием электронных систем хранения и обмена данными. Объем применения современных технологий в конкретном арбитражном разбирательстве может определяться потребностями и удобством сторон и состава арбитража, что будет являться одним современных проявлений гибкости арбитражной процедуры.

Соответственно, нет препятствий для существования арбитража посредством онлайн коммуникации в рамках традиционного

потенциального потребителя, поэтому отмена знака доверия может стать серьезной угрозой для онлайн бизнеса.

⁶⁹ eВау практикует подобные действия при нарушении правил участниками торгов.

⁷⁰ Ср., например, § 34 Регламента МКАС при ТПП РФ.

арбитражного регулирования. Вместе с тем потребуются решить практические проблемы идентификации сторон электронной коммуникации и их представителей, а также поддержания систем обмена электронными документами, которые позволят обеспечить аутентичность хранимых в них доказательств.

Онлайн арбитраж споров, возникающих из электронной коммерции, отличается от традиционного намного сильнее. В данном случае могут возникать концептуальные проблемы с формализацией арбитражного соглашения или арбитражного решения.

Однако у этого способа разрешения споров есть очевидные преимущества, одним из которых может быть система автоматического исполнения решений или их исполнение с помощью средств частного принуждения. Помимо очевидной экономии средств, это также позволит решить проблемы, которые могут возникнуть с принудительным исполнением решений из-за отсутствия надлежащей формализации.

Онлайн арбитраж в электронной коммерции также потенциально сможет решить задачу защиты прав потребителей в трансграничных онлайн сделках на небольшие суммы, когда использование традиционных судебных способов защиты не будет обеспечивать соблюдение интересов и прав экономически более слабой стороны.

Хотя в теории онлайн арбитраж должен способствовать также экономии времени и средств, некоторые авторы справедливо отмечают, что никаких серьезных исследований, подтверждающих обоснованность этого тезиса, не производилось. При этом обоснованно отмечается, что основные расходы по ведению дела в арбитраже состоят из гонораров арбитров и адвокатов. Соответственно, остается понять, согласятся ли арбитры

и адвокаты существенно уменьшить свои гонорары при ведении дела онлайн⁷¹. Тем не менее с большой долей вероятности можно предположить, что онлайн арбитраж и онлайн коммуникация в арбитраже будут развиваться все более активно, поскольку обеспечивают удобство как сторон и их представителей, так и арбитров.

⁷¹ *Julio César Betancourt, Elina Zlatanska, Op. cit. P. 263.*

Dr. Christoph Liebscher,

MBA (Insead) FCI Arb, Head of arbitration Wolf Theiss,
a member of the working group on the 2006
and the 2013 Austrian arbitration reform

NEW ARBITRATION RULES IN AUSTRIA — A LOOK BEHIND THE CURTAIN

1. INTRODUCTION

In 2006, Austria saw a major reform of its arbitration law. The new law closely follows the UNCITRAL Model Law¹. One area where, understandably, the Model Law is silent, is the question which of the state courts are competent to support or control arbitration and which levels of appeal/revision are available.

In 2014, a second, minor, reform took place which has streamlined the court procedure in certain arbitration matters drastically. The Supreme Court became the sole instance for challenges against arbitral awards and other matters as set out in part 2 of this article.

As regards arbitral institutions, VIAC is the Austrian institution with an international scope. At about the same time the law was reformed in 2013 the Vienna Rules were also revised.

This article provides some insight into the Austrian statutory arbitration law and to the Vienna Rules and the considerations behind them.

¹ For a text with footnotes in Russian, French, English and German before the 2013 reform: *Liebscher The Austrian Arbitration Act 2006: Text and Notes.*— Kluwer, 2006.

2. STATUTORY LAW

Arbitration has a long tradition in Austria. In 2006 a major reform put Austria in the group of the UNCITRAL Model Law countries².

The draft bill was largely based on the work of a reform group. One of its proposals was to reduce the number of instances for procedures before the state courts aiming at setting aside an award. Instead of three instances the reform group proposed two instances: challenge of the award brought before the general regional court followed by a possible direct appeal to the Supreme Court, bypassing the Courts of Appeal³.

The proposal was rejected and, under the 2006 Arbitration Law, the general system under the civil procedure code, which provides for up to three instances, continued to arbitration matters.

The official reasons why the approach of the reform group was rejected were the following⁴: *“This proposal was not accepted, because the sheer deletion of one instance – be it the first instance, be it the second instance by introducing a direct appeal to the Supreme Court – is not entertained for systematic reasons on the one hand. On the other hand, in case of disputed facts one of the two instances which can review the factual findings shall not be deleted”*.

Another reason for this rejection, at least as important as the officially stated reasons, was that in 2006 a general reform of the Austrian court system was under discussion. Due to the federal nature of Austria, closing state courts or modifying their jurisdiction was a very sensitive political matter. As a result, any discussion of a special

² SchiedsRÄG. 2006. BGBl I 2006/7.

³ Comments to the draft bill, 1158 der Beilagen XXII. GP 30.

⁴ Comments to the draft bill, 1158 der Beilagen XXII. GP 30.

solution for procedures for challenging arbitral awards, in any case, met closed doors.

Seven years later, in 2013, the general reform of the Austrian court system was no longer an issue. Therefore, a draft bill was proposed which adopted the recommendations to streamline the court procedure for certain arbitration matters.

When the draft bill was circulated for comments, all commentators but one were clearly in favour of the reform. Only the Supreme Court voiced concerns⁵. The Supreme Court argued that so far the Supreme Court does not review the facts of the case, only legal arguments which are of importance beyond the specific setting of a case. The reform would make arbitration matters the only exception. In answer to these concerns it was first said that only a small number of such challenges is expected and second that it is very rare for any evidence to be taken in challenge proceedings evidence other than that available on the arbitration files.

Although the legislator is always attentive to the views of the Supreme Court, the latter does not have any right to veto a legal reform. On this occasion, the concerns raised by the Supreme Court were found not to be pervasive.

The reasons given for amending the law in 2013 (to streamline the court procedure for dealing with challenges to arbitral awards and other matters) was to make Austria an even more attractive jurisdiction for arbitration. The comments to the draft bill said the following⁶: *“The current hierarchy of three instances for the procedure to set aside an award is a substantial disadvantage in the competition of different seats of arbitration. Following the example of other European legal systems the instances for*

⁵ See: *Kodek Schiedsverfahrensreform: Bitte so nicht!* / Zak 2012/88, 46.

⁶ Comments to the draft bill, 2322, der Beilagen XXIV. GP 1.

such a procedure should be shortened. The most attractive solution was to concentrate the setting aside procedure at the Supreme Court”.

Although the issue of competitiveness was not based on scientific studies, the anecdotal evidence about such a disadvantage from users was sufficient to convince the legislator.

Another factor is that challenges to awards are not common in Austria. In 2008, six such challenges were handled by the Courts of Appeal as second instance, in 2009 – nine, in 2011 – four, and in 2011 – six⁷.

In addition, it should not be overlooked that Austria, having eight million inhabitants, is a rather small country so that a concentration of such rarely occurring specialist matters at one court is sensible.

As a result of the changes the following matters will be dealt with by the Supreme Court as first and last instance⁸:

- Challenges to an award;
- Declarations as to the existence or non-existence of an award;
- Matters concerning the arbitral tribunal (*i.e.* the appointment of (substitute) arbitrators, challenges of arbitrators, and early termination of an arbitrator’s office).

The view of the was that concentrating these proceedings at the Supreme Court would speed up the process and create a centre of expertise relating to arbitral proceedings⁹: *“it is sensible to entrust the Supreme Court also with other proceedings related to arbitration [...]. Thereby, the intended increased speed of the proceedings and the creation*

⁷ Comments to the draft bill, 2322, der Beilagen XXIV. GP 1.

⁸ SchiedsRÄG, 2013. BGBl I 2013/118.

⁹ Comments to the draft bill, 2322, der Beilagen XXIV. GP 1.

of specialist knowledge at a central place will extend also to the other proceedings before state courts related to arbitral proceedings”.

It was also felt that the limited number of proceedings coupled with the great general experience of judges sitting at the Supreme Court makes any concerns regarding insufficient resources of the Supreme Court redundant.

The new rules do not apply employment or consumer disputes. Here, the general system of up to three instances continues to apply.

The new rules apply to all court proceedings starting after 31 December 2013.

Also after this reform, the following matters remain within the jurisdiction of the district courts, subject to appeal:

- Judicial assistance (sec. 602 of the Civil Procedure Code);
- Enforcement of interim measures (sec. 593 (3) of the Civil Procedure Code);
- Recognition and enforcement of arbitral awards (sec. 614 of the Civil Procedure Code, sec. 82 of the Enforcement Code).

Sec. 593 of the Civil Procedure Code provides for the power of the arbitral tribunal to grant interim relief. Such orders are enforced by the Austrian state courts. This provision also applies to interim measures issued by arbitral tribunals seated outside Austria or where the seat is not yet determined (sec. 577 (2) of the Civil Procedure Code).

3. VIENNA RULES

Next year, the Vienna International Arbitral Centre (VIAC) will turn 40, a decent age. By that time it will have administered well over 1,500

disputes. Its geographic focus is clear: a quarter of the parties come from Austria, a quarter from other parts of central and eastern Europe, a quarter from the rest of Europe and a quarter from the rest of the world. The number of Russia-related cases is on the increase.

It is not unusual for rules of arbitral institutions to reflect changes of the law of the country where they are based. Austria is no exception. 2006 not only saw a major reform of the new Austrian arbitration law, but also the Vienna Rules 2006.

At the beginning of 2012, VIAC started asking users about their views on the Vienna Rules. 276 people from 23 nationalities participated in the survey. Out of these, about 100 commented on possible changes of the Rules¹⁰. On the basis of this, a working group developed concrete reform proposals, which then were adopted in 2013¹¹.

The main topics of the reform were:

- No introduction of the Emergency Arbitrator;
- Expediting Measures;
- Multi-Party Rules;
- Confirmation of the Nomination of Arbitrators;
- Joinder of Third Parties and Consolidation of Cases;
- Advance on Costs.

3.1. Emergency Arbitrator

The results of the 2012 survey did not show a clear majority in favour of provisions for the appointment of an emergency arbitrator. There was substantial discussion within the working group as to whether to introduce provisions for the appointment of an emergency arbitrator

¹⁰ VIAC Newsletter, 24 April 2012: <http://news.wko.at/sys/wv.aspx?acc=9240a453-6945-44e3-ab00-a41fcf3354ac&t=t&cmp=a688b782-5c33-4e0f-a5a3-8a9d05e104e9>.

¹¹ For a recent commentary see: Handbook Vienna Rules // Service-GmbH der WKÖ, 2013.

and the conclusion was not to do so at this point in time for the following reasons:

- The legal nature of decisions rendered by an emergency arbitrator is far from established¹². The introduction of this measure could lead to decisions whose legal nature may be uncertain in many jurisdictions resulting in an increase in uncertainty, cost and delay for the parties.
- In situations where the need for an emergency arbitrator arises one party will be seeking interim relief granted against the other party. The uncertainty as to the legal nature of the decisions rendered by an emergency arbitrator calls into question whether such orders can be enforced. The argument that many such orders are complied with voluntarily does not seem to be supported by much hard evidence. Cooperation of the parties in an emergency situation does not seem very likely.
- The prevailing view is that decisions on interim relief are not covered by the New York Convention¹³. Under national law, decisions on interim relief may be enforceable, such as under Austrian law (secs 593 (3) – (6), 577 (2) of Civil Procedure Code).

Given these uncertainties, and the fact that the procedure is very new, VIAC wanted to see how emergency arbitrator procedures develop in circumstances where they are permitted under the rules of other arbitral institutions and the extent to which the procedure makes a valuable contribution to arbitration.

¹² For an optimistic view see: *Ghaffari/Walters* The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age? / *Arbitration International* 30 (2014), 153; further see: *Born* International Commercial Arbitration, 2nd ed.— Kluwer Law International, 2014. 2424 seq.; *Baigel* The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis / *Journal of International Arbitration* 31 (2014), 1; *Shaughnessy* Pre-arbitral Urgent Relief: the New SCC Emergency Arbitrator Rules / *Journal of International Arbitration* 27 (2010), 337.

¹³ See: *Ehle in Wolff (ed.)* New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary, CC.H. Beck Hart Nomos, 2012, Article I marg. nos 65 seq.; see also refs in *Liebscher in Wolff (ed.)* *Ibid.* Article V marg. nos 372 seq.

3.2. Expediting Measures

The following modifications were made to the Vienna Rules in the interest of expediting arbitrations:

- Expedited procedure;
- Ex officio removal of arbitrators; and
- Delivery date for the final award.

3.2.1. Expedited Procedure

Article 45 of the Vienna Rules contains rules for expedited procedure which apply if the parties agree (opt in).

The modification contains two sets of provisions: those which automatically apply if the parties agree and some additional provisions which will apply when the parties have opted in unless the arbitral tribunal determines otherwise.

The first set of provisions contains the following measures to increase the speed of the arbitration:

- Payment of the advance on costs within 15 days (instead of 30 days (art. 42 of the Vienna Rules));
- As a default rule, appointment of a sole arbitrator, unless the parties agree otherwise;
- Shorter time-limits for the nomination of arbitrators (15 days instead of 30 days (art. 17 of the Vienna Rules));
- Counterclaims only admissible until the time-limit for filing the Answer to the Statement of Claim;
- Award to be issued within six months; this deadline may be extended by the General Secretary of VIAC; however, the fact that an award was not rendered within the deadline does not invalidate the arbitration agreement, nor does it affect the jurisdiction of the arbitral tribunal.

In addition, if not determined otherwise by the arbitrators, the following provisions apply:

- After the Statement of Claim and the Answer, the parties may only exchange one further round of submissions;
- All factual arguments must be contained in the submissions and all evidence attached thereto;
- Only one hearing, if any, shall take place;
- There shall be no further submissions after the hearing.

For quite some time, the length of arbitrations was the subject of some debate in the international arbitration community. VIAC wanted to provide a ready set of rules to increase the speed of the procedure. However, they also wanted to ensure that, by agreeing to these expedited rules, the parties were in no way waiving their right to a fair trial and a diligent treatment of the case by the arbitrators.

So far, claimants have shown an increasing interest in the expedited rules; however, no cases have been filed under the expedited procedure contained in Article 45 of the Vienna Rules. However, given the fact that the Vienna Rules only came into force recently, on 1 July 2013, this is hardly surprising¹⁴.

3.2.2. Ex officio removal of arbitrators

Under Article 21 of the Vienna Rules each party may request the removal of an arbitrator because of incapacity, which is not merely temporary, or because of undue delay in fulfilling the arbitrator's duties. Under the 2006 Rules, the VIAC Board could remove an arbitrator on its own initiative only in the case of incapacity but not for undue delay. The new Rules extend this power to both cases.

¹⁴ Dr. Alice Fremuth-Wolf, Deputy General Secretary of VIAC, kindly provided this information.

The decision to remove an arbitrator for undue delay is never easy and the act of replacing an arbitrator will also cause delay.

The appointment of the replacement arbitrator follows the same rules as the original appointment (Article 22 of the Vienna Rules).

After hearing the parties, the newly composed arbitral tribunal decides which parts of the arbitral procedure, if any, shall be repeated (Article 22 (2) of the Vienna Rules).

3.2.3. Delivery date for the final award

According to Article 32 of the Vienna Rules, after the closure of the proceedings, the arbitral tribunal must inform the Secretary General of VIAC and the parties of the date when the award is expected to be rendered.

Unjustified delay between the last hearing or the last submissions of the parties and the rendering of the award has been one of the main concerns with arbitration proceedings for quite some time.

By introducing this rule in Article 32 of the Vienna Rules, VIAC is following the example of other arbitral institutions¹⁵ by requiring the arbitral tribunal to communicate a “delivery date” for the award.

3.3. Multi-party rules

A major criticism of the previous rules on the admissibility of multi-party proceedings was that they were extremely complex and difficult to understand without a thorough knowledge of Austrian civil procedure¹⁶.

¹⁵ See, e.g. Art 27 of the ICC Rules.

¹⁶ Article 15 (1) of the old Rules provided the following: A claim against two or more Respondents shall be admissible only if the Centre has jurisdiction for all of the Respondents, and, in the case of proceedings before an arbitral tribunal, if all Claimants

The new rules provide a simple solution. Under Article 17 of the Vienna Rules, each side shall jointly nominate an arbitrator, unless the parties have agreed otherwise. In the event of default, the Board will appoint arbitrators for the defaulting party. However, the Board, in exceptional cases, may also decide to appoint all arbitrators. This allows the Board to avoid any arguments that, by making a default appointment in circumstances where the other side had appointed an arbitrator, the parties were not on equal footing.

3.4. Confirmation of the Nomination of Arbitrators

Until the reform, there was no confirmation of the arbitrators by VIAC. If none of the parties filed a challenge, VIAC could do nothing once an arbitrator was appointed (with the exception of removal; see above at 3.2.2). Article 19 of the Vienna Rules provides for the confirmation of the arbitrators by the General Secretary of VIAC. However, the General Secretary may transfer the matter to the Board.

A condition for the confirmation is that the following formal requirements are met (Article 16 (3) of the Vienna Rules):

- Acceptance of office;
- Declaration of impartiality and independence;
- Declaration of availability; and
- Declaration of submission to the Vienna Rules.

have nominated the same arbitrator, and: a) If the applicable law positively provides that the claim is to be directed against several persons; or b) If all Respondents are by the applicable law in legal accord or are bound by the same facts or are joint and severally bound; or c) If the admissibility of multiparty proceedings has been agreed upon; or d) If all Respondents submit to multiparty proceedings and, in the case of proceedings before an arbitral tribunal, all Respondents nominate the same arbitrator; or e) If one or more of the Respondents on whom the claim was served fails or fail to provide the particulars mentioned in Article 10 paragraph 2, b) and c) within the thirty-day time-limit (Article 10 paragraph 1).

The confirmation will be refused in case of doubts as to the impartiality or independence or as to the person's ability to fulfil its duties properly¹⁷.

With the introduction of a confirmation mechanism, VIAC is following the example of other institutions. The confirmation process is intended to avoid lengthy disputes over a challenge of an arbitrator at the outset of an arbitration, as VIAC will not confirm the appointment of an arbitrator, if it sees a risk of a successful challenge.

The confirmation mechanism was only introduced on July 1, 2013 and so, as yet, there are no statistics as to how often confirmation has been given and how often it has been refused.

3.5. Joinder of Third Parties and Consolidation of Cases

3.5.1. Joinder

The newly introduced Article 14 of the Vienna Rules gives the arbitral tribunal the discretion to allow the joinder of third party. The arbitral tribunal decides whether a third party may be joined and the basis on which the third party should participate in the arbitration proceedings.

Before reaching a decision, the arbitral tribunal must hear all parties and the third party and must consider all relevant circumstances. One important consideration will be confidentiality of the arbitral process: whether the parties provided for any confidentiality rules and whether the confidentiality of the process would be affected by allowing a third party to join.

In contrast with other rules¹⁸ the consent of the parties is not required for the joinder of third parties. However, in reaching its decision, the

¹⁷ *Riegler/Petsche in: Handbook Vienna Rules. Art 19, mn 12.*

¹⁸ See, e.g. § 28 ICAC Rules; for a general overview: *Born International Commercial Arbitration*, 2nd ed. / Kluwer Law International, 2014, 2564 seq.

interests of the parties to the arbitration will be an important element to consider.

As regards the form of joinder, one decisive aspect will be whether the third party is bound by the same arbitral agreement as the existing parties to the arbitration or not.

The basis of participation of the third party may range from the position of a full further party on the one end of the spectrum to the role of an *amicus curiae* at the other.

Article 14 of the Vienna Rules deals also with one particular form of joinder request, joinder by way of a statement of claim for example in circumstance in which a counterclaim is raised against the claimant and a further party.

If the arbitral tribunal has not yet been constituted, the third party may participate in the constitution of the arbitral tribunal.

However, it is for the arbitral tribunal to decide the issue of joinder as in this case. If, once constituted, the arbitral tribunal does not allow the joinder of the third party, it will return the statement of claim to the Secretariat. The matter may then be dealt with in separate proceedings. In that scenario, the Board of VIAC may decide to revoke the appointment of the members of the existing arbitral tribunal and recommence the constitution of the arbitral tribunal.

Although Article 14 of the Vienna Rules gives the arbitral tribunal a wide discretion to allow the joinder of a third party, it does not have the effect of extending the scope of the arbitration agreement. The arbitral tribunal has no discretion to extend the arbitration agreement to persons who are not parties thereof. Therefore, an arbitral tribunal may only join a third party in the role of claimant or respondent to

an arbitration, if the third party is bound by the same arbitration agreement as the other parties.

Article 14 of the Vienna Rules does not limit the type of joinder that is allowed so as to take into account the great variety which exists in different legal traditions.

3.5.2. Consolidation

Under Article 15 of the Vienna Rules two or more arbitrations may be consolidated by the Board of VIAC at the request of a party, if:

- All parties to the case so agree; or
- The members of the arbitral tribunals in all arbitrations concerned are identical.

Under the old rules, the two requirements were not alternative, but cumulative.

An additional condition was introduced by the reform, namely that the seat of arbitration is the same in all arbitration agreements.

When deciding on consolidation, the Board is required to take all relevant circumstances into consideration such as the compatibility of the arbitration agreements and the stage of the proceedings.

3.6. Advance on Costs

The previous version of the Rules provided that each party should pay half of the advance on costs. To avoid debate as to the legal effect of this provision, the new version of the Rules added explicit text at Article 42 (2) of the Vienna Rules to the effect that the parties, by agreeing to the Vienna Rules, have entered into the obligation to make these payments.

As under the old rules, in the event of a default by one party in making the payment, the other party may pay the remaining share.

The question arises as to whether, in this situation, the paying party may ask the arbitral tribunal to order the defaulting party to reimburse the paying party by way of a partial award or of an order. This question has been the subject of much debate both internationally and in Austria for some time. The prevailing view appears to be that the arbitral tribunal may do so¹⁹.

The arguments that had been raised against this view were mainly²⁰:

- Lack of an explicitly stipulated obligation;
- Lack of competence of the arbitral tribunal; and
- Lack of finality of the decision.

By providing clear language, the new Vienna Rules attempt to address these concerns.

Article 42 (4) of the Vienna Rules makes it clear that an arbitral tribunal with jurisdiction over the dispute may order reimbursement by an award or in any other way that the arbitral tribunal deems appropriate. This is, of course, without prejudice to the decision of the arbitral tribunal on the allocation of costs.

If jurisdiction is disputed, the arbitral tribunal has to decide the jurisdiction issue first. Only if it has found to have jurisdiction, it may

¹⁹ See: *Peters in: Handbook Vienna Rules*, Art 42, mn 32 seq. with further refs.

²⁰ *Böhm Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten / ZfRV 1968, 262; Fasching Kostenvorschüsse zur Einleitung schiedsgerichtlicher Verfahren / JBl 1993, 545; Pitkowitz Shared Funding of Arbitration Proceedings – Fact or Fiction / Austrian Arbitration Yearbook, 2011, 31; Hausmaninger in: Fasching / Konecny Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV/2.– 2nd ed., Manz, 2011, § 609 marg. no. 94.*

only decide on a reimbursement request. This is a cautious approach. In addition, the part of the advance already paid will suffice to cover the costs of the arbitration for this preliminary phase.

4. CONCLUSIONS

4.1. Competition of arbitral institutions

Like all other service providers, arbitral institutions are in competition with each other. Depending on their experience in certain areas of business or in certain parts of the world, the competition may be purely theoretical or very real.

Arbitral rules are usually not a major factor that is taken into consideration when choosing a particular set of rules. It is rare for the rules to be a decisive criterion for selecting an institution. These rare cases, rules may be a reason not to choose one particular institution, for example because its rules are too restrictive on the languages which may be used in the arbitration.

Institutions are also chosen for the right and for the wrong reasons.

A typical wrong reason may be a bad experience in a previous arbitration, notwithstanding the fact that, in all likelihood, the institution had no role in this. Also in institutional arbitration, the quality of the arbitrators decides the quality of the arbitration. Often, in so-called “bad” arbitration the arbitrators have not been selected by the parties. Nevertheless, persons not familiar with arbitration have a tendency to draw such conclusions although they are not quite correct.

One good reason to choose an arbitral institution is the pool of arbitrators from which the institution can select when making appointments. With a few exceptions, it is likely that institutions will

make appointments from among local lawyers. Also, with respect to the professional background, some legal cultures which have a strong bias towards selecting professors whereas others do not so.

Changes of rules, therefore, are not so much motivated by competitive pressure as by the intent to provide a state of the art framework for arbitration.

4.2. Acceleration

There are popular sayings which express one idea: it is not worth having an excellent judgment or award if it takes ages to obtain it.

In this regard the amendments to the Vienna Rules provide a very good opportunity for the parties to accelerate proceedings

However, there are two major causes of delay, which neither VIAC nor many other institutions can address (in case of the first one) or do address properly (in case of the second one).

The first issue is caused by the different roles of the parties and their lawyers. This does not refer to a party which may deliberately deploy every trick to delay procedures. It refers to a structural issue. Lawyers are paid to avoid risk as far as possible. To achieve this, they proceed with caution and, for example, would rather ask for one more round of submissions than not. If the actual parties do not become involved in the management of an arbitration, this is the normal way it goes. A lawyer cannot make risk / delay / cost trade-off decisions. These are decisions for the parties.

Therefore, the people who will have the ultimate business responsibility for the dispute should be involved in the proceedings right from the beginning in order to devise the appropriate legal framework for the arbitration.

However, it would not be feasible for arbitration rules to dictate the level of party involvement. It will be for the arbitrators in each individual case to try to achieve such a participation.

The second issue could be dealt with in the arbitration rules. It is the delay between the last procedural step of the parties, such as the end of a hearing or the exchange of post-hearing submission, and the rendering of an award.

The mechanism chosen by the Vienna Rules, as by others, is a good first step. It obliges the arbitral tribunal to give an expected date for the rendering of the award after the closing of the proceedings.

However, it has been shown in practice that arbitrators, being good lawyers, do find ways around the pressures arising from the obligation to communicate the expected date for rendering the award. They just wait for the closing of the proceedings.

There would, in principle, be two remedies for this second issue:

- The institution could stipulate a time limit for rendering the award after the last procedural steps such as the end of the hearing or the last submissions;
- A not so strong option would be, to oblige the arbitral tribunal to communicate the expected date not when the proceedings are closed, but within a short period of time after such last procedural steps.

4.3. Joinder

Just reading the text of this innovative provision of Article 14 of the Vienna Rules may raise some questions. However, as stated above, it is important to keep in mind that the arbitral tribunal has no power to extend the arbitration agreement to non-parties. Article 14 of the Vienna Rules does not change this.

Article 14 of the Vienna Rules provides a flexible solution to complex situations which do arise in international arbitration.

4.4. Advance on costs

The clarity provided by Article 42 of the Vienna Rules is commendable. If when concluding the arbitration agreement the parties do not like the system of sharing the advance, they are free to choose another model. They may, for example, prefer the system existing before many national courts that the claimant has to advance the court fees.

However, when the day of payment comes, it is too late to reconsider and refuse paying the share of the advance on costs.

Раздел 2

ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

С.В. Усокин,

адвокат, старший юрист Адвокатского Бюро «Иванян и Партнеры»

МОСКОВСКАЯ КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ИНВЕСТОРА: ТАЙНЫЕ ВОРОТА В АРБИТРАЖ?

28 марта 1997 г. девять стран СНГ подписали в Москве Конвенцию о защите прав инвестора (далее – Московская конвенция). К моменту написания статьи она вступила в силу для Армении, Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы и Таджикистана¹. Россия в 2007 г. направила уведомление о том, что не собирается становиться участником конвенции, тем самым «отозвав» свою подпись².

Этот международный договор не только закрепляет стандартные для подобного рода соглашений гарантии прав инвестора, такие как обязательство государства обеспечить справедливое обращение, право на репатриацию доходов, полученных от инвестиции, но содержит и более детальные положения о приобретении инвесторами недвижимого имущества и их участии в приватизации. Отличительной чертой Московской конвенции является сфера ее применения – закрепленные в ней гарантии распространяются на всех иностранных инвесторов, а не только на граждан и организации из стран, участвующих в ней.

¹ Муранов А. И. Деконструкция компетентностного подхода арбитража при Московской ТПП в инвестиционных спорах против Киргизии. Доступно на сайте: <http://cisarbitration.com/> (последнее обращение – 15 марта 2014 г.).

² Распоряжение Президента РФ от 16.04.2007 г. № 166-рп.

До недавнего времени Московской конвенции уделялось достаточно мало внимания как в доктрине³, так и в практике. Ситуация изменилась после того как несколько иностранных инвесторов обратилось в Арбитраж при Московской Торгово-промышленной палате с исками к Кыргызстану⁴. Истцы утверждали, что государство-ответчик нарушило обязательства по Московской конвенции, и заявляли, что в ней же содержится согласие Кыргызстана на рассмотрение таких споров любым международным арбитражем по выбору инвестора. Как следует из публично доступной информации, в прошлом году по крайней мере один состав арбитража, администрируемого этим институтом, признал, что обладает компетенцией, и вынес решение против Кыргызстана⁵, два других дела, по всей видимости, рассматриваются сейчас. И уже совсем недавно Экономический Суд СНГ принял к рассмотрению запрос Кыргызстана о толковании данного положения: ему предстоит решить, является это положение достаточным для обращения инвестора в международный арбитраж⁶.

³ Конвенция даже не упоминается в большинстве учебников и общих монографий по международному инвестиционному праву, в других работах просто констатируется ее наличие. См. например: *Фархутдинов И. З.* Международное инвестиционное право: теория и практика применения. М.: Волтерс Клувер, 2005; *Лабин Д. К.* Международное право по защите и поощрению иностранных инвестиций. М.: Волтерс Клувер, 2008; *Гущин В. В. Овчинников А. А.* Инвестиционное право. М.: Эксмо, 2009.

⁴ «С Кыргызстана требуют \$925 миллионов в международных судах» // http://www.vb.kg/doc/262585_s_kyrgyzstana_trebyut_925_millionov_v_mejdynarodnyh_sydah.html (18 февраля 2014 г., последнее обращение – 15 марта 2014 г.). В статье приводится предоставленная Минюстом Кыргызстана информация о следующих делах: ОсОО «О.К.К.В.» против Кыргызстана, Ли Джон Бек и ОсОО Central Asia Development Corporation против Кыргызстана, Stans Energy v Kyrgyzstan.

⁵ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 20 марта 2014 г. по делу № А40–19518/14 (суд рассматривает заявление об отмене решения Арбитража при Московской ТПП, вынесенного по иску Ли Джон Бека и ОсОО Central Asian Development Corporation против Кыргызстана).

⁶ Дело № 01–1/1–14 «О толковании статьи 11 Конвенции о защите прав инвестора от 28 марта 1997 г.» // <http://sudsng.org/database/case-in-progress/174.html> (последнее обращение – 21 апреля 2014 г.).

Статья 11 Московской конвенции изложена следующим образом:

«Споры по осуществлению инвестиций в рамках настоящей Конвенции рассматриваются судами или арбитражными судами стран – участников споров, Экономическим Судом Содружества Независимых Государств и/или иными международными судами или международными арбитражными судами».

Определение истинного значения этого положения представляет интерес как с научной, так и с практической точки зрения.

С научной точки зрения интерес представляет возможное толкование данного положения как выраженного в международном договоре согласия государства на рассмотрение споров с любым иностранным инвестором в любом международном арбитраже. Если согласиться с этим вариантом толкования, то ст. 11 Московской конвенции будет уникальным положением с точки зрения международного инвестиционного права. Ее отличие от действующих в ряде стран законов, предусматривающих гарантии прав всех иностранных инвесторов, заключается в том, что государство может выйти из Московской конвенции, только направив депозитарию уведомление за 12 месяцев до выхода (ст. 26), в то время как закон, по общему правилу, может быть отменен в любой момент. Отличием от стандартных Соглашений о защите инвестиций (далее – СОИ) является то, что Московская конвенция распространяется на всех иностранных инвесторов, а не только инвесторов из государств, присоединившихся к ней.

С практической точки зрения, большинство государств-участников Московской конвенции заключило незначительное число СОИ, предусматривающих право инвестора передать спор

о соблюдении их прав государством в международный арбитраж⁷. В связи с этим Московская конвенция может стать мощным инструментом для защиты прав компаний, инвестирующих в государства, являющиеся сторонами Московской Конвенции, если государство регистрации соответствующей компании не заключило СОИ с принимающим государством.

Настоящая статья посвящена анализу ст. 11 с целью выяснения, является ли она согласием государства на рассмотрение спора в международном арбитраже. При этом мы не предлагаем отдельно рассматривать вопрос о том, является ли арбитраж, действующий по правилам Московской ТПП, компетентным рассматривать споры между инвесторами и государствами⁸.

I. Право, применимое к предполагаемому согласию на передачу спора в арбитраж в ст. 11 Московской конвенции

Правила, применимые к толкованию предполагаемого согласия на рассмотрение спора в арбитраже, а также к определению наличия соглашения о передаче спора в арбитраж, зависят от того, какое право подлежит применению к этому соглашению.

⁷ Например, Таджикистан заключил 32 таких соглашения, но только 17 вступило в силу, Кыргызстан – 29 (только 24 вступило в силу), Казахстан – 42 (34 вступило в силу). См.: *Sabahi, B., Ziyaeva D. M. Investor State Arbitration in Central Asia // Transnational Dispute Management, 2013. Vol. 10. Issue 4. P. 54 et seq.*

⁸ В комментарии, данном *Global Arbitration Review*, Роман Ходыкин усомнился в этом, отметив, что в списке возможных сторон арбитража, приведенном в положении об арбитраже Московской ТПП, нет государств. См.; *Kyrgyz Mining Claim Filed in Russia // <http://globalarbitrationreview.com/news/article/32023/kyrgyz-mining-claim-filed-russia/> (последнее обращение – 15 марта 2014 г.). А. И. Муранов, напротив, считает, что данное упущение не имеет значения, поскольку согласно российскому законодательству в частноправовых отношениях государство выступает как частный субъект (Муранов А. И. Указ. соч. С. 8–9).*

С одной стороны, Московская конвенция является международным договором, а значит, к ее толкованию подлежат применению нормы о толковании международных договоров, закрепленные в международном обычном праве и, в частности, в Венской конвенции о праве международных договоров⁹. Эти нормы подлежат применению к определению *содержания* Московской конвенции, т.е. истинного значения ее положений, включая рассматриваемую нами ст. 11.

С другой стороны, Московская конвенция, возможно, предусматривает рассмотрение споров арбитражем, находящимся на территории одного из государств, и при этом не содержит положений, определяющих для такого арбитража иной режим, нежели предусмотрен законодательством соответствующего государства для обычного международного арбитража. Из этого следует, что к соглашению об арбитраже, в том числе его форме, может применяться *lex arbitri* (правом места арбитража), если стороны соглашения не выбрали иного применимого права¹⁰.

А. И. Муранов высказывает предположение, что к вопросу о том, создает ли Московская конвенция основу для соглашения о передаче спора в арбитраж, если решение вынесено России, применимо российское право¹¹. Необходимо отметить, что автор делает это предположение «для простоты», однако, затем ссылается на положения Нью-Йоркской конвенции и Закона РФ от 07.07.1993 г. № 5338–1 «О международном коммерческом арбитраже» и на то, что стороны не согласились на применение

⁹ Например, *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Production Company* [2007] EWCA Civ 656. P. 25.

¹⁰ Например, Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, ст. V (1) (a); Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, ст. 34 (1) (a); *Born G. International Commercial Arbitration*. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 491.

¹¹ *Муранов А. И. Указ. соч. С. 9. П. 11.1.*

к вопросу о действительности арбитражного соглашения иного права, из чего можно сделать вывод, что данное предположение отражает позицию автора. Подобный подход находит определенную поддержку в практике государственных судов по делам, связанным с решениями инвестиционных арбитражей¹².

Однако мы не можем согласиться с этой позицией по нескольким причинам. Во-первых, включение соглашения о передаче спора в арбитраж (точнее, его части) в международный договор представляет особую ситуацию. В этом случае соглашение об арбитраже заключается в несколько этапов, к каждому из которых может быть применимо собственное материальное право. В частности, оферта, выраженная государством в международном договоре, имеет наиболее тесную связь и может быть подчинена именно международному праву¹³.

Кроме того, ст. 437 ГК РФ, на которую ссылается А. И. Муранов в обоснование своей точки зрения, предусматривает, что предложение заключить соглашение, обращенное к неопределенному кругу лиц, является приглашением делать оферты, если в нем прямо не указано иное¹⁴. Нам представляется, что данное положение не является требованием к форме оферты, а правилом ее толкования. Как указано выше, к *толкованию* ст. 11 Московской конвенции применяются нормы международного права, соответственно, презумпция, содержащаяся в ст. 437 ГК РФ, неприменима. Что касается акцепта инвестором предложения государства рассмотреть спор в арбитраже, то он действительно

¹² *BG Group Plc v. Republic of Argentina* (2014) 572 U.S.

¹³ *Heiskanen V. Forbidding Depecage: Law Governing Investment Treaty Arbitration* // 32 *Suffolk Transnational Law Review*, 393 (2009); см также: *OPIC Karimun Corporation v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14, Award of 28 May 2013. P. 75 (предложение передать спор в арбитраж является односторонним актом государства, к которому подлежат применению нормы международного права).

¹⁴ *Муранов А. И.* Указ. соч. С. 11. P. 11.7.

регулируется национальным правом, которое, однако, не устанавливает каких-либо особых требований к его форме.

Подводя итог сказанному, можно сделать вывод, что ключевое значение для ответа на вопрос, является ли ст. 11 Московской конвенции согласием на передачу спора в международный арбитраж, имеют нормы международного права о толковании договоров. Нормы права России или иного государства, в котором будет находиться арбитраж, будут применимы к вопросу о том, образуют ли Московская конвенция и принятие возможно содержащегося в ней предложения инвестором соглашение о передаче спора в арбитраж. Однако поскольку большинство государств, вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ, признают возможность заключения арбитражного соглашения путем обмена документами¹⁵, соблюдение предусмотренных ими правил, по общему правилу, не должно вызывать проблем.

II. Выражено ли в ст. 11 Московской конвенции согласие государств-участников на рассмотрение споров с инвесторами в любом арбитраже по выбору инвестора

Как указано выше, к толкованию Московской конвенции, как и любого иного международного договора, применимы нормы международного обычного права. Значительная их часть кодифицирована в ст. 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров¹⁶. Согласно этим статьям при толковании договора необходимо учитывать обычное значение слов и выражений, контекст, в котором они использованы, предмет и цель договора, а также принцип добросовестности (ст. 31).

¹⁵ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, ст. 7.

¹⁶ Например: *Churchill Mining Plc v Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14, Decision on Jurisdiction of 24 February 2014. P. 149.

Для подтверждения значения договора могут использоваться подготовительные материалы и обстоятельства его заключения (ст. 32).

При этом одним из ключевых правил толкования является необходимость, если это возможно, придавать словам и выражениям, используемым в международном договоре, какое-то значение¹⁷. Презюмируется, что стороны не стали бы включать в договор положение, которое не имеет смысла.

Применительно к ст. 11 Московской конвенции существует, как минимум, три варианта толкования, которые наделяют его практическим смыслом. Во-первых, ст. 11 Московской конвенции может представлять собой согласие государства на рассмотрение споров арбитражем. Во-вторых, она может являться нормой, подтверждающей арбитрабельность подобных категорий споров в целом. Наконец, в-третьих, она может выступать в качестве разрешения соответствующим государственным органам заключать соглашения, предусматривающие передачу споров на рассмотрение арбитража.

Последние два варианта толкования также имеют важное значение. Например, в ходе рассмотрения исков акционеров ОАО «НК «ЮКОС» инвестиционным арбитражем Россия заявляла, что споры, связанные с возможным нарушением прав инвестора незаконными действиями государственных органов, не являются арбитрабельными по российскому праву¹⁸. Отклоняя это возражение России, арбитры сослались на ст. 10 Федерального закона от 09.07.1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях

¹⁷ См., например.: *Cemex Caracas Investments B. V. and CEMEX Caracas II Investments B. V.*, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Jurisdiction of 30 December 2010. P. 107.

¹⁸ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility of 30 November 2009. P. 361.

в Российской Федерации» (далее — ФЗ «Об иностранных инвестициях»), согласно которой «[с] пор 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)», именно как на доказательство арбитрабельности спора¹⁹. Так же и в деле *Biwater Gauff v. Tanzania* арбитры признали, что включение в закон о защите иностранных инвестиций положения о том, что инвестиционные споры могут рассматриваться международным арбитражем, объясняется необходимостью принципиального разрешения на передачу таких споров в международный арбитраж в будущем²⁰.

При анализе обстоятельств, которые могут учитываться при толковании Московской конвенции, проводимом ниже, мы предлагаем оценить, насколько они оправдывают тот или иной вариант толкования.

(1) Значение выражения «споры... рассматриваются... международным арбитражными судами»

Положение о рассмотрении споров в международном арбитраже сформулировано в ст. 11 как констатация факта.

В то же время в других случаях закон использует формулировку «в арбитраж *могут* передаваться»²¹. Есть ли какая-либо фундаментальная разница между этими формулировками? Можно ли сказать, что формулировка «споры ... рассматриваются»

¹⁹ Там же. Р. 370.

²⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2008. Р. 331.

²¹ Пункт 2 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

в ст. 11 Московской конвенции означает согласие на передачу спора в арбитраж?

Представляется, что, несмотря на разное словесное выражение, принципиальные отличия между этими формулировками отсутствуют, в частности, термин «споры ... рассматриваются» свидетельствует о том, что соответствующие споры *могут* рассматриваться международным арбитражем. Так, ст. 28 Арбитражного процессуального кодекса РФ тоже гласит «Арбитражные суды *рассматривают* в порядке искового производства возникающие из гражданских правоотношений экономические споры» (выделено нами – С.У). Но это лишь определяет подведомственность споров и, следовательно, определяет возможность рассмотрения спора арбитражным судом.

Эти обстоятельства подтверждают, скорее, доводы в пользу того, что ст. 11 Московской конвенции предусматривает арбитрабельность или возможность заключения арбитражных соглашений (второй и третий вариант толкования), нежели согласие на арбитраж.

Однако при определенных условиях эта формулировка может быть использована и для выражения согласия на рассмотрение споров арбитражем. Например, МКАС при ТПП РФ признал оговорку «споры, связанные с настоящим договором *рассматриваются* Международным коммерческим арбитражным судом при Торгово-промышленной палате Российской Федерации» достаточной для возникновения у него компетенции рассматривать спор²². Впрочем, в приведенном нами примере, в отличие

²² Решение от 04.04.2013 г. по делу № 173/2012 (выдержки из решения включены в банк данных СПС «Консультант Плюс: Судебная Практика»).

от ст. 11 Московской конвенции, указан только один форум для разрешения споров.

В связи с изложенным, буквальное значение слов «споры ... рассматриваются» в той или иной степени не противоречит ни одному из описанных вариантов толкования и не может служить основанием для однозначного выбора одного из них.

(2) Отсутствие указания конкретного арбитражного института или институтов

Указание на институционный арбитраж, осуществляющий администрирование разбирательства между сторонами, регламента разбирательства (или, по крайней мере, порядка назначения арбитров), или указание на то, что спор подлежит рассмотрению арбитражем *ad hoc*, является обычным условием арбитражного соглашения. Более того, в некоторых странах соглашение, в котором такого указания не содержится, признается неопределенным и, соответственно, неисполнимым²³.

Однако согласие на рассмотрение спора арбитражем, в котором не определены применимый регламент и арбитражный институт, который будет администрировать разбирательство, теоретически, в некоторых странах может рассматриваться как соглашение на рассмотрение дела арбитражем *ad hoc*²⁴. Таким образом, отсутствие в Московской конвенции указания на конкретный арбитражный институт не исключает возможности признания его согласием на рассмотрение спора арбитражем *ad hoc* при условии, что такие арбитражные оговорки признаются действительными и исполнимыми по применимому праву.

²³ См. например: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / Gaillard E., Savage J. (eds.). Kluwer Law International, 1999. P. 286.

²⁴ Муранов А. И. Указ. соч. С. 11; *Tokumaru Kaiun Co Ltd. v. Petredec Ltd* [1994] Lloyds 162 (QB); *Canadian National Railway Company v. Loyal Tunnel Equipment* (1999) 174 D.L.R. 385.

Однако ни законодательство, ни судебная практика стран СНГ не рассматривают подобные оговорки в качестве арбитражного соглашения. Гораздо чаще суды исходят из того, что отсутствие указания на существующий арбитражный институт означает, что стороны не достигли соглашения о рассмотрении спора в порядке международного арбитража²⁵.

С другой стороны, отсутствие указания на конкретный арбитражный институт легко объяснимо, если ст. 11 Московской конвенции будет рассматриваться как признание возможности рассмотрения соответствующих споров международным арбитражем, их арбитрабельности. Более того, с учетом практики составления как односторонних предложений о рассмотрении споров в арбитраже, так и арбитражных соглашений, в которых обычно прямо указываются правила арбитражного разбирательства, последнее толкование представляется более вероятным.

(3) Указание на арбитражные суды и Экономический Суд СНГ

В ст. 11 Московской конвенции содержится перечисление органов по разрешению споров, которые могут рассматривать инвестиционные споры, среди которых не только международные арбитражи, но и государственные суды, Экономический Суд СНГ, а также другие международные суды.

Указание в соглашении о разрешении споров нескольких органов без определения процедуры определения органа, который будет рассматривать конкретный спор, в ряде случаев вело к признанию арбитражных соглашений неисполнимыми²⁶. Однако такой

²⁵ См., например: Постановление Федерального Арбитражного Суда Московского округа № КГ-А40/7725-03 от 06.11.2003 г.; Постановление Федерального Арбитражного Суда Северо-Западного округа № А21-4873/2012 от 25.02. 2014 г.

²⁶ Gaillard E., Savage J. Op. cit. PP. 269, 490.

подход не является единственно возможным. Например, в России Высший Арбитражный Суд признал исполнимыми альтернативные соглашения о разрешении споров, предоставляющие каждой из сторон право выбора государственного или третейского суда соответственно²⁷. Соответственно, наличие в ст. 11 Московской конвенции подобного списка не исключает возможности того, что она является выражением согласия государства на рассмотрение споров с инвестором в международном арбитраже.

Вместе с тем подобный списочный подход в большей степени соответствует другим вариантам толкования ст. 11 Московской конвенции, согласно которым она определяет только принципиальную возможность рассмотрения соответствующих споров различными органами по разрешению споров, в то время как не наделяет их безусловным правом на рассмотрение спора — компетенция будет в каждом конкретном случае определяться на основании норм о подведомственности и подсудности. Применительно к международному арбитражу это означает, что все равно требуется арбитражное соглашение для рассмотрения спора, в то время как ст. 11 Московской конвенции таковым не является.

(4) *Решение Экономического Суда СНГ по толкованию ст. 11 Московской конвенции*

Экономический Суд СНГ признал ст. 11 Московской конвенции достаточной для возникновения у государства, участвующего в ней, права в одностороннем порядке передать спор, связанный с толкованием конвенции, на рассмотрение Экономического Суда. Однако при этом суд опирался на особый порядок определения своей компетенции, закрепленный в положении о суде.

²⁷ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.02. 2012 г. № 11196/11.

В частности, в соответствии с п. 3 положения, к ведению Экономического Суда могут быть отнесены споры, прямо не упомянутые в нем²⁸. Суд пришел к выводу, что по спорам, отнесенным к ведению Экономического Суда, он обладает обязательной компетенцией на основании взаимодополняющего действия положения о суде и соглашения об отнесении дела к его компетенции, и, соответственно, дополнительно согласия государств на рассмотрение им соответствующего дела не требуется²⁹. Но аналогичная логика не может быть автоматически применена к решению вопроса о наличии компетенции у международного арбитража, поскольку государства не дали отдельного согласия на рассмотрение международным арбитражем всех споров, которые они затем отнесут к его подведомственности.

(5) *Различия между ст. 11 Московской конвенции и международными договорами, предусматривающими однозначное согласие государства на рассмотрение споров арбитражем*

Сравнение использованной сторонами в соглашении формулировки с формулировками других соглашений или гипотетически возможными формулировками – не всегда благодарное занятие. Тот факт, что то или иное положение (например, согласие на рассмотрение спора арбитражем) могло быть выражено более ясно и недвусмысленно, еще не доказывает, что менее четкая формулировка имеет иное значение. С другой стороны, если стороны договора, такого как Московская конвенция, на момент ее заключения уже обладали опытом заключения аналогичных

²⁸ Положение об Экономическом Суде Содружества Независимых Государств, утвержденное Соглашением Совета глав государств Содружества Независимых Государств от 6 июля 1992 г.

²⁹ Решение Экономического Суда СНГ от 11.11.1997 г. № С1/1–97 «О даче по запросу государственного арбитража Республики Армения толкования части 2 пункта 3 положения об Экономическом Суде, утвержденного Соглашением Совета Глав Государств СНГ о статусе Экономического Суда от 6 июля 1992 года».

соглашений, а также принятия иных документов, предусматривающих согласие государства на рассмотрение спора арбитражем, и использовали в них более ясные формулировки, то отказ от них может свидетельствовать и о том, что государства не имели намерения придать ст. 11 Московской конвенции значение арбитражной оферты. Другие соглашения отражают обстоятельства заключения Московской конвенции и, в соответствии со ст. 32 Венской конвенции, могут учитываться при толковании, в случае неясности ее положений³⁰.

Начать стоит с того, что в ст. 11 нет прямого указания на согласие государства на рассмотрение спора арбитражем. Этим Московская конвенция отличается от действовавших на тот момент в ряде государств, подписавших ее, законов о защите иностранных инвестиций³¹. Например, в принятом практически одновременно с ней законе «Об иностранных инвестициях в Кыргызской Республике» указывается на то, что «спор разрешается» в одном из прямо перечисленных в законе арбитражных институтов, после чего сказано «Кыргызская Республика... соглашается на передачу инвестиционного спора в арбитраж...»³².

Не используется в Московской конвенции и классическая в русском языке формула для выражения согласия на рассмотрение спора инвестиционным арбитражем «споры могут быть переданы по выбору инвестора на рассмотрение в ... арбитраж»³³. Такая

³⁰ *OPIC Karimum v. Venezuela*. P. 155.

³¹ Например, закона Казахстана (*Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A. S. v Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award of 29 July 2008. PP. 333–334) и Кыргызстана (*Petrobart Limited v Kyrgyz Republic*, Award of 13 February 2003, <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0627.pdf> (последнее обновление – 15 марта 2014 г.)). P. 4).

³² Закон № 66 от 24 сентября 1997 г., ст. 23 (закон утратил силу с 27 марта 2003 г.).

³³ Например: Типовое соглашение Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденное постановлением Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456, ст. 8, параграф 2; Соглашение о поощрении и защите

формулировка указывает на право инвестора передать спор в арбитраж без необходимости соблюдения каких-либо условий (таких как получение согласия государства), из чего следует, что государство уже согласилось на рассмотрение спора в арбитраже³⁴.

Также не используется и формула, классическая для арбитражных оговорок на русском языке, примером которой является рекомендуемая оговорка МКАС при ТПП РФ: «Все споры... подлежат разрешению в...». Указание на обязательность разрешения спора арбитражем свидетельствует о признании сторонами его компетенции³⁵. Заметим, что профессор Т. Вальде, анализируя схожую с использованной в ст. 11 Московской конвенции формулировку в ст. 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях», пришел к выводу, что в ней указывается именно на обязательность передачи спора на рассмотрение арбитража, однако он исходил из ошибочного, по нашему мнению, перевода данного положения на английский язык — русское «разрешается» было переведено как «shall be settled»³⁶.

Соответственно, в ст. 11 Московской конвенции не использована ни одна из принятых в то время формул выражения согласия на рассмотрение инвестиционных споров арбитражем. Данное обстоятельство свидетельствует в пользу того, что ст. 11 не может рассматриваться как такое согласие.

капиталовложений в государствах-членах Евразийского экономического сообщества, ст. 9, параграф 2.

³⁴ Например: *Zhinvali Development Ltd. v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award of 24 January 2003. P. 337; *CSOB v Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction of 24 May 1999. PP. 56–58.

³⁵ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction of 14 April 1988. P. 46.

³⁶ *Walde T. M.* Expert Opinion: *Yukos and the Russian Federation* // *OGEL*, 2005, Vol. 3, Issue 1. PP. 33–36.

(6) Оговорка Армении

Армения подписала Московскую конвенцию с оговоркой («особым мнением»), в которой содержится следующее положение:

«Статью 11 изложить в следующей редакции: „В рамках настоящей Конвенции споры, возникшие между страной происхождения инвестиций и страной – реципиентом решаются по законодательству страны – реципиента, если между Сторонами по двустороннему соглашению о защите инвестиций не предусмотрен иной порядок”».

Как мы полагаем, данная оговорка не очень помогает в определении значения ст. 11 Московской конвенции. Теоретически, она может рассматриваться как доказательство того, что ст. 11 содержит согласие на рассмотрение споров международным арбитражем, и Армения сделала ее как раз для того, чтобы исключить такое согласие. Однако если намерение Армении заключалось именно в этом, то оно могло быть выражено более конкретно, например, путем прямого указания на то, что присоединение Армении к Московской конвенции, но это не означает согласия на рассмотрение инвестиционных споров международным арбитражем. В этом случае не было бы необходимости исключать из текста статьи указание на рассмотрение споров государственными судами или Экономическим Судом СНГ.

Исключение ссылки на международный арбитраж в принципе также согласуется с толкованием ст. 11 Московской конвенции как положения, подтверждающего арбитрабельность соответствующих споров, поскольку такое подтверждение исключено из редакции, включенной в оговорку Армении. Указание на рассмотрение споров «по законодательству...» может означать сохранение за государством свободы усмотрения в определении

органов по разрешению споров, в которых инвестиционные споры будут рассматриваться.

(7) Добросовестное толкование и ожидания инвесторов

Согласно Венской конвенции договоры должны толковаться добросовестно (“in good faith”), более того, добросовестность является одним из признанных принципов права. Опираясь на этот принцип, арбитражи, рассматривающие споры между государствами и инвесторами, признавали, что государство не может ссылаться на неясную формулировку положения о разрешении споров, если инвестор разумно ожидал, что она представляет собой согласие на передачу спора на рассмотрение международного арбитража³⁷.

Применительно к ст. 11 Московской конвенции ключевым является вопрос, могли ли иностранные инвесторы разумно ожидать, что она представляет собой согласие на рассмотрение споров арбитражем. Комментируя схожее положение Федерального закона «Об иностранных инвестициях», профессор Т. Вальде сделал вывод, что такое ожидание может быть основано на двух обстоятельствах: упоминании международного арбитража и отсутствии прямого указания на то, что соответствующее положение не является согласием на рассмотрение спора арбитражем³⁸.

Мы полагаем, однако, что этих обстоятельств недостаточно для возникновения обоснованных ожиданий у инвесторов. В первых, механизм выражения согласия на рассмотрение спора арбитражем переворачивается с ног на голову: ведь следуя

³⁷ *Societe Ouest des Betons Industrielles (SOABI) v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Award of 25 February 1988. P. 4.10; см. более подробно: *Potesta M. The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws* // <http://www.lk-k.com/data/document/potesta-consent-arbitration-2011.pdf> (последнее обращение – 15 марта 2014 г.). PP. 25–26.

³⁸ *Walde T. M. Op. cit.* PP. 42–46.

общему правилу согласие должно быть выражено прямо. Нет необходимости записывать несогласие, когда изначально само согласие отсутствовало. Например, в деле *Churchill Mining Plc v Republic of Indonesia*³⁹ было решено, что цели договора являются «нейтральными» (не склоняют чашу весов ни в ту, ни в другую сторону) при толковании неясных положений о порядке разрешения споров. Также в деле *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*⁴⁰ состав арбитража признал, что присоединение государства к Нью-Йоркской конвенции 1958 года не создает ожидания, что государственные суды будут ее неукоснительно применять.

Во-вторых, учитывая двусмысленность использованных в ст. 11 Московской конвенции формулировок, а также тот факт, что они существенно отличаются от обычно используемых для выражения государством согласия, само по себе упоминание международного арбитража не может разумно рассматриваться как согласие государства на рассмотрение спора арбитражем.

Соответственно, ст. 11 Московской конвенции не содержит прямо выраженного согласия на передачу спора в арбитраж, поэтому она вряд ли могла создать у инвесторов обоснованные ожидания в отношении арбитражной процедуры рассмотрения спора.

(8) Значение поведения государства после инициации инвестором арбитража

В. Н. Ануров, комментируя решение арбитража по иску Ли Джон Бэка против Кыргызстана, высказал предположение, что признание арбитрами наличия у них компетенции на основании ст. 11 Московской конвенции, могло быть связано с отказом ответчика

³⁹ ICSID Case No. ARB/12/14, Decision on Jurisdiction of 24 February 2014. P. 178.

⁴⁰ UNCITRAL, Final Award of 30 November 2011. P. 10.3.15.

«от использования средств ... защиты..., включая оспаривание юрисдикции арбитража...»⁴¹.

Мы не можем согласиться с подобным подходом. Безусловно, с практической точки зрения ответчик, отказывающийся от участия в арбитраже, ослабляет свою позицию, и арбитры не могут «додумать» за него все возможные возражения и аргументы в их поддержку.

Однако отказ ответчика от участия в арбитраже или неучастие в нем не могут рассматриваться как признание компетенции арбитража⁴².

Заключение

Оценивая все описанные выше обстоятельства в совокупности, мы полагаем возможным сделать вывод, что ст. 11 Московской конвенции не содержит согласия государств на рассмотрение инвестиционных споров с иностранными инвесторами международным арбитражем по выбору инвестора. Уже указание на то, что «споры рассматриваются... международным арбитражем» является двусмысленным. Однако, если принять во внимание тот факт, что в ст. 11 не используется ни одна из ранее использовавшихся государствами-участниками Московской конвенции или общепринятых формул выражения согласия государства на рассмотрение споров международным арбитражем, не определены арбитражный институт (или институты), по регламентам которых проводится разбирательство, а международный арбитраж назван наряду с государственными судами и Экономическим

⁴¹ *Ануров В. Н.* Согласие на арбитраж в деле Ли Джон Бэка и Центрально-Азиатской корпорации по развитию СЭЗ «Бишкек» против Кыргызской Республики (краткий комментарий) // arbitrations.ru (последнее обращение 15 апреля 2014 г.). С. 2.

⁴² Статья 25 Типового закона о международном торговом арбитраже.

Судом СНГ, то истолкование данного положения как выражающего согласие государства становится затруднительным. Наконец, у ст. 11 Московской конвенции есть и альтернативное толкование, объясняющее, почему данное положение не является бессмысленным: его можно рассматривать в качестве подтверждения арбитрабельности соответствующей категории споров.

Р.В. Малинская,

старший юрист фирмы «Гольцблат БЛП»

МОЖЕТ ЛИ АРБИТРАЖНАЯ ОГОВОРКА ЯВЛЯТЬСЯ «НЕБЛАГОПРИЯТНОЙ»? СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К РАСПРОСТРАНЕНИЮ РЕЖИМА НАИБОЛЕЕ БЛАГОПРИЯТСТВУЕМОЙ НАЦИИ НА АРБИТРАЖНЫЕ ОГОВОРКИ

1. Введение

В практике международных инвестиционных арбитражей активно обсуждается вопрос о том, можно ли со ссылкой на оговорку о режиме наиболее благоприятствуемой нации (далее также — режим наибольшего благоприятствования (подробнее о его сути см. ниже)) в одном двухстороннем инвестиционном соглашении (далее — ДИС) использовать в ходе рассмотрения спора «более благоприятную» арбитражную оговорку из другого ДИС.

Например, в самом первом деле, в котором арбитраж распространил оговорку о режиме наибольшего благоприятствования на положения о разрешении споров — *Maffezini v. Spain*¹ — ст. 10 (3) двустороннего инвестиционного соглашения между Испанией и Аргентиной требовала использования определенных внутригосударственных средств защиты до обращения в арбитраж. При этом соглашение также содержало оговорку о режиме

¹ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), decision of the tribunal on objections to jurisdiction. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>.

наибольшего благоприятствования, которая распространялась на «все вопросы данного соглашения». Истец обратился в арбитраж, минуя предъявление иска в государственные суды, заявив, что режим наибольшего благоприятствования позволяет ему воспользоваться положениями соглашения между Испанией и Чили, которое не требовало подобного обращения.

Арбитры решили, что режим наиболее благоприятствуемой нации, предусмотренный в соглашении между Испанией и Аргентиной, распространяется в том числе на положения о разрешении споров, поэтому иск может быть предъявлен в арбитраж напрямую без предшествующего обращения во внутригосударственные суды, как это предусмотрено в соглашении между Испанией и Чили.

Недавно вынесенное в Швеции решение Апелляционного суда округа Свеа об отмене решения Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма от 12 сентября 2010 г. по делу *RosInvest Co. v. Russian Federation*² вывело это дискуссия на новый виток³.

Напомним, что в решении по вопросу юрисдикции, вынесенному в 2007 г. по этому делу, состав арбитража пришел к выводу о том, что истец может воспользоваться оговоркой о наибольшем благоприятствовании, которая содержится в соглашении о взаимной защите и поощрении капиталовложений между

² *RosInvest Company UK Limited v. Russian Federation (SCC Case No V079/2005)*. <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>. <http://www.arbitration.sccinstitute.com/dokument/Court-Decisions/1666367/Judgment-of-the-Svea-Court-of-Appeal-3-May-2013-Case-No-T-3735-12?id=79572>.

³ См.: Ходыкин Р. М. Итоги 2013 года (в рубрике «Арбитраж на постсоветском пространстве: взгляд из Лондона») // *Legal Insight*. 2013. № 10. С. 64; Swedish court sets aside Yukos award // <http://globalarbitrationreview.com/news/article/31931/swedish-court-sets-aside-yukos-award/>; Knox K., Perez O. MFN and disputes clauses: Turkmen cases add to the quagmire // *GAR Volume 8. Issue 6*. <http://globalarbitrationreview.com/journal/article/32020/mfn-disputes-clauses-turkmen-cases-add-quagmire/>.

Советским Союзом и Великобританией⁴, для того, чтобы применить более широкое положение об арбитражном рассмотрении споров из двустороннего соглашения между Россией и Данией⁵. В соответствии со ст. 8 первого из упомянутых соглашений инвестор имел право обратиться к арбитражному рассмотрению при возникновении споров по вопросам капиталовложений, относящимся или к размеру и порядку выплаты компенсации в связи с совершенной экспроприацией, или к любым другим вопросам, являющимся результатом акта экспроприации. Трибунал признал, что данная статья соглашения не предоставляла ему права рассмотреть вопрос о том, имел ли место сам факт экспроприации инвестиций истца⁶. Однако ст. 3 соглашения между Советским Союзом и Великобританией содержала условие о предоставлении инвесторам, а также их капиталовложениям и доходам, режима не менее благоприятного, чем тот, который предоставляется капиталовложениям и доходам инвесторов любого третьего государства, т.е. оговорку о наибольшем благоприятствовании.

Состав арбитража пришел к выводу, что данное положение предоставляло истцу право «импортировать» положения о предмете спора, который может быть передан на рассмотрение в арбитраж, из другого двустороннего соглашения: между Россией и Данией. В соответствии со ст. 8 данного соглашения, инвестору одной из договаривающихся сторон предоставлялось право передать

⁴ Соглашение между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 апреля 1989 г. // Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. М.: Международные отношения, 1994. Вып. XLVII.

⁵ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 4 ноября 1993 г. // Бюллетень международных договоров. 1997. № 6.

⁶ *RosInvest Company UK Limited v. Russian Federation (SCC Case No V079/2005.)*. §§ 114, 118. <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>.

на рассмотрение в арбитраж любой спор, возникающий между ним и другой договаривающейся стороной в связи с капиталовложением на территории последней. Таким образом, по критерию предмета споров, которые инвестор имеет право передать на рассмотрение в арбитраж, соглашение между Россией и Данией содержало намного более широкое положение.

Решение по существу спора было вынесено в сентябре 2010 г. Данным решением с Российской Федерации было взыскано 3,5 млн. долларов и проценты, что, с одной стороны, было существенно меньше заявлявшейся изначально суммы, но, с другой, — представляло собой победу истцов в обосновании юрисдикции состава арбитража. В декабре 2010 г. Россия обратилась в Апелляционный суд округа Свеа (Стокгольм) с ходатайством об отмене решения, которое и было удовлетворено решением от 5 сентября 2013 г. Решение было в значительной степени основано на вынесенном в 2011 г. заочном решении (очень кратком) окружного суда г. Стокгольма о том, что арбитражное соглашение, возникшее в результате обращения истца с иском, не предоставляло составу трибунала компетенции устанавливать, предпринимала ли Российская Федерация меры по экспроприации в отношении истца. Таким образом, шведский суд отказал в применении оговорки о наибольшем благоприятствовании к положениям о разрешении споров.

Дополнительный интерес к этой теме привлекли вынесенные также в 2013 г. решения по двум делам с участием Туркменистана, в которых арбитры тоже анализировали вопрос применения оговорки о наибольшем благоприятствовании⁷.

⁷ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/11/20)*. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>. *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/10/1)*. http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1515_0.pdf.

Известный международному публичному и международному частному праву режим наибольшего благоприятствования, который государство предоставляет гражданам и юридическим лицам другого государства, предполагает, что таким лицам не может предоставляться правовой режим хуже, чем гражданам или юридическим лицам любого третьего государства. Подобные гарантии режима наиболее благоприятствуемой нации представляют собой важнейший институт современного инвестиционного права. Еще в начале XX в. Я. Д. Маковский отмечал, что условие наибольшего благоприятствования, являясь *«именно средством защиты интересов двух договаривающихся государств от того вреда, который может быть нанесен каждой стороне позднейшими договорами другой стороны с третьими державами... может быть названо краеугольным камнем всей новейшей торговой политики»*⁸.

Профессор Георг Шварценбергер объяснял основную цель введения режима наибольшего благоприятствования следующим образом: *« [Этот принцип] закрепляет равенство возможностей на самом высоком из возможных уровней: минимум дискриминации и максимум преимуществ, предоставленных любому третьему государству... Ясно, что оговорка о наибольшем благоприятствовании служит страховкой от неумелого составления текстов и отсутствия воображения у тех, кто ответственен за подготовку соглашений»*⁹.

Дополнительным преимуществом является то, что оговорка о наибольшем благоприятствовании позволяет менее сильным

⁸ Маковский Я. Д. Условие наибольшего благоприятствования в торговых договорах. М., 1917. С. 2–3.

⁹ Цит. по: Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties. Standards of treatment – UK, Kluwer Law International, 2009. P. 195. http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Newcombe_2009_V02. Schwarzenberger G. The Most-Favoured Nation Standard in British State Practice // 22 British Yearbook of International Law 96 (1945). PP. 99–100.

государствам приобрести выгоды и преимущества, которые более сильным государствам удастся получить только в ходе переговоров при заключении с ними международных соглашений¹⁰. Как отмечает А. И. Муранов, «... в современном мире, где международная торговля, международный гражданский и торговый оборот начинают играть все большую роль и все активнее воздействуют на самые разные сферы жизни, ранее с ними серьезно не соприкасавшиеся, этот принцип может находить для себя все новые проявления»¹¹.

Подобный режим, как правило, вводится двусторонними соглашениями между государствами на равной основе, т.е. введение режима наибольшего благоприятствования производится обоими государствами одновременно и в одинаковом объеме в отношении юридических и физических лиц государства-контрагента.

В настоящее время, согласно некоторым исследованиям, выделяют следующие обобщенные характеристики режима наибольшего благоприятствования¹²:

- это обязательство государства, основанное на международном договоре;
- его применение требует провести сравнение режимов, предоставленных иностранным инвесторам из различных государств в сходных обстоятельствах, т.е. в отношении этих положений

¹⁰ Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties. Standards of treatment – UK, Kluwer Law International, 2009. P. 195. http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=ТОС_Newcombe_2009_V02.

¹¹ Муранов А. И. Новый ракурс действия торгового принципа «наиболее благоприятствуемой нации» на международно-региональном уровне. Возможность его вторжения в уголовный процесс за границей // Трансграничный торговый оборот и право. *Liber Amicorum* в честь 50-летия А. Н. Жильцова. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 161.

¹² Most-Favored Nation treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Executive Summary. – United Nations, New York and Geneva, 2010. http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf.

действует «стандарт соотнесения», и они могут применяться в объективно сопоставимых ситуациях;

- в отношении положений о наибольшем благоприятствовании действует принцип *ejusdem generis*¹³ в том смысле, что они могут применяться к вопросам, относящимся к тому же предмету или той же категории объектов, к которой относится само положение;
- положения о наибольшем благоприятствовании не влияют на свободу договора и не препятствуют заключению государством индивидуального договора с инвестором на условиях, более благоприятных, чем с другими иностранными инвесторами;
- для того чтобы установить нарушение режима наибольшего благоприятствования, следует выявить менее благоприятный режим, основанный на или связанный с национальностью иностранного инвестора.

В сфере инвестиционного арбитража включение в двустороннее инвестиционное соглашение¹⁴ оговорки о предоставлении инвесторам договаривающихся государств режима наибольшего благоприятствования породило особую проблематику, связанную с допустимостью распространения режима наибольшего благоприятствования не только на «материальные правоотношения», но и на так называемые «процессуальные вопросы», в частности, на вопрос о том, возможно ли полагаться на более благоприятную арбитражную оговорку из другого ДИС?

¹³ Того же рода (*лат.*). Принцип, применяемый при толковании юридических текстов в странах общего права для обозначения того, что общий термин, приведенный после ряда специальных терминов, не может толковаться расширительно, выходя за пределы категорий того же класса.

¹⁴ В англоязычных источниках именуемые *Bilateral Investment Treaty* или *BIT*.

При подобном подходе к «материальным правам» могут быть отнесены права, предоставляющие определенный правовой режим иностранным инвесторам и/или иностранным инвестициям, в то время как доступ к международному механизму арбитражного разрешения споров рассматривается как иной — «процессуальный» или «юрисдикционный» вопрос.

В качестве примера такого разграничения между материальными и процессуальными правами инвестора можно привести, например, выводы в мотивировочной части арбитражного решения Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС) по делу *Telenor Mobile v. Hungary*¹⁵, вынося которое арбитры указали, что «*в отсутствие прямого или иного указания, позволяющего установить обратное, обычное значение формулировки „инвестициям должен быть предоставлен режим, не менее благоприятный, чем по ДИС между принимающим государством и третьим государством“ состоит в том, что инвестор должен иметь возможность пользоваться своими **материальными** правами в отношении инвестиций в не менее благоприятном режиме, чем по ДИСу между принимающим государством и третьим государством, и при этом отсутствуют основания истолковать [подобную формулировку] как импортирующую также **процессуальные** права. Одно дело — предусмотреть, что инвестор может получить преимущества от режима наибольшего благоприятствования в области инвестиций, но совсем другое — пытаться использовать оговорку о режиме наибольшего благоприятствования для того, чтобы обойти [в процессуальном плане] ограничения того же самого ДИСа в тех случаях, когда стороны ДИСа не имели такого намерения, что*

¹⁵ *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15). <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>.

следует из избранной ими, в отличие от некоторых других ДИС-ов, формулировки».

Применительно к арбитражному разрешению инвестиционных споров описанный дуализм режима наибольшего благоприятствования проявляется в различных вариантах ответа на вопрос о том, допустимо ли обосновывать компетенцию трибунала, ссылаясь на наличие арбитражной оговорки в двустороннем инвестиционном соглашении с третьим государством.

Учитывая, что на международном уровне, в отношениях с суверенными государствами, отсутствует право обратиться за судебной защитой в «безусловной» форме, традиционной для внутригосударственного правопорядка, любое обращение к какому-либо органу по урегулированию споров должно быть специально предусмотрено. В связи с этим вопрос о распространении оговорки о наибольшем благоприятствовании на положения о разрешении споров имеет важнейшее значение для всей системы урегулирования инвестиционных споров.

Важность признания юрисдикции на основании оговорки о наибольшем благоприятствовании была отмечена в одном из первых дел данной категории — *Maffezini v. Spain*, в котором арбитры, признавая наличие юрисдикции на основании такой оговорки, предостерегли, что *«необходимо различать правомерное расширение прав и преимуществ путем применения этой оговорки, с одной стороны, и разрушительное „жонглирование“ договорами, которое полностью разрушит политические цели, на которые были направлены соответствующие договорные положения, с другой стороны»*¹⁶. В данном деле арбитраж,

¹⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7)*, decision of the tribunal on objections to jurisdiction. § 63. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>.

применив условие о наиболее благоприятствуемой нации, обозначил ряд случаев, в которых, по его мнению, подобное применение было недопустимо. Среди подобных недопустимых ситуаций были названы, например, использование оговорки о наибольшем благоприятствовании для обращения в иной арбитражный институт, чем прямо предусмотрено в основном соглашении, либо для «обхода» условия об обязательном исчерпании внутренних средств правовой защиты. В качестве общего принципа арбитры указали на недопустимость путем применения оговорки о наибольшем благоприятствовании преодоления соображений публичного порядка, которые договаривающиеся стороны могли предусматривать в качестве существенных условий заключения соглашения, включающего такую оговорку.

Описанное выше деление на «процессуальные» и «материальные вопросы» является достаточно условным. Не все признают принципиальную допустимость подобного ограничения.

На сомнительность каких-то существенных отличий в характере прав как «материальных» и «процессуальных» указала, например, французский арбитр профессор Бриджит Стерн в своем особом мнении по вопросу юрисдикции к решению по делу *Impregilo S.p.A. v. Argentina*¹⁷. По ее мнению, различие лежит в иной плоскости. В частности, следует различать такие категории норм двусторонних соглашений как собственно «права» и «фундаментальные условия доступа к правам». При этом оговорка о наибольшем благоприятствовании, по мнению арбитра, «может распространяться исключительно на права, но не может изменять фундаментальные условия доступа к правам, или, иными словами,

¹⁷ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17)*, concurring and dissenting opinion. § 47. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0420.pdf>.

непреодолимые условия доступа к правам, предоставленным двусторонним инвестиционным соглашением»¹⁸.

Обосновывая данное мнение, арбитр квалифицировала согласие государства на разрешение определенным образом споров в качестве *ratione voluntatis*¹⁹ и приравнивает его к известным условиям, соблюдение которых требуется для того, чтобы инвестор получил доступ к правам, предоставленным двусторонним инвестиционным соглашением: *ratione personae*²⁰, *ratione materiae*²¹, *ratione temporis*²².

Несмотря на то что подобное толкование не является общепризнанным, само по себе существование различных точек зрения и различных подходов к тому, как оговорка о наибольшем благоприятствовании применяется к материальным правам и к положениям о разрешении споров, признается как учеными, так и арбитражной практикой.

Из интересных особенностей применения оговорки о наибольшем благоприятствовании при обосновании компетенции арбитража можно отметить такие квалифицирующие признаки как характеристики лица, способного сослаться на применение такой оговорки. В частности, в исследовании ЮНКТАД, посвященному режиму наибольшего благоприятствования, отмечается, что в тех случаях, когда истцы просили применить наиболее благоприятный режим (как по существу, так и по времени действия), арбитражные трибуналы сравнивали, как соответствующие режимы применяются к инвесторам,

¹⁸ *Ibidem.* § 47

¹⁹ *Ibidem.* §§ 51–52.

²⁰ Ввиду обстоятельств, относящихся к лицу, о котором идет речь (*лат.*).

²¹ Ввиду обстоятельств, связанных с предметом рассмотрения (*лат.*).

²² Ввиду обстоятельств, связанных со временем (*лат.*).

находящимся в идентичных обстоятельствах. В свою очередь, если истец обращался к условию о наибольшем благоприятствовании с целью воспользоваться процессуальными преимуществами защиты, существующими в другом договоре, трибуналам достаточно было того, соответствует ли истец критериям «инвестора» по основному договору и дальнейшее исследование конкретных обстоятельств и сравнение режимов не проводилось²³.

Как известно, в значительном числе инвестиционных арбитражных споров ответчики оспаривают компетенцию трибунала. Вероятно, можно сделать вывод, что для инвестиционного арбитража характерно раздельное рассмотрение вопросов о наличии компетенции и по существу спора (в случае, если состав трибунала придет к выводу о наличии такой компетенции).

Следует также отметить, что обоснование истцом компетенции того или иного институционального арбитража через оговорку о наибольшем благоприятствовании встречается в значительном числе арбитражных дел. К причинам можно отнести как отсутствие в соглашении с государством национальности инвестора согласия принимающего государства на передачу инвестиционных споров в арбитраж, так и желание инвестора рассмотреть спор в институциональном арбитраже, предусмотренном в двустороннем инвестиционном соглашении с третьим государством. Последнее логически влечет вопрос о «более благоприятствующем характере» того или иного института²⁴.

²³ Most-Favored Nation treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Executive Summary – United Nations, New York and Geneva, 2010. PP. 63–64. http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf.

²⁴ *Renta 4 S.V.S.A v. The Russian Federation (SCC No. 24/2007)*, award on preliminary objections. § 93. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>.

Этот вопрос неоднократно анализировался как в конкретных спорах, так и в юридической литературе. Многие комментаторы, сравнивающие различные системы арбитражного урегулирования инвестиционных споров, отмечали, что определение *объективно* более благоприятной системы рассмотрения споров невозможно, поскольку каждая из них имеет свои достоинства и недостатки и никакая из систем не идеальна²⁵.

В исследовании ЮНКТАД, посвященном режиму наибольшего благоприятствования, в качестве подлежащего применению назван *относительный* стандарт, который подразумевает сравнение двух режимов и последствий их применения. В частности, в исследовании отмечается, что *«любая оценка предполагаемого нарушения требует не только выявления объективно существующих различий в режиме, предоставляемом двум иностранным инвесторам, но также требует выявления конкурентных недостатков, прямо следующих из этой разницы режимов»*²⁶.

Более благоприятным в значительном числе случаев признается сама возможность выбрать тот или иной институт для рассмотрения спора. Например, в деле *Garanti Koza v. Turkmenistan* состав арбитров МЦУИС сделал вывод о том, что предоставление инвесторам из одного государства возможности выбора арбитражного института, в то время как у инвесторов из другого государства такого права выбора нет, может быть рассмотрено как более благоприятный режим, предоставленный инвесторам

²⁵ The Backlash against Investment Arbitration / *Waibel M., Kaushal A., et al.* – UK, Kluwer Law International, 2010. P. 109. http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_BIA_2010_V01.

²⁶ Most-Favored Nation treatment // UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Executive Summary – United Nations, New York and Geneva, 2010. P. 24. http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf.

из первого государства²⁷. К аналогичным выводам о более благоприятном характере предоставления такого выбора пришли арбитры в деле *Plama v. Bulgaria*²⁸, *Impregilo v. Argentina*²⁹.

Несмотря на многочисленные арбитражные решения, в которых трибуналы рассматривают доводы сторон в поддержку и против распространения режима наибольшего благоприятствования на арбитражное соглашение, единый подход к этому вопросу еще не сформирован. Во многом этом объясняется различиями в фактических обстоятельствах каждого дела и в конкретных формулировках, которые содержатся в двусторонних инвестиционных соглашениях.

Однако встречаются случаи, в которых в отношении одних и тех же (или крайне сходных) соглашений принимаются различные решения. Кроме того, к значительному числу арбитражных решений по данному вопросу имеются «особые мнения» членов арбитража, не согласных с итоговым решением.

В такой ситуации стороны, преследующие любую из целей — добиться применения оговорки о наибольшем благоприятствовании для обоснования компетенции арбитража или воспрепятствовать такому применению — способны найти прецеденты в поддержку любой из этих двух позиций.

При имеющемся многообразии арбитражных решений по этому вопросу представляется интересным проанализировать

²⁷ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/11/20)*, decision on the objection to jurisdiction for lack of consent. § 90. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>.

²⁸ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24)*, decision on jurisdiction, ¶208. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>.

²⁹ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17)*. § 101. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>.

основные концепции и правовые конструкции, на которые ссылаются стороны и арбитры, анализируя влияние оговорки о предоставлении режима наибольшего благоприятствования на арбитражную оговорку и (или) компетенцию определенно-го арбитража.

Напомним, что как в инвестиционном арбитраже в целом, так и в рамках отдельных институциональных арбитражей, например МЦУИС, не существует нормы, которая бы предусматривала обязательный (прецедентный) характер арбитражных решений. Тем не менее в арбитражных решениях часто, если не всегда, встречаются ссылки на предшествующие решения по сходным вопросам, которые арбитры приводят в качестве иллюстрации хода своих рассуждений или мотивируя свои выводы, как того требует ст. 48 (3) Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г., далее — Вашингтонская конвенция).

Такое важное значение придается состоявшимся решениям по нескольким причинам. Во-первых, трибуналы, как правило, состоят из уважаемых и высокопрофессиональных ученых и практиков, ход рассуждений и выводы которых имеют влияние в силу признанного авторитета авторов. Логично предположить, что арбитр, перед которым встает вопрос, уже разрешенный в другом деле, как минимум учтет мнение данного состава, вынося решение.

Кроме того, поскольку решение арбитражного трибунала должно касаться всех вопросов, переданных на рассмотрение суда, и при этом стороны широко используют выводы по иным делам для обоснования своей правовой позиции, оценка правовых позиций сторон практически неизбежно влечет упоминание таких

предшествующих решений в контексте согласия или несогласия с ними состава арбитража.

Например, в деле *Teinver S. A. v. Argentina* трибунал обобщил это понимание следующим образом: *«Данный состав арбитража не связан решениями предыдущих трибуналов и принимает решение на основании текста Соглашения, а также фактических и юридических аргументов сторон. Тем не менее, Трибунал признает, что он выносит решение не в вакууме. Вопрос применения оговорки о режиме наибольшего благоприятствования к условиям о разрешении споров рассматривался большим числом составов при разнообразных фактических обстоятельствах дел. Более того, обе стороны представили обширные исследования и доводы, основанные на прецедентном праве»*³⁰.

Анализируя многочисленные решения по вопросам компетенции, основанной на распространении режима наибольшего благоприятствования не только на материальные, но и на процессуальные права инвестора, можно выделить следующие основные доводы и правовые конструкции, которые стороны приводят в поддержку и против такого распространения.

2. Применение оговорки о наибольшем благоприятствовании не соответствует принципу согласия сторон на арбитраж

Бесспорно, согласие сторон на передачу спора в арбитраж является важнейшим принципом арбитражного рассмотрения споров: *«для того, чтобы третейское (арбитражное) соглашение о передаче споров в добровольный арбитраж квалифицировалось*

³⁰ *Teinver S. A., Transportes de Cercanías S. A. and Autobuses Urbanos del Sur S. A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/09/1)*, decision on jurisdiction. § 167. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1090.pdf>.

в качестве допустимого отказа (waiver, renunciation) сторон от процессуальных гарантий, предусмотренных в п. 1 ст. 6 Европейской конвенции, ЕСПЧ фактически устанавливает единственное условие: сторона должна выразить свое согласие с третейским соглашением добровольно, а не под влиянием принуждения или под давлением»³¹.

Соответственно, согласие сторон на арбитражное рассмотрение спора является основополагающим принципом и для инвестиционного арбитража (ст. 25 (1) Вашингтонской конвенции): *«как во внутреннем, так и в международном праве, прочно устоялся принцип, в соответствии с которым согласие стороне на арбитражное рассмотрение споров должно быть ясным и недвусмысленным»³².*

На этот принцип достаточно часто ссылаются в судебных спорах противники распространения режима наибольшего благоприятствования на арбитражное соглашение. Как правило, это государства-ответчики, которые утверждают, что согласие на арбитраж не может быть подразумеваемым.

Напомним, что согласие передать инвестиционный спор в арбитраж может быть дано различными способами. Например, согласие на рассмотрение инвестиционных споров может содержаться в двустороннем соглашении о защите инвестиций в форме открытой оферты, которую инвестор принимает, подавая исковое заявление в арбитраж. Таким способом, например, было заключено соглашение о передаче на рассмотрение

³¹ Асосков А. В. Влияние статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на третейское разбирательство // Вестник ВАС РФ. 2013. № 9. С. 9–96.

³² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24)*, decision on jurisdiction. § 198. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>.

в арбитраж спора по делу *RosInvest Co. v. Russian Federation*³³. Согласие государств также может быть включено в многосторонние соглашения (например, Соглашение о создании североамериканской зоны свободной торговли (НАФТА)), внутреннее законодательство об инвестициях либо содержаться в форме арбитражной оговорки или арбитражного соглашения непосредственно в договоре с инвестором.

Применение оговорки о наибольшем благоприятствовании для определения компетенции арбитров согласно иному договору, чем прямому договору между государством инвестора и принимающим государством, поднимает очевидный вопрос о том, давало ли последнее согласие на арбитражное рассмотрение спора в принципе либо в ином институте, чем предусмотрено основным договором (в зависимости от фактических обстоятельств). В случае «переноса» согласия на передачу инвестиционного спора на рассмотрение арбитражного трибунала из двустороннего соглашения с третьим государством, т.е. с которым не связан истец, наличие согласия государства на арбитраж, по мнению заявляющих этот довод фактически устанавливается путем толкования, что не согласуется с требованием прямого согласия³⁴.

С этой точки зрения интересна критическая оценка общих возражений государства-ответчика о том, что оно не давало согласие на рассмотрение споров с инвесторами из одного государства в том порядке, который предусмотрен для рассмотрения споров с инвесторами из других государств, прозвучавшая в решении по делу *Renta 4 S.V.S.A. v. Russian Federation*³⁵. Признавая, что

³³ *RosInvest Company UK Limited v. Russian Federation (SCC Case No V079/2005)*. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>.

³⁴ По вопросам толкования международных договоров см. ст. 31, 32 Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г.

³⁵ *Renta 4 S.V.S.A v. The Russian Federation (SCC No. 24/2007)*, award on preliminary objections. § 92. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>.

принципиальная возможность доступа к какому-то институциональному арбитражу, либо наличие самого права выбора института, в который обратиться, предоставляют более благоприятный режим, арбитры указали, что, по большому счету, все механизмы разрешения споров, предусмотренные в договорах определенного государства, являются легитимными способами в глазах этого государства. В связи с этим представляется сомнительным, что государство может обосновать свое несогласие с применением оговорки о наибольшем благоприятствовании только общей ссылкой на то, что не давало согласия на применение той или иной системы арбитражного рассмотрения споров с гражданами одного государства, в то время как дало такое согласие для граждан другого.

В данном деле арбитры большинством голосов решили, что оговорка о наибольшем благоприятствовании, которая содержалась в испано-советском двустороннем соглашении, не позволяет расширить компетенцию трибунала.

Как и во всех других делах, в которых юрисдикция трибунала определялась истцом на основании оговорки о наибольшем благоприятствовании, в данном деле состав арбитража важное значение уделил толкованию конкретных формулировок соглашения, включающего оговорку. Очевидно, что разнообразие способов предоставления согласия на передачу споров в арбитраж, как и различные формулировки отдельных международно-правовых инструментов, в значительной степени влияют на неоднородность решений по данному вопросу.

На первый план в любом из подобных рассмотрений выходят конкретные обстоятельства дела и формулировки договоров, которые анализируют арбитры. Тем не менее определенные закономерности и сходство позиций в решениях различных составов арбитража выявить можно.

Например, арбитры в деле *Garanti Koza v. Turkmenistan* отклонили довод ответчика об отсутствии согласия, указав, что Туркменистан предоставил принципиальное согласие на передачу спора в арбитраж как способ разрешения инвестиционных споров в двустороннем инвестиционном соглашении между Великобританией и Туркменистаном³⁶. Поэтому согласие на применение арбитражной процедуры как таковой не было сочтено «подразумеваемым» или «истолкованным».

Как указывалось выше, подробное исследование согласия государства в качестве существенного условия доступа инвестора к правам, предоставляемым двусторонним инвестиционным соглашением, проведено в особом мнении по вопросу юрисдикции к решению по делу *Impregilo S.p.A. v. Argentina* арбитром Бриджит Стерн. В данном решении трибунал, применив положение о наибольшем благоприятствовании, признал у себя наличие компетенции на рассмотрение спора, руководствуясь положениями соглашения между Аргентиной и США. Кстати, в решении, принятом большинством голосов, арбитры сделали следующее обобщение арбитражной практики по данному вопросу: в тех случаях, когда оговорка о наибольшем благоприятствовании согласно основному договору распространялась на «все вопросы» либо «любой вопрос», практически единогласными можно считать выводы арбитражей, что такая оговорка распространяет режим в том числе на правила разрешения споров³⁷.

³⁶ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/11/20)*, decision on the objection to jurisdiction for lack of consent. § 29. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>.

³⁷ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17)*. P. 108. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>. Здесь можно отметить одно из явных противоположных мнений в деле *Vladimir Berschader, Moise Berschader v. Russian Federation (SCC Case No V080/2004)*. § 192. http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf) арбитры, проанализировав условия основного соглашения пришли к выводу, что «выражение „все вопросы, охватываемые данным Соглашением“ безусловно не может пониматься буквально».

Профессор Стерн в особом мнении по вопросу юрисдикции не согласилась с выводом о наличии компетенции, указав, что произведенный составом импорт положений о разрешении споров был недопустим и арбитраж не имел полномочий на рассмотрение спора.

Интересно, что 24 января 2014 г. комитет *ad hoc* МЦУИС вынес решение об отказе в удовлетворении заявления Аргентины об отмене арбитражного решения, поданного в том числе по основанию, предусмотренному подпунктом b) ст. 52 (1) Вашингтонской конвенции. Справедливости ради следует отметить, что, мотивируя свой отказ ссылкой на данное основание, комитет *ad hoc* исходил из сложности и неоднозначности вопроса о применении оговорки о наибольшем благоприятствовании в данном деле. Подобная неоднозначность требует детального рассмотрения, поэтому не может квалифицироваться как «явное превышение» полномочий суда (трибунала)³⁸.

Как указал комитет *ad hoc*, ссылаясь на уже упоминавшееся исследование ЮНКТАД, посвященное режиму наибольшего благоприятствования, трибуналы, рассматривавшие вопрос о «допустимости»³⁹ иска, исходили из необходимости установить то обстоятельство, что государство не намеревалось распространять положения об урегулировании споров на арбитражное соглашение. Например, трибунал по делу *Gas Natural v. Argentine* указал: «Если только прямо не следует, что государства – стороны двусто-

³⁸ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID case No. ARB/07/17), decision of the ad hoc committee on the application for annulment.* §§ 139–141. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3044.pdf>.

³⁹ “Admissibility” cases – подобным образом в этом исследовании условно обозначены дела, в которых положение о наиболее благоприятствуемой нации использовалось для обоснования возможности обратиться в арбитраж, минуя процедурные ограничения (такие, например, как необходимость выждать определенный период до обращения с иском).

ронного инвестиционного соглашения либо стороны определенного инвестиционного соглашения согласовали иной способ разрешения возможных споров, положения о наиболее благоприятствуемой нации следует считать применимыми к разрешению споров»⁴⁰.

В свою очередь в делах, в которых рассматривался вопрос о применении оговорки о наибольшем благоприятствовании к «пределам юрисдикции», трибуналы принимали в качестве исходного принципа, что распространение оговорки о наибольшем благоприятствовании на положения о разрешении споров не может подразумеваться. Так, в деле *Plama v. Bulgaria* арбитры указали: «Положение о наибольшем благоприятствовании в основном договоре не включает посредством простой отсылки положения об урегулировании споров, которые содержатся в другом договоре, если только данное положение в основном договоре не оставляет никаких сомнений в том, что Договаривающиеся стороны намеревались инкорпорировать их»⁴¹. Аналогичный подход к характеру согласия послужил основанием для вывода об отсутствии у арбитража компетенции на рассмотрение спора в деле *Berschader v. Russian Federation*⁴².

Именно вопрос «пределов юрисдикции» по предмету рассматривался в деле *RosInvest Co. v. Russian Federation*⁴³. Отменяя в 2013 г. решение Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, Апелляционный суд округа Свеа указал, что арбитражное

⁴⁰ *Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10)*, decision of the tribunal on preliminary questions on jurisdiction. § 49. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf>.

⁴¹ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24)*, decision on jurisdiction. § 223. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>.

⁴² *Vladimir Berschader, Moise Berschader v. Russian Federation (SCC Case No V080/2004)*. § 208. http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf.

⁴³ *RosInvest Company UK Limited v. Russian Federation (SCC Case No V079/2005)*. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>.

соглашение, заключенное предъявлением истцом иска⁴⁴, не предоставляло арбитрам компетенцию рассматривать вопрос о том, допустила ли Российская Федерация экспроприацию инвестиций истца. Напомним, что базовый договор в данном деле – Соглашение между Советским Союзом и Великобританией – не предоставляет арбитражу право рассматривать вопрос о том, была ли допущена экспроприация инвестиций, однако состав арбитража признал наличие у себя юрисдикции, руководствуясь оговоркой о наиболее благоприятствуемой нации и более широким положением соглашения между Россией и Данией. Именно несогласие с данным выводом, как следует из текста заочного решения Окружного суда Стокгольма об отсутствии компетенции от 9 ноября 2011 г. и решения Апелляционного суда округа Свеа от 5 сентября 2013 г., стало основанием для отмены арбитражного решения по делу *RosInvest Co. v. Russian Federation*. Соответственно, именно непринятие выводов арбитров о возможности распространить оговорку о наибольшем благоприятствовании на вопросы разрешения споров, в частности, определения предметной компетенции арбитража, и стало причиной отмены арбитражного решения по данному делу.

Ограниченность прав, возникающих у инвестора на основании оговорки о режиме наибольшего благоприятствования, ее предметом, которая фактически является отражением принципа *eusdem generis*, подчеркивается также в Проекте статей о режиме наибольшего благоприятствования, подготовленных Комиссией международного права. В ст. 9 (1) проекта указано, что

⁴⁴ В тех случаях, когда государства включают в двустороннее инвестиционное соглашение открытое предложение (оферту) инвесторам передать на рассмотрение в арбитраж тот или иной спор, арбитражное соглашение в отношении конкретного спора считается заключенным в момент акцепта такой оферты инвестором путем направления иска в арбитраж.

«в соответствии с оговоркой о наибольшем благоприятствовании Государство — адресат приобретает (в отношении себя либо лиц или объектов, находящихся с ним в определенных отношениях) только те права, которые находятся в пределах предмета оговорки».

Данная ограниченность согласуется с общепризнанным принципом автономности арбитражной оговорки, что также было отмечено в деле *Plama v. Bulgaria*⁴⁵. Если арбитражная оговорка представляет собой обособленное соглашение, юридическая судьба которого не связана в безусловном порядке с юридической судьбой основного соглашения, это создает дополнительное препятствие для автоматического распространения условия о наибольшем благоприятствовании на положение об арбитражном урегулировании споров.

Особенно очевидным данный подход становится в контексте согласия на рассмотрение спора, данного в связи с участием в каких-то формализованных объединениях (например, Североамериканском соглашении о свободной торговле (НАФТА)), механизмы которых созданы объединенной волей участвующих государств и не могут быть искусственно изменены для рассмотрения конкретного спора.

В целом этот аргумент возвращает дискуссию на старт обсуждения принципиальной допустимости распространения режима наибольшего благоприятствования к положениям о разрешении споров, в результате которого инвестор из одного государства получает право обратиться к механизму разрешения споров, не предусмотренному в договоре с государством его национальности. При этом одно из возможных объяснений существующему

⁴⁵ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24)*, decision on jurisdiction. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>.

разнообразию решений по различным аспектам применения оговорки о наибольшем благоприятствовании может быть связано с разделением спорных моментов на две категории: спор о допустимости иска и юрисдикция трибунала. Соответственно, некоторые исследователи отмечают, что с этой точки зрения «оговорки о наибольшем благоприятствовании, которые не содержат прямого указания на разрешение споров, могут применяться для распространения наиболее благоприятного режима на процессуальные вопросы допустимости требования, но не на фундаментальное требование согласия»⁴⁶. Однако и такое объяснение является в значительной степени упрощенным и неоднозначным в практическом применении, в частности, учитывая отсутствие единого мнения о том, какие условия могут быть отнесены к вопросу «допустимости» иска.

В этом контексте, как уже отмечалось, во многих решениях рассматривался вопрос, может ли тот или иной из арбитражных институтов, рассматривающих и разрешающих инвестиционные споры, быть более эффективным. Допуская в принципе подобный вывод в отношении рассмотрения отдельных споров или в определенных обстоятельствах, арбитры тем не менее высказывали сомнения, что какой-то из институтов разрешения инвестиционных споров может рассматриваться в качестве *объективно* более благоприятного по сравнению с другим институтом. К такому выводу, сравнивая рассмотрение споров по регламентам ЮНСИТРАЛ и МЦУИС, пришел, например, состав в деле *Garanti Koza v. Turkmenistan*⁴⁷.

⁴⁶ Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties. Standards of treatment – UK, Kluwer Law International, 2009. P. 220. http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Newcombe_2009_V02.

⁴⁷ *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan (ICSID Case No. ARB/11/20)*, decision on the objection to jurisdiction for lack of consent. § 89. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf>.

Истец по данному делу настаивал на применении «субъективного» стандарта определения благоприятности того или иного регламента рассмотрения споров: *«мы знаем, какой способ для нас является лучшим, особенно, если трибунал полагает, что объективно может быть более трудным оценить, является ли один режим более благоприятным, чем другой»*⁴⁸. В том же случае, если потребуются устанавливать объективно более благоприятный способ рассмотрения споров, сравнивая арбитраж МЦУИС и ЮНСИТРАЛ, то среди преимуществ первого истец отмечал институциональный характер арбитража, его специализированный на рассмотрении споров между инвесторами и государствами характер, изолированность от вмешательства судов в месте арбитража, невозможность оспаривания решения по вопросу компетенции до вынесения решения по существу спора, отделенность местных судов от оспаривания и приведения в исполнение решения арбитража МЦУИС, а также отсутствие определенности относительно места арбитража, как в арбитраже ЮНСИТРАЛ⁴⁹. Ответчик, обосновывающий, что арбитраж МЦУИС не является объективно более благоприятным, чем арбитраж ЮНСИТРАЛ, указывал на риск отмены решений первого, а также на существование Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, позволяющей приводить в исполнение решения арбитражей по регламенту ЮНСИТРАЛ⁵⁰.

В решении по делу *Renta 4 S.V.S.A. v. Russian Federation*, рассматривая аргумент о расширении юрисдикции состава путем применения оговорки о наибольшем благоприятствовании, арбитры отметили, что само применение термина «маневры с выбором

⁴⁸ *Ibid.* § 85.

⁴⁹ *Ibid.* § 86.

⁵⁰ *Ibid.* § 87.

места рассмотрения споров»⁵¹ в негативном контексте представляет собой исключительно субъективное мнение того, кто его использует. Эта точка зрения не учитывает не менее весомый аргумент, что *«способы разрешения споров, предусмотренные в различных соглашениях одного государства, являются законными в глазах этого Государства. Одни способы могут быть сами по себе более эффективны. Другие — более надежными в определенном контексте»*⁵².

Если обобщать мотивировку решений по делам, в которых истец обосновывал юрисдикцию арбитража со ссылкой на оговорку о наибольшем благоприятствовании, то с определенной долей условности можно сделать вывод, что те решения, в которых юрисдикция была признана, исходили из принципа, что оговорка о наибольшем благоприятствовании по общему правилу распространяется на порядок урегулирования споров, если государство прямо не оговорило иное.

В свою очередь решения, «отказывающие» в таком применении, исходят из принципа, что *«положение о наибольшем благоприятствовании не включает посредством ссылки положения об урегулировании споров, предусмотренные в другом договоре, если только это положение о наибольшем благоприятствовании в основном договоре таково, что не оставляет сомнений, что Договаривающиеся Стороны намеревались их инкорпорировать»*⁵³.

Подобная закономерность, на наш взгляд, ярко свидетельствует и об отсутствии определенности в подходах к этому вопросу и,

⁵¹ *Forum shopping* (англ.).

⁵² *Renta 4 S.V.S.A v. The Russian Federation* (SCC No. 24/2007), award on preliminary objections. § 92. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>.

⁵³ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), decision on jurisdiction. § 223. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf>.

как следствие, о зависимости результатов рассмотрения каждого конкретного дела от правовых взглядов арбитров, которым предстоит его рассматривать.

3. Режим наибольшего благоприятствования не может создавать новых процессуальных прав инвестора, не предусмотренных основным ДИСом

Этот довод в целом основан на концепции разделения понятий «прав» инвестора и условий (режима) их осуществления и пересекается с описанным выше разделением на процессуальные и материальные права инвесторов.

Почти не вызывает сомнений постулат о том, что инвесторы при принятии решения о совершении инвестиций рассматривают доступ к международным механизмам рассмотрения споров в качестве существенного элемента защиты инвестиций: «... *положение о международном арбитраже между инвестором и государством в двусторонних инвестиционных соглашениях представляет собой значительный и существенный стимул и защиту для иностранных инвесторов*»⁵⁴.

Признание возможности арбитражного рассмотрения споров в качестве элемента предоставляемого инвесторам или инвестициям режима содержится в значительном числе решений.

Например, в деле *Suez v. Argentina* арбитры исходили из следующего определения «режима»: «*права и привилегии, а также обязательства и обременения, соответственно предоставляемые и налагаемые Договаривающимся государством инвестициям,*

⁵⁴ *Ibid.* P. 31.

произведенным инвесторами, подпадающими под действие соглашения»⁵⁵. Право обратиться к международному арбитражу было сочтено арбитрами тесно связанным с предоставленными инвесторам правами, и за инвестором было признано право обратиться к оговорке о наибольшем благоприятствовании для приобретения режима, предусмотренного в ином договоре.

В деле *Siemens v. Argentina* доступ к специальным механизмам разрешения споров назван частью защиты, предоставляемой международным инвестиционным соглашением, а также частью режима иностранных инвесторов, инвестиций и преимуществ, доступ к которым открывается через применение оговорки о наибольшем благоприятствовании⁵⁶.

Как видно из приведенных примеров, в ряде решений арбитры не углубляются в объяснение терминологических различий между тем, в отношении кого или чего предоставлен режим наибольшего благоприятствования: инвесторов либо инвестиций⁵⁷. В то же время в некоторых решениях, с учетом содержания конкретного анализируемого арбитрами международно-инвестиционного соглашения, можно отметить разделение между этими понятиями. Например, по мнению состава арбитража по делу *RosInvest Co v. Russian Federation*, анализировавшему два положения двустороннего соглашения между СССР и Великобританией, следует разделять предоставление режима наибольшего благоприятствования инвесторам от его предоставления инвестициям. В частности, режим наибольшего бла-

⁵⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic (ICSID case No. ARB/03/19)*, decision on jurisdiction. § 57. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0819.pdf>.

⁵⁶ *Siemens AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8)*, decision on jurisdiction. § 102. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0819.pdf>.

⁵⁷ См. также: *Siemens AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8)*, decision on jurisdiction. § 92. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0819.pdf>.

гоприятствования для инвестора предполагает предоставление ему защиты через обращение к арбитражному рассмотрению споров. В то же время арбитражное рассмотрение споров во все не обязательно является составной частью режима, предоставляемого инвестициям⁵⁸.

Таким образом, принятие подобной логики будет означать, что в тех случаях, когда наиболее благоприятный режим предоставлен инвесторам, он скорее будет включать в себя право на рассмотрения спора в арбитраже как часть процессуальных прав соответствующего инвестора. В то же время наиболее благоприятный режим, предоставляемый инвестициям, такого распространения не предполагает. На логичность подобного подхода указывают некоторые исследователи, отмечая, что, действительно, менее благоприятные для инвестора способы разрешения споров предоставляют именно инвестору худшую защиту его инвестиций, но не ухудшают режим самих инвестиций: инициировать арбитраж могут только инвесторы, но не контракты или объекты недвижимости, поэтому недоступность каких-то способов разрешения споров не ухудшает режим непосредственно инвестиций⁵⁹.

Кроме того, сам факт отнесения права на разрешение споров с помощью специальных механизмов к отдельным от «материальных» прав инвестора «процессуальным» правам порождает различные точки зрения на то, допустим ли единый подход к распространению на эти права режима наибольшего благоприятствования.

⁵⁸ *RosInvest Company UK Limited v. Russian Federation (SCC Case No V079/2005)*, award on jurisdiction. § 128. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>.

⁵⁹ *Newcombe A., Paradell L. Law and Practice of Investment Treaties. Standards of treatment – UK*, Kluwer Law International, 2009. § 218. http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/book-toc.aspx?book=TOC_Newcombe_2009_V02.

В том же деле *RosInvest Co v. Russian Federation* арбитры, признав существование различий между материальными и процессуальными правами инвестора, пришли к выводу о наличии у себя компетенции, сформулировав следующую позицию: «В то время как действительно применение положения о наибольшем благоприятствовании, которое содержится в Статье 3⁶⁰, расширяет пределы действия Статьи 8⁶¹, и таким образом конфликтует с ее ограничением, это нормальный результат применения оговорки о наибольшем благоприятствовании, сама природа и цель которой состоит в том, чтобы средства защиты, не предусмотренные в одном Соглашении, были расширены путем переноса средств защиты, предусмотренных в другом Соглашении. Поскольку данный эффект общепризнан применительно к материально-правовой защите, трибунал не видит причин не принять его в контексте таких процессуальных положений как арбитражная оговорка»⁶².

Также не принял довод о невозможности применения оговорки о наибольшем благоприятствовании к положениям о разрешении споров состав арбитража в деле *Renta 4 S.V.S.A. v. Russian Federation*, указав, что «отсутствует обоснование предположения, что режим наибольшего благоприятствования ограничивается «первичными» обязательствами. Признанный надлежащий критерий скорее *ejusdem generis*»⁶³. Арбитры также отметили, что

⁶⁰ Соглашение между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 апреля 1989 г. // Сборник международных договоров СССР и Российской Федерации. М.: Международные отношения, 1994. Вып. XLVII.

⁶¹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 4 ноября 1993 г. // Бюллетень международных договоров. 1997. № 6.

⁶² *RosInvest Company UK Limited v. Russian Federation (SCC Case No V079/2005)*, award on jurisdiction. §§ 131–132. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf>.

⁶³ *Renta 4 S.V.S.A v. The Russian Federation (SCC No. 24/2007)*, award on preliminary objections. § 100. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0714.pdf>.

доступ к международному арбитражу представляет собой одно из фундаментальных и постоянных потребностей защиты инвестиций и, следовательно, его можно считать весомым фактором при рассмотрении содержания и целей принятия двустороннего соглашения.

Аналогичный вывод о том, что *«доступ к механизмам [разрешения споров] является частью защиты, предоставленной по Договору. Это часть режима, предоставляемого иностранным инвесторам и инвестициям, и преимуществ, доступных через применение оговорки о наибольшем благоприятствовании»*, сделали арбитры в деле *Siemens v. Argentina*⁶⁴.

Логичным развитием довода о том, что оговорка о наибольшем благоприятствовании распространяется на условие о разрешении споров, представляется позиция, что доступ к арбитражу является фактически такой важной формой защиты инвестора, что нераспространение этой оговорки на положения об урегулировании споров будет противоречить основной цели и предмету двустороннего инвестиционного соглашения: ими являются автоматическое распространение наиболее благоприятного режима инвестиций (в том числе и способов их защиты) на всех других инвесторов, которым гарантирован режим наибольшего благоприятствования.

Как и по всем остальным теоретическим концепциям, обосновывающим распространение либо нераспространение оговорки о наибольшем благоприятствовании на способы разрешения споров, по данному вопросу имеется и противоположная точка зрения.

⁶⁴ *Siemens AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8)*, decision on jurisdiction. § 102. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>.

В частности, в деле *Telenor mobile Communications A. S. v. Republic of Hungary*, в котором также рассматривался вопрос компетенции на основании оговорки о наибольшем благоприятствовании, был сделан следующий вывод: «В отсутствие прямого указания или фактических обстоятельств, которые бы свидетельствовали об обратном, обычный смысл формулировки «инвестициям должен быть предоставлен режим не менее благоприятный, чем предоставлен инвестициям, сделанным инвесторами любого третьего Государства» означает, что материальным правам инвестора в отношении инвестиций должен был предоставлен режим не менее благоприятный, чем по ДИСу между принимающим Государством и любым третьим Государством и отсутствуют какие бы то ни было основания для толкования указанной фразы как импортирующие также процессуальные права»⁶⁵.

4. Режим наибольшего благоприятствования не может использоваться для обхода условий обращения к арбитражному урегулированию спора, предусмотренному в основном договоре

Данное возражение связано с еще одной часто встречающейся в инвестиционных спорах проблемой – требованию исчерпать все внутренние средства защиты перед обращением в арбитраж либо соблюсти определенный «выжидательный период» перед подачей иска.

Например, в деле *Maffezini v. Spain*⁶⁶ было прямо отмечено, что такие условия согласия стороны на арбитраж, как предшествующее

⁶⁵ *Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/04/15)*. § 92. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf>.

⁶⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7)*. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>.

исчерпание внутренних средств правовой защиты либо условие о «выборе пути»⁶⁷ не могут быть обойдены обращением к положению о наибольшем благоприятствовании. Этот вывод с обязательностью следует из того, что в противном случае может быть разрушена окончательность договоренностей, которые многие страны считают важными вопросами публичного порядка⁶⁸.

На недопустимость преодоления соображений публичного порядка путем применения оговорки о наибольшем благоприятствовании сослался также состав в деле *Siemens v. Argentina*. Арбитры отметили, что по общему правилу получение какой-либо выгоды от применения оговорки о наибольшем благоприятствовании не влечет принятия всех положений соглашения с третьим государством, которое не является государством национальности истца, независимо от того, благоприятны ли они для инвестора. Аналогичным образом применение этой оговорки не означает автоматического доступа инвестора ко всем преимуществам, предоставляемым таким соглашением. Конкретные последствия будут всегда зависеть от формулировки оговорки о наибольшем благоприятствовании и иных положений анализируемых договоров⁶⁹.

В деле *Impregilo v. Argentina* применение оговорки о наибольшем благоприятствовании (из соглашения между Аргентиной и Италией) позволило, по мнению состава арбитража, задействовать

⁶⁷ Fork-in-the-road (англ.) — термин означает, что инвестору предоставляется право выбора, обратиться ему к внутригосударственным средствам правовой защиты либо в инвестиционный арбитраж, при этом сделанный выбор в дальнейшем изменить нельзя.

⁶⁸ *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7)*. § 63. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24)*, decision on jurisdiction. § 207. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>.

⁶⁹ *Siemens AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8)*, decision on jurisdiction. § 109. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf>.

соответствующие положения соглашения между Аргентиной и США, не требующие соблюдения выжидательного периода перед обращением к инвестиционному арбитражу.

Однако в уже упоминавшемся особом мнении по этому делу профессор Стерн отмечает, что два механизма, исследованные арбитрами, имеют принципиальные различия. В частности, основное соглашение предполагало выжидательный период (так называемый *cooling off period*), в течение которого сторона не могла начать арбитражное разбирательство и допускало обращение во внутригосударственные суды до обращения в арбитраж. Соглашение же между Аргентиной и США, напротив, не содержало требование о временном промежутке, но при этом содержало ограничение, не позволявшее обратиться к международному механизму разрешения инвестиционных споров в том случае, если инвестор до этого обратился во внутригосударственный суд.

Как указала профессор Б. Стерн, в итоге применения оговорки о наибольшем благоприятствовании истец *«оказался в лучшем положении, чем был бы инвестор как на основании двустороннего соглашения Аргентина–Италия, так и инвестор на основании двустороннего соглашения Аргентина–США, поскольку он, с одной стороны, не был ограничен 18-месячным выжидательным периодом, а с другой – его выбор не был ограничен положением о «выборе пути» [fork-in-the-road provision]. Строго говоря, ... [истцу] ... предоставили не наиболее благоприятный режим, а несуществующий благоприятный режим. Иностранному инвестору получил лучшее от обоих соглашений, но это не соответствовало реальной ситуации ни по одному из соглашений»*⁷⁰.

⁷⁰ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/17, concurring and dissenting opinion. § 12.* <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0420.pdf>.

Тем не менее практика по данному вопросу все же демонстрирует возможность преодолеть подобные процессуальные условия доступа к механизму разрешения спора применением оговорки о наибольшем благоприятствовании. Как отмечает А. П. Гармоза, *«сложившаяся арбитражная практика... указывает на то, что несоблюдение установленных применимым МИС [международное инвестиционное соглашение] требований о предварительном обращении в государственные суды государства-реципиента не является препятствием для установления компетенции состава арбитража в случае доказанного отсутствия предъявления таких требований к инвесторам других государств и наличия в применимом ... [международном инвестиционном соглашении] положения о ... [режиме наибольшего благоприятствования]»⁷¹.*

Вывод

Подводя итоги, можем предположить, что единообразия в подходах к тому, предоставляет ли режим наибольшего благоприятствования право обратиться к механизму разрешения споров, предусмотренному в инвестиционном соглашении с иным государством, в обозримом будущем достигнуто не будет. Вероятно, достижению такого единообразия будет способствовать унификация положений межгосударственных инвестиционных соглашений, однако, по объективным причинам, решение этого вопроса достаточно длительно, если в принципе возможно.

Существующее многообразие концепций, выработанных либо, вернее, встречающихся при рассмотрении инвестиционных споров, подтверждает актуальность вывода, сделанного в 2011 г. в исследовании на английском языке, посвященном арбитражу

⁷¹ Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 238.

МЦУИС — «*Guide to ICSID Arbitration*»⁷² — о том, что иностранному инвестору, рассматривающему подачу искового заявления на основании двустороннего соглашения, в котором содержится оговорка о наиболее благоприятном режиме рассмотрения споров, следует систематически анализировать другие соглашения, заключенные принимающим государством, не только на предмет возможно более благоприятной материально-правовой защиты, но и в отношении более благоприятных процедур рассмотрения споров. Особенно это актуально для инвесторов, которые сталкиваются с возможными юрисдикционными препятствиями, имеющимися в международном инвестиционном соглашении, на котором они основывают свое требование. Равным образом и юридические консультанты государств должны быть осведомлены о разнообразии в ландшафте режимов наибольшего благоприятствования, созданном в сфере инвестиционных соглашений различных государств.

⁷² Guide to ICSID Arbitration/ Lucy Reed, Jan Paulsson et al.— UK, Kluwer Law International, 2011. P. 86.

Раздел 3

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ В АРБИТРАЖЕ

Д. А. Пенцов,

старший юрист юридической фирмы FRORIEP (Женева, Швейцария)

МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ТРЕБОВАНИЙ О РАСКРЫТИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ: ЕДИНСТВО ИЛИ БОРЬБА ПРОТИВОПОЛОЖНОСТЕЙ?

I. Введение

Стороны международного коммерческого арбитража нередко оказываются в ситуации, когда для обоснования своих или для защиты от чужих исковых требований, им необходимо получение документов и других доказательств, находящихся в распоряжении противоположной стороны или третьих лиц. Хотя конкретные условия и степень раскрытия доказательств (*disclosure, discovery*) могут значительно отличаться от разбирательства к разбирательству, на сегодняшний день является общепризнанным, что состав арбитража имеет право потребовать от его сторон предоставления документов (*document production*)¹. Более того, ряд национальных законодательств прямо предоставляют составу арбитража, а также самим сторонам, возможность, при определенных условиях, обратиться в государственный суд с требованием о предоставлении документов, адресованным третьим лицам, не участвующим

¹ *Born G.B.*, International Arbitration: Law and Practice (2012). P. 177; *Redfern A., Hunter M.*, Law and Practice of International Commercial Arbitration (3rd ed, 1999). P. 316; *Kaufmann-Kohler G., Bärtsch P.*, Discovery in international arbitration: How much is too much? *SchiedsVZ* (German Arb. J.), 2004. Vol. 1. P. 17.

в деле². Соответственно, если обладающее документами лицо отказывается предоставить их добровольно, нуждающаяся в них сторона может обратиться к составу арбитража или, в зависимости от обстоятельств дела, в государственный суд с требованием обязать данное лицо осуществить принудительное раскрытие доказательств и предоставить запрашиваемые документы.

Доктрина международного коммерческого арбитража традиционно разграничивает материально-правовые и процессуальные основания для подобных требований сторон о раскрытии доказательств³. Так, под *материально-правовыми* основаниями обычно понимается право стороны на получение информации от другой стороны, предоставляемое ей договором, заключенным между сторонами, или, в тех случаях, когда подобный договор не содержит каких-либо специальных положений по данному вопросу, непосредственно материальным правом, применимым к их правоотношениям⁴. Что же касается *процессуальных* оснований, в качестве таковых обычно рассматривается общая

² Например, в соответствии со ст. 602 (судебная помощь) Гражданского процессуального кодекса Австрии (ZPO), состав арбитража, арбитры, надлежащим образом уполномоченные составом арбитража, или, с разрешения состава арбитража, сторона, могут обратиться в суд с требованием об осуществлении юридических действий, в отношении которых сам состав арбитража не обладает полномочиями. Аналогичным образом, в соответствии со ст. 1050 Гражданско-процессуального кодекса Германии (ZPO), состав арбитража или, с разрешения состава арбитража, сторона, могут обратиться в немецкий суд за помощью в получении доказательств или совершении других действий, в отношении которых сам состав арбитража не обладает полномочиями.

³ *O'Malley N.D.*, Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide (2012). P. 99–100; *Webster T.H.*, Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration, Arbitration International, 2001. Vol. 17. No. 1. P. 41; *Zuberbühler T. et al.*, IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2012). P. 39 (sec. 60–63).

⁴ *Webster T.H.*, Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration, Arbitration International, 2001. Vol. 17. No. 1. P. 41.

обязанность сторон арбитражного разбирательства по добро-совестному сотрудничеству в ходе рассмотрения дела⁵.

Хотя любые требования о раскрытии доказательств в конечном итоге направлены на достижение одного и того же результата – получение информации, между требованиями, базирующимися на материально-правовых и процессуальных основаниях, существуют принципиальные различия. Эти различия касаются субъективных прав сторон на информацию, критериев оценки требований о предоставлении информации, возможности приведения возражений, времени и формы заявления требований, объема раскрываемых доказательств, а также процессуальных форм вынесения составом арбитража соответствующего решения. Каждое из этих различий будет подробно проанализировано ниже.

Соответственно, правильное понимание соотношения материально-правовых и процессуальных оснований требований в арбитражном разбирательстве способно облегчить его сторонам выбор надлежащей стратегии по получению требуемых доказательств, приближая, тем самым, желаемый исход дела. Соответственно, целью предлагаемой статьи является детальный сравнительный анализ материально-правовых и процессуальных оснований требований о раскрытии доказательств в международном коммерческом арбитраже. Учитывая, что в условиях нынешнего «информационного века» обладание информацией становится ключевым фактором достижения коммерческого успеха, в том числе в арбитражных спорах, данная статья может облегчить нынешним и будущим сторонам арбитражных разбирательств выбор правильной стратегии получения доказательств

⁵ См., например: *Habegger P.*, Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Document Production in International Arbitration – 2006 Special Supplement. P. 28.

и способов ее реализации, а нынешним и будущим арбитрам — рассмотрение ими подобных требований.

II. Требования о раскрытии доказательств и право заявляющей их стороны на получение информации

С точки зрения наличия у заявляющей их стороны права на информацию, требования, базирующиеся на материально-правовых основаниях, и требования, базирующиеся на процессуальных основаниях, значительно отличаются друг от друга. Так, сама идея материально-правового основания требования о раскрытии доказательств предполагает, что предъявляющая его сторона обладает конкретным субъективным правом на получение информации, предоставляемым ей договором или применимым правом. Одним из возможных примеров такого субъективного права является право агента на доступ к учетным книгам и бухгалтерским документам принципала в процессе определения своего вознаграждения по агентскому договору по швейцарскому праву⁶. В качестве другого подобного примера может рассматриваться право любого участника договора простого товарищества (*société simple*) по швейцарскому праву, вне зависимости от того, управляет ли он делами товарищества, лично получать информацию о состоянии дел товарищества, знакомиться с книгами и документами товарищества, а также составлять для своего личного пользования суммарный отчет о финансовой ситуации товарищества⁷.

Напротив, заявляя требование о раскрытии доказательств на процессуальных основаниях, его сторона, строго говоря, не имеет

⁶ Кодекс Обязательств Швейцарии, ст. 418к (2).

⁷ Кодекс Обязательств Швейцарии, ст. 541 (1).

формального права на получение соответствующей информации⁸. Действительно, хотя арбитражные правила ведущих международных арбитражных учреждений, будь то Арбитражный Регламент Международной Торговой Палаты («Арбитражный Регламент МТП»)⁹, или Арбитражный Регламент Международного Арбитражного Суда при Палате экономики Австрии в городе Вена («Венские Правила»)¹⁰, а также Правила Международной Ассоциации Юристов по получению доказательств в международном арбитраже («Правила МАЮ о доказательствах»)¹¹, предоставляют составу арбитража право истребовать доказательства от стороны разбирательства, они не накладывают на него соответствующей обязанности. Так, в соответствии с Арбитражным Регламентом МТП, на любой стадии арбитражного разбирательства состав арбитража может предложить сторонам представить дополнительные доказательства¹². Аналогичным образом, в соответствии с Венскими Правилами состав арбитража может, если он считает это необходимым, сам собирать доказательства, допрашивать стороны или свидетелей, предлагать сторонам

⁸ *Born G.B.*, International Commercial Arbitration. Vol. II (2009).P. 1897; *Kaufmann-Kohler G., Bärtsch P.*, Discovery in international arbitration: How much is too much? *SchiedsVZ* (German Arb. J.), 2004. Vol. 1. P. 17; *O'Malley N.*, Rules of Evidence in International Arbitration. PP. 34–35.

⁹ Арбитражный Регламент Международной Торговой Палаты (вступил в действие с 1.01.2012 г.), с текстом на русском языке можно ознакомиться здесь: <http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-RUSSIAN-version/> (последнее посещение 1 марта 2014 г.).

¹⁰ VIAC: Арбитражный Регламент (Венские Правила) (действующие с 01.07.2013 г.), с текстом на русском языке можно ознакомиться здесь: http://www.viac.eu/images/Vienna_Rules_RUS_Broschüre_Salpius__Szucsich.pdf (последнее посещение – 1 марта 2014 г.).

¹¹ Правила Международной Ассоциации Юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже, с тестом на русском языке можно ознакомиться здесь: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D93AED22-2A27-4B1A-8455-D49711F66C18> (последнее посещение – 1 марта 2014 г.).

¹² Арбитражный Регламент МТП, ст. 25 (5).

представить доказательства и привлекать экспертов¹³. Наконец, в соответствии с Правилами МАЮ о доказательствах, в любой момент до завершения арбитражного разбирательства состав арбитража может: (i) приказать любой стороне представить документы; (ii) потребовать от любой стороны приложить максимальные усилия к тому, чтобы предпринять, или (iii) самостоятельно предпринять меры, которые состав арбитража посчитает целесообразными, для получения документов от какого-либо лица или организации¹⁴. Тем самым, хотя заинтересованная сторона может обратиться к составу арбитража с ходатайством об истребовании доказательств у своего оппонента на процессуальных основаниях, она не может ссылаться на наличие какого-либо процессуального «права» на получение данных доказательств¹⁵.

III. Цели требований о раскрытии доказательств

Несмотря на сходство конечного экономического результата, состоящего в получении желаемой информации, в том, что касается их конкретных целей, требования, базирующиеся на материально-правовых и процессуальных основаниях, значительно отличаются друг от друга. Так, целью первой категории требований традиционно считается общий сбор информации, вне непосредственной связи с фактическими обстоятельствами, изложенными в исковом заявлении¹⁶. Напротив, в качестве цели требований второй категории обычно называется получение доказательств фактических обстоятельств дела, о предпола-

¹³ Венские Правила, ст. 25 (5).

¹⁴ Правила МАЮ о доказательствах, ст. 3 (1).

¹⁵ *Craig W., Park W., Paulsson J.*, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed., 2000). P. 450; *O'Malley N.D.*, Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide (2012).P. 34–35.

¹⁶ *Habegger P.*, Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice. P. 23, 28.

гаемом существовании которых данная сторона уже подробно заявила составу арбитража¹⁷.

Наличие у первой категории требований цели сбора информации не может не делать их весьма сходными, во всяком случае, с внешней стороны, с так называемыми «походами на рыбалку» (*fishing expeditions*), представляющими собой использование суда для получения от процессуального оппонента информации, выходящей за рамки предъявленного иска, а также для раскрытия информации, требуемой на основании общих, широких или неопределенных заявлений, или на базе подозрений, догадок или смутных предположений¹⁸. Учитывая, что в международном коммерческом арбитраже подобные «походы на рыбалку» в рамках процессуальных оснований традиционно считаются недопустимыми¹⁹, заявляя требования о раскрытии доказательств на материально-правовых основаниях, стороне арбитражного разбирательства следует уделять особое внимание обоснованию своих прав на получение информации путем конкретных ссылок на соответствующие положения договора или применимого права. В противном случае она рискует оказаться в ситуации, когда состав арбитража откажет в удовлетворении заявленного ей требования со ссылкой на его чрезмерно общий характер²⁰.

IV. Возможность предъявления требований о раскрытии доказательств

Возможность предъявления требований о раскрытии доказательств, базирующихся на материально-правовых основаниях,

¹⁷ Там же.

¹⁸ Black's Law Dictionary (6th ed., 1990). P. 637.

¹⁹ *Habegger P.*, Document Production – An Overview of Swiss Court and Arbitration Practice. P. 28.

²⁰ *Sachs K.*, Use of documents and document discovery: «Fishing expeditions» versus transparency and burden of proof, *Schieds VZ* (German Arb. J.), 2003.Vol. 5. PP. 193, 197.

определяется в соответствии с договором сторон или правом, применимым к их взаимоотношениям. Нужно ли говорить, что в зависимости от конкретных обстоятельств дела (и применимого права) возможности стороны по предъявлению подобных требований могут существенно отличаться. Так, например, в агентском договоре по швейцарскому праву, в процессе определения своего вознаграждения агент может требовать от принципала предоставления ему доступа к учетным книгам и бухгалтерским документам принципала²¹. Если же речь идет об аналогичном договоре, регулируемом английским правом, то, оказавшись в сходной ситуации, агент сможет потребовать предоставления ему *всей* информации (в том числе выписок из бухгалтерских книг), которая находится в распоряжении принципала и которая необходима агенту для проверки размера комиссии, подлежащей выплате²².

Напротив, возможность заявления требования о предоставлении доказательств на процессуальных основаниях определяется в соответствии с единообразными критериями, установленными Правилами МАЮ о доказательствах. Так, данные Правила позволяют сторонам арбитражного разбирательства ходатайствовать перед составом арбитража и другой стороной о предоставлении индивидуальных документов или конкретной узкой категории документов, которые относятся к делу и являются существенными для его разрешения²³. Документ считается «относящимся к делу» (*relevant to the case*), если существует вероятность, что он способен доказать факт, из которого делаются правовые выводы²⁴. В свою очередь, документ, являющийся «существенным

²¹ Кодекс Обязательств Швейцарии, ст. 418к (2).

²² The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (SI 1993/3053), art. 12 (2).

²³ Правила МАЮ о доказательствах, ст. 3 (3) (b).

²⁴ *Zuberbühler T. et al.*, IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2012). P. 57 (sec. 136).

для разрешения дела» (*material to its outcome*), можно определить как документ, необходимый для обеспечения полного рассмотрения правовых вопросов, представленных составу арбитража²⁵. Из этого следует, что если состав арбитража не нуждается в том или ином документе для его использования в процессе принятия решения, поскольку запрашивающая его сторона уже обосновала некоторый факт путем других доказательств, она не может требовать его предоставления²⁶.

Отмеченные различия критериев для оценки возможности заявления требований, базирующихся на материально-правовых и процессуальных основаниях, имеют важные практические последствия. Так, с одной стороны, существование данных различий позволяет лицу, заинтересованному в получении доказательств, одновременно заявить оба требования в рамках одного и того же арбитражного разбирательства. С другой стороны, отказ состава арбитража в удовлетворении одного из заявленных требований не влечет за собой автоматического отказа в удовлетворении другого требования, которое должно являться предметом независимого рассмотрения в соответствии с самостоятельными критериями.

V. Возможность приведения возражений против заявленных требований

Подобно возможности предъявления требований, базирующихся на материально-правовых основаниях, возможность заявления возражений против таких требований и характер этих возражений также определяются договором сторон или непосредственно

²⁵ Там же.

²⁶ *Raeshke-Kessler H.*, The Production of Documents in International Arbitration – A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence, *Arb. Int.*, 2002.Vol. 18. No. 4. PP. 411, 427.

применимым правом. Так, несмотря на чрезвычайно широкий объем прав участника договора простого товарищества по швейцарскому праву на получение информации о состоянии дел товарищества²⁷, оно может быть ограничено в случае злоупотребления данным правом, например, при его осуществлении с очевидной целью причинения неудобств, в явно неподходящее время или с целью использования полученной информации в пользу конкурентов, а также при длительном невозвращении документов, полученных из архива товарищества²⁸. Соответственно, оказавшись в одной из подобных ситуаций, остальные участники простого товарищества смогут заявить против подобного требования возражения об имеющем место случае злоупотребления правом.

В то же время материально-правовая основа требования о предоставлении доказательств исключает возможность заявления против такого требования возражений, базирующихся на процессуальных основаниях. Иными словами, Правила МАЮ о доказательствах не ограничивают права сторон на получение доказательств, основывающегося на применимом праве или договоре, регулирующих взаимоотношения сторон. Соответственно, адресат подобного требования не может ссылаться на Правила МАЮ для оправдания ограничения своих обязательств по раскрытию информации, вытекающих из договора или напрямую из закона²⁹.

Невозможность процессуальных возражений против требований, базирующихся на материально-правовых основаниях, можно проиллюстрировать на примере решения

²⁷ Кодекс Обязательств Швейцарии, ст. 541 (1).

²⁸ Commentaire Romand: Code des Obligations II (Tercier P., Amstutz M., eds, 2008). P. 84.

²⁹ Zuberbühler T. et al., IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2012). P. 39 (sec. 62).

одного из составов арбитража, действовавшего в соответствии со Швейцарским Регламентом Международного Арбитража³⁰. Рассматривая требование брокера к хеджевому фонду (*hedge fund*) о предоставлении выписок по счету и результатов управления, основанное на заключенном между сторонами соглашении, этот состав арбитража указал, среди прочего, что «поскольку данное требование основано на контракте, полномочиями по его рассмотрению в силу самого контракта наделен состав арбитража. Арбитраж имеет право и обязанность разрешить спор по существу. Аргументы ответчика, которые основываются на процессуальных соображениях и Правилах МАЮ о доказательствах (которые также по своей природе являются процессуальными), являются неуместными. Истцы имеют право на основании контракта на получение информации, указанной в Соглашении»³¹.

Что же касается возможных возражений против требований, заявляемых на процессуальных основаниях, их примерный перечень определяется в ст. 9 Правил МАЮ о доказательствах («Допустимость и оценка доказательств»). Так, в соответствии с данной нормой Правил, состав арбитража по ходатайству стороны или по своей инициативе исключает из доказательств или подлежащих предоставлению документов любой документ, заявление, устные показания или протокол осмотра по одному из следующих оснований:

- (а) отсутствие достаточной относимости к рассматриваемому делу или существенности для его разрешения;

³⁰ Scherer M., *The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights*, Int. A.L.R., 2010, Issue 5. PP. 195, 196–197.

³¹ Там же.

- (b) юридический запрет или привилегии в силу правовых или этических норм, которые состав арбитража сочтет применимыми;
- (c) чрезмерная обременительность предоставления запрашиваемого доказательства;
- (d) представлено достаточно информации для того, чтобы с разумной долей вероятности предположить, что документ был утрачен или уничтожен;
- (e) основания коммерческой или технической конфиденциальности, которые состав арбитража сочтет превалирующими;
- (f) факторы особого политического или институционального значения (включая доказательства, классифицируемые как государственная тайна или тайна международной организации), которые состав арбитража сочтет превалирующими; или
- (g) соображения процессуальной экономии, пропорциональности, справедливости и равенства сторон, которыми состав арбитража сочтет необходимым руководствоваться.

Поскольку перечень, предусмотренный в ст. 9 Правил МАЮ о доказательствах, не является исчерпывающим³², сторона, к которой обращено соответствующее требование, может заявлять и другие процессуальные возражения, например, о несоответствии требования формальным условиям его предъявления или о том, что некоторые из заявлений, содержащихся в требовании

³² *Zuberbühler T. et al.*, IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2012).P. 171.

(например, о доступности доказательств), не соответствуют действительности³³.

VI. Форма заявления требований о предоставлении доказательств

Принимая во внимание отсутствие единообразных критериев для оценки требований, базирующихся на материально-правовых основаниях, неудивительно, что арбитражная практика не выработала какой-либо единой формы для их предъявления. Напротив, с учетом существования единообразных критериев для оценки требований, базирующихся на процессуальных основаниях, и возражений против этих требований, установленных Правилами МАЮ о доказательствах, на практике подобные требования обычно представляются в форме так называемой «Таблицы Редферна» (*Redfern Schedule*)³⁴.

Таблица Редферна состоит из четырех колонок. Первая колонка содержит перечень требуемых документов. Вторая приводит обоснование требования заявляющей его стороной (включая обоснование того, что запрашиваемые документы или их категории являются «относимыми к делу» и «существенными для его разрешения»). Третья колонка приводит возражения против требования о предоставлении документов, выдвигаемые стороной, к которой обращено данное требование (например, отсутствие достаточной относимости к рассматриваемому делу или ответственности для его разрешения, наличие юридического запрета или привилегии в силу правовых или этических норм или другие

³³ Там же.

³⁴ *Hanotiau B.*, Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of “Best Practices”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Document Production in International Arbitration – 2006 Special Supplement. P. 116; *Zuberbühler T. et al.*, IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2012). P. 49 (sec. 102).

возражения). Наконец, четвертая колонка оставляется незаполненной для того, чтобы состав арбитража мог внести туда свое решение по заявленному требованию³⁵.

VII. Объем раскрытия доказательств

Практическим следствием существующих различий между двумя категориями требований является различный объем раскрываемых доказательств, на который может претендовать заявляющая их сторона. Если сторона намеревается получить доказательства на процессуальных основаниях, согласно Правилам МАЮ о доказательствах, она может требовать предоставления индивидуально-определенных документов или конкретной узкой категории запрашиваемых документов, существование которых можно обоснованно предполагать³⁶. Соответственно, на практике состав арбитража обычно удовлетворяет требования о предоставлении конкретных категорий документов в том случае, если они точно сформулированы с целью получения документов, относящихся к делу³⁷.

Напротив, в зависимости от характера материального права стороны на получение информации, предусмотренного договором или применимым правом, объем доказательств, раскрываемых по требованию стороны, базирующемуся на этом праве, может выходить далеко за рамки индивидуальных документов или «конкретной узкой категории запрашиваемых документов», о которых идет речь в Правилах МАЮ о доказательствах³⁸. Так, в одном арбитражном разбирательстве, проводимом в Швейцарии

³⁵ Там же.

³⁶ Правила МАЮ о доказательствах, ст. 3 (3) (a).

³⁷ *Kaufmann-Kohler G., Bärtsch P.*, Discovery in international arbitration: How much is too much? SchiedsVZ (German Arb. J.), 2004. Vol. 1. P. 18.

³⁸ Правила МАЮ о доказательствах, ст. 3 (3) (a).

в соответствии с Арбитражным Регламентом МТП по спору на сумму в несколько сотен миллионов долларов США, его сторона заявила о наличии у нее, как у участника совместного предприятия, основанного на контракте права изучать документы, находящиеся в распоряжении другого участника этого предприятия³⁹. Рассматривающие спор арбитры, основываясь на Арбитражном Регламенте и этом заявлении стороны, приняли предписание о предоставлении документов. В результате этого предписания, сторона, требующая предоставления документов, получила возможность изучить 18 тысяч страниц документов, из которых она потребовала скопировать 5 тысяч документов для своего использования. В другом арбитражном разбирательстве в соответствии с Арбитражным Регламентом МТП, связанном с ответственностью за недостижение заводом показателей производства, предусмотренных в контракте, согласие сторон на предоставление документов, соответствующих категориям, указанным в требовании (и, если необходимо, подлежащих подтверждению предписаниями суда), привело к предоставлению каждой стороной полной комнаты документов⁴⁰.

Более того, в зависимости от характера взаимоотношений сторон, сторона, заявляющая требование о раскрытии доказательств на материально-правовых основаниях, может требовать предоставления не только существующих документов, но и информации, которая на момент заявления требования не представлена в форме отдельного документа. Наличие у стороны подобной возможности можно проиллюстрировать на примере решения арбитража, проводимого в соответствии с правилами Торговой Палаты Цюриха и ставшего впоследствии

³⁹ *Craig W., Park W., Paulsson J.*, International Chamber of Commerce Arbitration (3rd ed., 2000). P. 450.

⁴⁰ Там же.

предметом рассмотрения Верховного Суда Швейцарии⁴¹. Рассматривая спор, вытекающий из агентского договора, единоличный арбитр вынес частичное решение и предписал ответчику предоставить ему и истцу подробный перечень, надлежащим образом подписанный ответчиком, показывающий все продажи или экономически эквивалентные сделки (такие как договоры лизинга), заключенные ответчиком или любой из его дочерних компаний и/или любой компанией, находящейся в собственности или контролируемой Y. Group, на территории Саудовской Аравии, Объединенных Арабских Эмиратов, Омана, Катара, Бахрейна и Кувейта в период с 1 января 2002 г. по 13 декабря 2004 г., и на территории Ирана с 1 января 2002 г. по 6 апреля 2006 г., в отношении: (i) продуктов, произведенных ответчиком, или (ii) в той мере, в которой они были выпущены другим производителем, продуктов идентичных или сходных по своей функции и дизайну с продуктами, ранее производимыми ответчиком⁴².

VIII. Время заявления и рассмотрения требований о предоставлении доказательств

Наличие у стороны самостоятельного права на получение информации, предоставляемого ей договором или применимым правом, позволяет ей обратиться к другой стороне с соответствующим требованием еще до начала арбитражного разбирательства по существу основного спора. Более того, в случае отказа своего оппонента предоставить запрашиваемую информацию добровольно, нуждающаяся в ней сторона может инициировать по данному вопросу самостоятельное арбитражное

⁴¹ Решение No. 4A_2/2007 Верховного Суда Швейцарии по делу *X. GmbH (Germany) v. A (Iran/Switzerland)*, от 28.03.2007, Bulletin ASA, 2007. Vol. 25. No. 3. PP. 610–617.

⁴² Там же.

разбирательство. Тем не менее, с точки зрения экономии времени и средств, оказавшейся в подобной ситуации стороне может быть предпочтительнее постараться получить данную информацию при помощи материально-правового требования о раскрытии доказательств, предъявляемого в рамках основного арбитражного разбирательства. Именно поэтому, хотя с теоретической точки зрения, процессуальные требования о предоставлении доказательств могут быть заявлены исключительно в рамках арбитражного разбирательства по существу основного спора, с практической точки зрения разница между временем заявления обеих категорий требований является не столь значительной.

Что же касается конкретного момента заявления требований о предоставлении доказательств в рамках начатого разбирательства, стороны могут предъявить подобные требования друг к другу в любой момент рассмотрения дела и без обращения к составу арбитража⁴³. Тем не менее, если процессуальный оппонент отказывается добровольно исполнить предъявленное к нему требование, состав арбитража будет рассматривать обращение о принудительном раскрытии доказательств, как правило, не ранее представления сторонами искового заявления (*Statement of Claims*) и отзыва на исковое заявление (*Statement of Defense*), соответственно⁴⁴. Вместе с тем практике известны и другие случаи, когда состав арбитража устанавливал поэтапное раскрытие доказательств, позволяющее ответчику

⁴³ Hanotiau B., Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of “Best Practices”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Document Production in International Arbitration – 2006 Special Supplement. P. 118.

⁴⁴ Born G.B., International Commercial Arbitration, vol. II (2009), p. 1900; Hanotiau B., Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of “Best Practices”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Document Production in International Arbitration – 2006 Special Supplement. P. 115.

потребовать от истца предоставления определенных доказательств непосредственно после подачи им искового заявления⁴⁵.

IX. Процессуальные формы вынесения составом арбитража решения по заявленным требованиям

Анализ арбитражной практики показывает, что, вне зависимости от основания заявляемого требования о раскрытии доказательств, по результатам его рассмотрения, в принципе, может быть вынесено как промежуточное решение (*partial award*)⁴⁶, так и процессуальное постановление (*procedural order*)⁴⁷. Так, рассматривая требования, базирующиеся на материально-правовых основаниях, состав арбитража может посчитать более предпочтительным вынесение по данному вопросу именно промежуточного решения, поскольку заявленное требование, по своему существу, не является процессуальным⁴⁸. Достоинством такого подхода является также возможность принудительного исполнения принятого решения в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией о признании и принудительном исполнении иностранных арбитражных решений 1958 года⁴⁹.

Примером подобного подхода является решение по спору между компанией из США и несколькими юридическими и физическими

⁴⁵ *O'Malley N.D.*, Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide (2012). P. 33.

⁴⁶ *Scherer M.*, The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights, Int. A.L.R., 2010, Issue 5. PP. 195, 197.

⁴⁷ *O'Malley N.D.*, Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide (2012). P. 100.

⁴⁸ Там же.

⁴⁹ *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll S.M.*, Comparative International Commercial Arbitration (2003). P. 569; *Webster T.H.*, Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration, Arb. Int., 2001. Vol. 17. No. 1. PP. 41, 56.

лицами из Мексики, вытекающему из соглашения акционеров, вынесенное в 1998 г. составом арбитража, действующим в соответствии с Арбитражным Регламентом МТП⁵⁰. Рассмотрев требование истца о раскрытии доказательств, состав арбитража постановил обязать ответчика и лиц, заявляющих встречные требования, предоставить: (i) копии всех документов, поданных в ходе обычной деятельности в государственные органы ответчиком, лицами, заявляющими встречные требования, и их дочерними компаниями, а также любого публично распространяемого материала, относящегося к этим лицам; (ii) ежемесячные операционные и финансовые отчеты ответчика, лиц, заявляющих встречные требования, и их дочерних компаний; и (iii) не позднее, чем за 20 дней до закрытия любой предполагаемой покупки, продажи, обмена, рефинансирования или любой другой сделки, выходящей за рамки обычной деятельности, отчет: (1) раскрывающий условия сделки; (2) любые прошлые или настоящие взаимоотношения между любыми из сторон предполагаемой сделки; (3) детальный отчет о любом предполагаемом использовании средств; и (4) копии всех документов, показывающих основу любой оценки, используемой в сделке⁵¹.

С другой стороны, состав арбитража может принять свое решение в форме процессуального постановления, посчитав, что такое постановление создаст меньше помех для арбитражного разбирательства⁵². Кроме того, состав арбитража может посчитать, что на данной стадии процесса он пока еще не в состоянии определить объем материальных прав стороны на получение

⁵⁰ ICC case No. 8879, Interim Award (1998), ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2000. Vol. 11. No. 1, PP. 84–91.

⁵¹ Там же.

⁵² *O'Malley N.D.*, Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide (2012). P. 100.

информации от противоположной стороны⁵³. Именно это произошло при рассмотрении спора, вытекающего из договора об оказании консультационных услуг, составом арбитража *ad hoc*, действующим в соответствии с арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ⁵⁴.

Обе стороны данного спора требовали друг от друга выплаты вознаграждения за контракты, которые, как утверждалось, другая сторона заключила с третьими лицами. В качестве вопроса предварительного характера, обе стороны потребовали предоставления документов, относящихся к этим предполагаемым контрактам и полученным по ним платежам. Договор об оказании консультационных услуг действительно предусматривал права сторон на получение информации от противоположной стороны о контрактах, заключенных с третьими лицами. При этом некоторые стороны спора, от которых требовалось предоставление документов, оспаривали компетенцию арбитража, ссылаясь на то, что они не подписали арбитражное соглашение⁵⁵.

Рассмотрев заявленные требования о предоставлении документов, состав арбитража пришел к выводу о невозможности на данной стадии разбирательства принять решение по вопросам, относящимся к существу спора, в частности, являлись ли его стороны связанными условиями определенного договора, или охватывались ли его действием какие-либо другие контракты. Состав арбитража мог оценить лишь процессуальные права сторон на получение документов, которые могли находиться в файлах сторон, а также вопрос о том, являлись ли запрашиваемые документы *prima facie* относимыми к разрешению спора,

⁵³ Scherer M., The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights. PP. 198–200.

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ Там же.

не превосходящая при этом своего окончательного решения. Соответственно, состав арбитража удовлетворил требования о предоставлении документов, базируя свое решение на процессуальных основаниях⁵⁶.

Рассматривая требования о раскрытии доказательств, базирующиеся на процессуальных основаниях, состав арбитража обычно выносит свое решение в форме процессуального постановления⁵⁷. Среди возможных примеров подобного подхода можно назвать процедурное постановление, вынесенное составом арбитража, действующими по Арбитражному Регламенту МТП, по спору между компаниями из Мексики и США⁵⁸, по спору между датской и швейцарской компаниями, с одной стороны, и датской компанией и гражданином, с другой стороны⁵⁹, а также по спору между французским гражданином и сингапурской компанией⁶⁰. В то же время из практики можно почерпнуть и противоположные примеры, когда состав арбитража выносил свое решение по требованиям о предоставлении доказательств, базирующимся на процессуальных основаниях, в форме промежуточного решения⁶¹.

⁵⁶ Там же.

⁵⁷ *Zuberbühler T. et al.*, IBA Rules of Evidence. Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2012). P. 66 (sec. 183).

⁵⁸ ICC Case 12296, Procedural Order of 21.06.2004, Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunal acting under the ICC Rules of Arbitration (2003–2004), ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2010 Special Supplement. PP. 45–47.

⁵⁹ ICC Case 13046, Procedural Order of 19.05.2004, Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunal acting under the ICC Rules of Arbitration (2003–2004). PP. 89–94.

⁶⁰ ICC Case 13225, Procedural Order of 8.10.2004, Decisions on ICC Arbitration Procedure: A Selection of Procedural Orders issued by Arbitral Tribunal acting under the ICC Rules of Arbitration (2003–2004). PP. 97–99.

⁶¹ *Scherer M.*, The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights, Int. A.L.R., 2010, Issue 5. PP. 195, 197 (цитируя пункт 7 решения состава арбитража, действующего в соответствии со Швейцарским Регламентом Международного Арбитража);

Х. Процессуальные и материально-правовые основания: взаимоисключаемость или взаимодополняемость?

Сравнительный анализ требований о раскрытии доказательств, базирующихся на материально-правовых и процессуальных основаниях, позволяет сделать вывод о том, что эти две категории требований не являются взаимоисключающими, а могут рассматриваться как дополняющие друг друга. В то же время наличие возможности одновременного заявления обоих требований в рамках одного арбитражного разбирательства, делает необходимым глубокий анализ предоставляемых ими возможностей и их соотнесение с ожидаемым результатом от их использования.

В качестве первого этапа подобного анализа заинтересованной стороне имеет смысл произвести критическую оценку доказательственной базы, уже имеющейся у нее в наличии. Такую оценку целесообразно производить с точки зрения тех фактических обстоятельств, которые данной стороне необходимо обосновать для удовлетворения своих или для защиты от чужих требований. Соответственно, результатом первого этапа анализа может стать составление перечня недостающих доказательств, например, в виде таблицы.

Учитывая, что требования, базирующиеся на материально-правовых основаниях, способны, в принципе, обеспечить больший объем раскрытия информации, чем требования, базирующиеся

Статья 26 (2) Швейцарского Регламента Международного Арбитража 2012 г. («Швейцарский Регламент») («Обеспечительные меры могут приниматься в форме промежуточного решения»), с текстом на русском языке можно ознакомиться здесь: https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_russian_2012.pdf (последнее посещение – 26 февраля 2014 г.).

на процессуальных основаниях, в ходе второго этапа анализа заинтересованной стороне целесообразно выяснить, имеется ли у нее право на получение информации в силу договора сторон или непосредственно на основании применимого права. Особое значение данный этап анализа приобретает в ситуации, когда сторона будущего арбитражного разбирательства неожиданно для себя сталкивается с нарушением своих материальных прав, но пока еще не обладает достаточным знанием фактических обстоятельств дела, поскольку данное нарушение имело место «у нее за спиной». Одним из возможных примеров подобной ситуации являются прямые продажи принципалом по эксклюзивному агентскому договору товаров покупателям, находящимся на территории, в отношении которой агент обладает правом эксклюзивности. Соответственно, результатом второго этапа анализа может стать определение наличия или отсутствия у заинтересованной стороны материального права на получение информации от своего оппонента.

Если сторона пришла к выводу о наличии у нее материального права на получение информации, в ходе третьего этапа анализа ей целесообразно рассмотреть, следует ли заявлять соответствующее требование самостоятельно или одновременно с требованием о раскрытии доказательств, базирующимся на процессуальных основаниях. Хотя решение об объединении или разделении требований во многом зависит от конкретных обстоятельств дела, с точки зрения скорости рассмотрения спора и процессуальной экономии их одновременное заявление в рамках возникшего спора представляется предпочтительным. В то же время в литературе было высказано мнение о целесообразности самостоятельного заявления требований, базирующихся на материально-правовых основаниях, что должно позволить составу арбитража принять по данному вопросу решение сразу же после установления собственной компетенции

в отношении возникшего спора⁶². Вместе с тем в случае предъявления такого требования всегда существует вероятность, что состав арбитража посчитает необходимым предоставить противоположной стороне возможность полностью изложить свои материально-правовые возражения, включая использование свидетельских показаний. Именно поэтому, рассматривая вопрос о целесообразности использования такого подхода, стороне вместе с тем следует избегать излишних ожиданий в плане возможности быстрого достижения ожидаемого результата.

Наконец, в ходе четвертого этапа анализа заинтересованной стороне целесообразно определить конкретное время предъявления требований в рамках арбитражного разбирательства. Хотя выбор времени для заявления требований зависит от конкретных обстоятельств дела, с точки зрения скорости рассмотрения дела, требования о раскрытии доказательств, по общему правилу, целесообразно заявлять на самой ранней стадии разбирательства, например, вместе с подачей искового заявления (*Statement of Claims*)⁶³ или даже раньше — вместе с подачей заявления об арбитраже (*Notice of Arbitration*)⁶⁴. Более того, требование о предоставлении доказательств, базирующееся на материально-правовых основаниях, целесообразно предъявить напрямую к будущему процессуальному оппоненту еще до начала арбитражного разбирательства. В этом случае возможное согласие адресата требования предоставить запрашиваемую информацию не только позволяет сэкономить время в ходе будущего разбирательства, но может также предоставить сторонам

⁶² Webster T.H., *Obtaining Documents from Adverse Parties in International Arbitration*, Arb. Int., 2001. Vol. 17. No. 1. PP. 41, 56.

⁶³ Derains Y., *Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals — A Continental Viewpoint*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Document Production in International Arbitration — 2006 Special Supplement. PP. 83, 88. См., например, Швейцарский Регламент, ст. 18.

⁶⁴ См., например, Арбитражный Регламент МТП, ст. 4; Швейцарский Регламент, ст. 3.

дополнительную возможность обсудить свои разногласия и попытаться «полюбовно» урегулировать возникший спор. Если же адресат требования откажется предоставить запрашиваемую информацию, заинтересованная сторона сможет использовать этот отказ в ходе последующего арбитражного разбирательства в качестве подтверждения невозможности получения этих доказательств.

XI. Заключение

Требования о раскрытии доказательств, основывающихся на материально-правовых и процессуальных основаниях, могут являться мощным инструментом достижения стороной арбитражного разбирательства благоприятного исхода спора. Вместе с тем предпосылкой эффективного использования этого инструмента является четкое понимание возможностей, предоставляемых обеими категориями требований, а также соотнесение этих возможностей с доказательственной базой, уже имеющейся в наличии у стороны, рассматривающей их использование.

А. А. Ягельницкий,

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

О. Д. Петроль, магистр юриспруденции (РШЧП), сопредседатель РАА40

СОГЛАШЕНИЯ ОБ ОТКАЗЕ ОТ ПРАВА НА ОСПАРИВАНИЕ РЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

Введение

Проблема отказа от права на оспаривание арбитражного решения¹ затрагивает пласт фундаментальных проблем международного частного права. Арбитражное соглашение само по себе означает, что стороны отказываются от применения к их отношениям процессуальных положений, регулирующих производство в государственных судах, в частности, от ряда процессуальных гарантий. Если же арбитражная оговорка сопровождается попыткой сторон исключить право оспаривания арбитражного решения, получается, как отмечают комментаторы, отказ от права второго уровня – стороны отказываются не только от юрисдикции национального суда, но и от минимальных гарантий

¹ В англоязычной литературе для обозначения этого права используются словосочетания «waiver of annulment right», «waiver of the right to set aside / challenge the arbitral award» и др., в настоящей статье будет использоваться словосочетание «отказ от права на оспаривание арбитражного решения».

контроля государственного суда по месту вынесения решения за арбитражным решением².

Проблематика отказа от права на оспаривание решения международного коммерческого арбитража подробно рассмотрена в статье А. В. Асоскова, вышедшей в 2013 г³. В настоящей статье развиваются идеи, предложенные указанным автором. Сначала рассматривается решение вопроса в иностранных право порядках, затем анализируется судебная практика российских судов, после чего обсуждаются вопросы, связанные с подходом российских судов.

1. Позиции право порядков

Швейцария. Рассмотрение вопроса о возможности отказа от права на оспаривание арбитражного решения целесообразно начать с анализа швейцарского регулирования, поскольку, как отмечается в литературе, большинство право порядков, последовавших идее возможности отказа от права на оспаривание, построены по швейцарской модели⁴. Статья 192 Закона о международном частном праве устанавливает:

«1. Если ни одна из сторон не домицилирована, не имеет постоянное место жительства или коммерческое предприятие в Швейцарии, стороны могут посредством прямого

² *Guglya L.*, Waiver of Annulment Action in Arbitration: Progressive Development Globally, Realities in and Perspectives for the Russian Federation (Different Beds – Similar Dreams? // *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, 2012. Vol. 2. PP. 81–105 (available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2260561).

³ *Асосков А. В.* Допустимость соглашений об исключении оспаривания решений международного коммерческого арбитража, вынесенных на территории России // *Liber amicorum в честь 50-летия А. Н. Жильцова.* / Сост. и науч. ред. А. И. Муранов, В. В. Плеханов. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 1–20.

⁴ *Guglya L.*, *Op. cit.*

указания в арбитражном соглашении или посредством последующего письменного соглашения отказаться полностью от иска об отмене или ограничить этот иск одними или несколькими основаниями, перечисленными в ст. 190 (2).

2. Если стороны отказались от иска об отмене арбитражных решений, и если решения подлежат принудительному исполнению в Швейцарии, Нью-Йоркская конвенция от 10 июня 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений применяется по аналогии».

Верховный Суд Швейцарии длительное время придерживался ограничительного толкования ст. 192 (1) Закона о МЧП. Верховный Суд высказывал позицию, в соответствии с которой решение сторон отказаться от права на оспаривание арбитражного решения должно быть выражено явно, способом, исключающим любые сомнения о намерении сторон; стандарт ясности был установлен высокий. В нескольких делах были признаны недостаточными для действительного отказа от права на оспаривание арбитражного решения выражения о том, что исключается обжалование в государственные суды; что решение арбитров является окончательным; что право на обжалование отсутствует; что решение является обязательным. Ссылка на арбитражные правила, содержащие положения об окончательности разрешения спора судом, также не признавалась действительным отказом от права на обжалование. Верховный Суд отмечал, что для формирования действительного соглашения об отказе от права на обжалование арбитражного решения сторонам надлежит предусмотреть, что они отказываются именно от того средства защиты, которое предусмотрено ст. 190 и 192 Закона о МЧП⁵.

⁵ *Krausz N., Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6 // Journal of International Arbitration. 2011. Vol. 28 (2). P. 140.*

Впервые Верховный Суд Швейцарии усмотрел действительный отказ от права на оспаривание арбитражного решения в 2005 г. В арбитражном соглашении в этом деле содержалось положение, согласно которому все решения арбитров будут окончательными и обязательными для сторон, которые исключают все и любые средства обжалования решений, поскольку такое исключение может быть действительным. Суд указал, что ранее высказанная позиция о необходимости ясного исключения средств защиты, предоставленных ст. 190 и 192 Закона о МЧП, не должна пониматься буквально, а явный отказ сторон от всех доступных средств обжалования отвечает стандарту, заданному ранее практикой Верховного Суда Швейцарии⁶.

В решении 2005 г. Верховный Суд Швейцарии отклонил ссылку заявителя на то, что арбитражное решение противоречит публичному порядку, поскольку соглашение об отказе от права на оспаривание, как оно было истолковано судом, предусматривало отказ от права на оспаривание арбитражного решения и по этому основанию⁷.

В последующем Верховный Суд Швейцарии продолжил придерживаться более мягкого стандарта ясности соглашения об исключении права на оспаривание арбитражного решения по сравнению с жесткими требованиями, применявшимися до 2004 г., признав в ряде случаев отказ от права на оспаривание арбитражного решения действительным⁸.

⁶ *Jermi C., Arroyo M.*, Pitfalls of Waiver Agreements under Article 192 PILS in Multi-Contract Settings: Some Remarks on Swiss Federal Court Decision 134 III 260 // *ASA Bulletin*. 2009. Vol. 27 (1). P. 110.

⁷ *Besson S.*, Observation – Tribunal fédéral Suisse, 13 septembre 2004, Tribunal fédéral Suisse, 4 février 2005 // *Revue de l'Arbitrage (Comité Français de l'Arbitrage)*. 2005. Vol. 2005 (4). PP. 1079–1080.

⁸ Подробнее см.: *Lévy L., Bersheda T.*, Recent Swiss Developments on Exclusion Agreements // *Stockholm international arbitration review*. 2008. Vol. 3. P. 81–82.

Франция. Вплоть до 2011 г. во Франции считалось, что основания отмены арбитражного решения представляют собой минимальный стандарт судейского контроля за третейскими судами, поэтому сторонам не предоставлялось право исключать те или иные основания отмены⁹.

С 1 мая 2011 г. в силу вступила новая ст. 1522 Гражданского процессуального кодекса, согласно которой посредством специального соглашения стороны во всякое время могут прямо отказаться от права обжаловать арбитражное решение.

Особенностью регулирования вопроса во Франции по сравнению с Швейцарией является отсутствие ограничения по кругу лиц. Таким образом, лица, домицилированные, проживающие либо ведущие коммерческую деятельность во Франции, также имеют возможность отказаться от права обжалования арбитражного решения¹⁰.

По всей видимости, в настоящее время перед французскими судами еще не возникал вопрос о том, что понимается под «специальным соглашением»¹¹. Вероятнее всего, соответствующее положение арбитражных правил, например, регламента ИСС, об окончательности арбитражного решения не будет считаться «специальным соглашением» для целей ст. 1522 Гражданского процессуального кодекса.

⁹ *Berger K.P.*, The Modern Trend Towards Exclusion of Recourse Against Transnational Arbitral Awards: A European Perspective // *Fordham International Law Journal*. 1988. Vol. 12. P. 620. См. там же информацию о более раннем регулировании, аналогичном бельгийскому до 1986 г.

¹⁰ *Kirby J.*, Finality and Arbitral Rules: Saying an Award Is Final Does Not Necessarily Make It So // *Journal of International Arbitration*. 2012. Vol. 29 (1). P. 127.

¹¹ International Swaps and Derivatives Association Arbitration Guide, 09.2013, available at: http://www2.isda.org/attachment/NTg0NA==/ArbGuide_DraftPressRelease%20_Final.pdf; Kirby J. Op. cit. P. 128.

Бельгия. В 1985 г. в Бельгии было установлено правило, согласно которому бельгийские суды имели право рассматривать заявления об отмене арбитражного решения только в том случае, если хотя бы одна сторона спора являлась лицом, имеющим бельгийскую национальность или проживающим в Бельгии, либо юридическим лицом, учрежденным в Бельгии или имеющим зависимое лицо или филиал в Бельгии¹².

В 1998 г. это правило ст. 1717 (4) Судебного кодекса было заменено на диспозитивное: сторонам была предоставлена возможность посредством прямо выраженной декларации в арбитражном соглашении или в последующем соглашении договориться об исключении права на оспаривание. Ограничение по субъектам, которым предоставляется возможность исключить право обжалования арбитражного решения, сохранилось¹³.

Таким образом, сейчас регулирование возможности отказаться от права на обжалование арбитражного решения в Бельгии совпадает в общих чертах со швейцарским регулированием.

Швеция. С 1999 г. в Швеции действует ст. 51 Закона об арбитраже, согласно которой если ни одна из сторон не домицилирована и не имеет коммерческого предприятия в Швеции, стороны могут в своих коммерческих отношениях посредством явно выраженного письменного соглашения исключить или ограничить применение оснований отмены арбитражного решения, установленных далее в ст. 34; арбитражное решение, вынесенное в соответствии с таким соглашением, будет признаваться и приводиться в исполнение в Швеции в соответствии с правилами, применимыми

¹² Poudret J., Besson S., Comparative Law of international Commercial Arbitration. London, 2007. P. 785.

¹³ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., International Commercial Arbitration. The Hague, 1999. P. 911.

к иностранным арбитражным решениям¹⁴. Идея о том, что шведский суд не должен пересматривать арбитражное решение, если единственное, что связывает арбитражный процесс и Швецию — это место проведения арбитража, была высказана шведским Верховным Судом *obiter dictum* еще в 1989 г¹⁵. Таким образом, регулирование вопроса отмены арбитражных решений в Швеции в основном совпадает со швейцарским вариантом.

Вместе с тем в Швеции различаются две группы оснований оспаривания арбитражного решения. Статья 34 устанавливает основания, по которым государственный суд может отменить решение арбитров, такие как выход арбитров за пределы полномочий, процессуальные нарушения при рассмотрении дела. В ст. 33 устанавливаются основания ничтожности арбитражного решения: неарбитрабельность спора, нарушение публичного порядка и нарушение требований к письменной форме и подписанию решения арбитрами. Статья 51 предусматривает право сторон отказаться от оспаривания арбитражных решений по основаниям, перечисленным в ст. 34, но не по перечисленным в ст. 33¹⁶. Таким образом, право требовать признания решения недействительным в связи с нарушением публичного порядка не может быть устранено соглашением сторон.

США. Основной прецедент, который обсуждается в Соединенных Штатах в связи с изменением сторонами оснований отмены арбитражного решения — дело Верховного Суда *Hall Street Associates*

¹⁴ *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.*, International Commercial Arbitration. The Hague, 1999. P. 912; *Guglya L.*, Op. cit.

¹⁵ Sweden No. 3, Solel Boneh International Ltd., Water Resources Development (International) Ltd. v. The Republic of Uganda, the National Housing and Construction Corporation of Uganda, Supreme Court, SÖ 203, 18 April 1989 // Yearbook Commercial Arbitration. 1991. Vol. XVI / Ed. by A.J. van den Berg. PP. 606–611.

¹⁶ *Зыков Р.О.* Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М.: Статут, 2014. П. 11.9.

*v. Mattel Inc*¹⁷. В этом деле стороны внутреннего третейского разбирательства предприняли попытку расширить круг оснований для оспаривания арбитражного решения по сравнению с тем, как это было определено в Федеральном законе об арбитраже (FAA). Верховный Суд признал, что расширение круга оснований для отмены арбитражного решения недопустимо, отметив, среди прочего, что противоположный подход превратит арбитраж из неформального способа разрешения споров в одну лишь прелюдию к затратному процессу судебного пересмотра.

Применительно к ограничению круга оснований оспаривания арбитражного решения либо исключению права на оспаривание в литературе отмечается следующее интересное обстоятельство. Ввиду неопределенности в вопросе о том, как должен применяться Федеральный закон об арбитраже к решениям, вынесенным на территории США, но не являющимся внутренними третейскими решениями, возникла следующая ситуация: Апелляционный суд по второму округу допускает подачу заявления об отмене таких арбитражных решений, в то время как из позиции Апелляционного суда по одиннадцатому округу вытекает, что, поскольку такие решения являются иностранными, то к ним может применяться только процедура признания и приведения в исполнение, но не применяется процедура отмены. Таким образом, по мнению специалистов, если стороны выбирают место рассмотрения спора международным арбитражем, относящееся к юрисдикции одиннадцатого округа, это может привести к автоматическому отказу от права на отмену арбитражного решения¹⁸. Следовательно, если место арбитража оказывается

¹⁷ 128 S. Ct. 1396 (2008). Практику, предшествующую *Hall Street*, см. в *Ellis R. Imperfect Minimalism: Unanswered Questions in Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 128 S. Ct. 1396 (2008) // *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 2009. Vol. 32 (3). P. 187 fn. 4.

¹⁸ *Vaisanen T.*, *Incompetent Drafting and Complex Laws: Automatically Waiving Set-Aside of Foreign Arbitration Awards in the United States* // *Cornell International Law Journal*. 2012. Vol. 45 (3). Pp. 741–742.

в населенном пункте, входящем в состав одиннадцатого округа, вопрос о праве требовать отмены арбитражного решения — что может быть неожиданным для сторон — будет разрешаться так, как в Бельгии с 1985 г. до 1998 г.

В практике различных апелляционных окружных судов вопрос об отказе от права на оспаривание арбитражного решения по Федеральному закону об арбитраже, а равно об ограничениях такого оспаривания, решается различно; позиция Верховного Суда в настоящее время отсутствует¹⁹.

Канада. Позиция канадских судов в разных провинциях отличается, апелляционные суды и Верховный Суд Канады по исследуемому вопросу не высказывались²⁰. Два судебных решения по вопросу об отказе от возражения против права на оспаривание арбитражного решения подтверждают либеральный подход канадских судов. В деле *Noble China Inc. v. Lei*²¹ суд признал действительным пункт приложения к договору, согласно которому вопросы, которые подлежат арбитражу, не могут быть предметом судебного рассмотрения иначе как в порядке признания и приведения в исполнение арбитражного решения. Еще раньше, в деле *Food Services of America Inc. v. Pan Pacific Specialties Ltd*²². канадский суд признал допустимым отказ от права возражать против признания и приведения в исполнение арбитражного решения в силу положения канадского права, повторяющего ст. 36

¹⁹ Meriwether T. Limiting Judicial Review of Arbitral Awards under the Federal Arbitration Act: Striking the Right Balance // *Houston Law Review*. 2007. Vol. 44 (3). PP. 739–776. См. также: дела *Optimer International v. RP Bellevue LLC*, 2011 WL 116891 (Wash. 2011); *Kim-C1 LLC v. Valent Biosciences Corp.*, 2010 WL 4944638 (E.D. Cal. 2010). См. также: *Born G.*, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2009. P. 2665.

²⁰ *Harrison B., White E.*, Exclusion of arbitration appeal rights requires “final and binding” clause // *Lawyers Weekly*. 2008. Vol. 27. No. 44. PP. 1–2, 10.

²¹ (1998) 42 O.R. (3d) 69, 42 B.L.R. (2d) 262, 28 C.P.C. (4th) 30.

²² (1997) 32 B.C.L.R. (3d) 225.

Типового закона²³. Впрочем, в последнем деле суд исследовал все основания, по которым ответчик просил отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, и признал эти основания неубедительными, что, видимо, несколько снижает ценность вывода суда о возможности отказаться от права возражать против признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

В литературе отмечается, что возможность отказаться от права на оспаривание арбитражного решения закрепляется также в правопорядках *Мавритании, Перу, Туниса, Турции, Панамы*²⁴.

Иные правопорядки подходят к решению вопроса более сдержанно. В *Англии* выделяются две группы оснований, в связи с которыми сторона арбитражного разбирательства может обратиться в суд: выделяется ординарное основание обжалования — неправильное применение английского права, если оно подлежало применению; и экстраординарные основания, в частности, нарушение публичного порядка. Отказ от права на оспаривание допускается только в отношении ординарных оснований²⁵.

Прямо запрещен отказ от права на оспаривание в *Италии*. В *Германии* отказ от права на оспаривание арбитражного решения возможен, но только после того, как стороне станет известно о вынесенном решении и о наличии оснований для оспаривания²⁶.

²³ *Alvarez H.C.*, The Implementation of the New York Convention in Canada // Journal of International Arbitration. 2006. Vol. 25 (6). P. 678; *Leon B., Karim L.*, The Canadian Position: Can Parties to an Arbitration Agreement Vary the Statutory Scope of Judicial Review of The award? // ILSA Journal of International & Comparative Law. 2008. Vol. 14 (2). PP. 452–459.

²⁴ *Guglya L.*, Op. cit.

²⁵ *Born G.*, Op. cit. P. 2661; *Poudret J. – F., Besson S.*, Op. cit. P. 779.

²⁶ *Poudret J. – F., Besson S.*, Op. cit. P. 779.

2. Подход российских судов

В российском законодательстве отсутствует прямая норма, позволяющая сторонам отказаться от права на оспаривание арбитражного решения в порядке ст. 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» № 5338–1 от 7 июля 1993 г. (далее — закон о международном коммерческом арбитраже).

Вместе с тем, в Федеральном законе «О третейских судах» № 102-ФЗ от 24 июля 2002 г. (далее — Закон о третейских судах) имеется норма ст. 40: «Если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение третейского суда является окончательным, то решение третейского суда может быть оспорено участвующей в деле стороной путем подачи заявления об отмене решения в компетентный суд в течение трех месяцев со дня получения стороной, подавшей заявление, решения третейского суда».

Отсутствие в ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже прямого указания на возможность отступить от указанной нормы породило вопрос: может ли ст. 40 Закона о третейских судах применяться к международному коммерческому арбитражу?

Практика российских судов по рассматриваемому вопросу длительное время была противоречивой. В 2006 г. ФАС Московского округа признавал необоснованным прекращение производства по делу об отмене решения МКАС при ТПП РФ в связи с его окончательностью, ссылаясь на неприменимость нормы ст. 40 Закона о третейских судах к международному коммерческому арбитражу²⁷. Впервые противоположный вывод — о возможности отказа

²⁷ Постановление ФАС Московского округа от 11.05.2006 г. № КГ-А40/3197–06 по делу № А40–72235/05–23–621 (суд кассационной инстанции возвратил дело на новое рассмотрение не в связи с неправильным применением права, а в связи с тем, что

от права на оспаривание решения МКАС при ТПП посредством указания на окончательность — был признан в 2008 г. в деле Northern Linen²⁸. Этот вывод был в 2009 г. воспроизведен в деле ООО «Газпром Экспорт»²⁹. Эта практика не устоялась: в последующем ФАС Московского округа продолжил отменять определения Арбитражного суда г. Москвы о прекращении производства по делу в связи с окончательностью арбитражного решения³⁰.

суд первой инстанции ненадлежащим образом выяснил содержание российского права, упрекнув Арбитражный суд г. Москвы в следующем: «... суд не исследовал, предусмотрена ли нормами Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» возможность оспаривания решения Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в случае согласования сторонами условия об окончательности решения третейского суда»; аналогичная позиция: постановление ФАС Московского округа от 08.06.2006 г. № КГ-А40/3759-06 по делу № А40-82085/05-23-661. См. также: в иной процессуальной ситуации Постановление ФАС Московского округа от 13.03.2006 г. № КГ-А40/1446-06 по делу № А40-51575/05-40-425. Этот же подход воспроизведен в 2008 г.: постановление ФАС Московского округа от 26.02.2008 г. № КГ-А40/723-08 по делу № А40-54535/07-69-510.

²⁸ Постановление ФАС Московского округа от 25.09.2008 г. № КГ-А40/7843-08 по делу № А40-827/08-68-22; поддержано определением ВАС РФ от 22.12.2008 г. № 16125/08.

²⁹ Постановление ФАС Московского округа от 08.10.2009 г. № КГ-А40/9433-09 по делу № А40-5722/09-39-68, поддержано определением ВАС РФ от 29.12.2009 г. № ВАС-15525/09.

³⁰ Постановление ФАС Московского округа от 06.10.2011 г. по делу № А40-7186/11-50-55. Примечательно обоснование суда: «Закон «О международном коммерческом арбитраже» 1992–1993 года (статья 34) содержит норму о возможности обжалования любого решения этого арбитража и не содержит нормы о возможности заключения сторонами исключающего соглашения. В этой связи соглашение сторон договора об окончательности решения международного коммерческого арбитражного суда, как полагает кассационная инстанция, не означает, что сторона не может обратиться в арбитражный суд с заявлением об отмене такого решения в порядке статьи 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Принцип возможности обжалования решения международного коммерческого арбитражного суда соответствует и Типовому закону о международном торговом арбитраже, утвержденному резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1985 года (последняя редакция 2006 года). Нормы международного законодательства имеют приоритетный характер относительно норм внутреннего Российского права». См. также: *Асоков А. В.* Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 2–3.

В одном из определений судья Арбитражного суда г. Москвы, рассматривающий требование об отмене решения МКАС при ТПП РФ, поставив вопрос о соотношении положений ст. 40 Закона о третейских судах и ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже, привел следующее обоснование для прекращения производства по делу:

«Учитывая единую форму третейского разбирательства, должна действовать единая система гарантий процессуальных прав по отношению к возможности оспаривать решение третейского суда (арбитража) в случае, если воля сторон при заключении третейского соглашения была направлена на придание решению третейского суда характера окончательного решения.

Иной подход приведет к нарушению формального равенства процедур альтернативного рассмотрения споров»³¹.

Практика в пользу прекращения производства по делу окончательно сформировалась в 2013 г., когда ФАС Московского округа рассмотрел серию дел с участием ЗАО «Компания ТрансТелеКом» и ООО «Вега-Инжиниринг». По всем этим делам Арбитражный суд г. Москвы прекратил производство по делу, ссылаясь на окончательность решения МКАС при ТПП РФ в силу соглашения сторон об этом в арбитражной оговорке и соответствующего положения Регламента МКАС при ТПП РФ³². Кроме дел ООО «Вега Инжиниринг», в 2013 г. ФАС Московского округа рассмотрел три дела с различным составом участников, и по этим

³¹ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 25.04.2012 г. по делу № А40-12759/12-52-122.

³² Постановления ФАС Московского округа от 07.02.2013 г. по делу № А40-124999/12-50-1261, от 18.02.2013 г. по делу № А40-124996/12-143-588, от 12.03.2013 г. по делу № А40-125009/12-52-1162, от 18.03.2013 г. по делу № А40-125006/12-25-589, от 21.03.2013 г. по делу № А40-124997/12-25-588 (поддержано определением ВАС РФ от 10.06.2013 г. № ВАС-6353/13), от 27.03.2013 г. по делу № А40-126833/12-143-605.

делам пришел к выводу о законности прекращения производства по делу судом первой инстанции³³.

Значительное количество судебных актов позволяет сделать вывод о наличии устойчивой практики по данному вопросу как минимум на уровне ФАС Московского округа, что весьма важно с учетом того, что для подавляющего большинства проводимых на территории РФ международных арбитражей именно Москва является местом арбитражного разбирательства.

3. Некоторые проблемы, возникающие в связи с подходом российских судов

3.1. Предсказуемость решения, избранного российским правопорядком

Решение вопроса об исключении права на оспаривание арбитражных решений, выработанное российскими государственными судами, заслуживает поддержки. Поскольку отказ от права оспаривания является диспозитивным, стороны вольны самостоятельно распределить риски, с одной стороны, неожиданного поведения арбитров, с другой – риски, имманентные рассмотрению споров об отмене арбитражных решений в отечественных государственных судах. Вместе с тем возникают определенные сомнения в отношении арбитражных соглашений, заключенных до утверждения господствующей на настоящий момент практики.

Право на отказ от оспаривания решения международного коммерческого арбитража было сконструировано в РФ судами

³³ Постановление ФАС Московского округа от 13.12.2013 г. № Ф05–16476/2013 по делу № А40–111292/13–52–1035; от 25.06.2013 г. по делу № А40–173567/12–50–1732 (поддержано определением ВАС РФ от 02.09.2013 г. № ВАС–11366/13); от 16.09.2013 г. по делу № А40–44852/13–69–208.

исходя из положений Закона о третейских судах и Арбитражного процессуального кодекса РФ посредством толкования последнего, очевидно, *contra legem*³⁴. В этом проявляется отличие российского института права на оспаривание от его иностранных аналогов в правопорядках континентальной правовой семьи на уровне источников: если в Швейцарии, Франции, Бельгии, Швеции закрепление окончательности арбитражного решения происходило на уровне нормативного правового акта, то в России это стало возможным лишь благодаря толкованию закона, которое плохо совместимо с его буквальным текстом.

Как следует из имеющейся судебной практики, суды делают вывод о действительности соглашения об отказе от права на оспаривание арбитражных решений исходя из совокупности двух обстоятельств: выраженное в арбитражной оговорке указание на то, что решение является окончательным, и аналогичное положение соответствующего арбитражного регламента — как правило, МКАС при ТПП РФ³⁵.

Вместе с тем вызывает определенное сомнение, что стороны, формулировавшие условия арбитражной оговорки, в действительности имели в виду столь серьезное последствие, как отказ от государственного контроля по месту вынесения решения. До введения в действие Закона о третейских судах у сторон не было оснований полагать, что фраза об окончательности в арбитражном соглашении может повлечь столь серьезные последствия, как отказ от права на оспаривание арбитражного решения. В этом смысле показательно рассуждение юриста, который в 1994 г. следующим образом описывал эффект указания

³⁴ Асосков А.В. Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 5.

³⁵ Постановление ФАС Московского округа от 13.12.2013 г. № Ф05–16476/2013 по делу № А40–111292/13–52–1035; Асосков А.В. Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 14–15.

в арбитражной оговорке на окончательность арбитражного решения: *«Упоминание о том, что решение арбитража будет являться для сторон обязательным, излишне (...) В то же время указание на невозможность обжалования решения и его окончательный характер дисциплинирует стороны и поэтому желательно к включению в арбитражную оговорку»*³⁶.

Для доктрины и практики российского гражданского права до последнего времени был свойствен *«конвенциональный формально-атрибутивный метод квалификации диспозитивных норм»*, в соответствии с которым норма закона предполагалась императивной в отсутствие в самой норме указания на возможность ее изменения соглашением сторон³⁷. Вследствие этого аргументативная техника, позволяющая вывести право на отказ от оспаривания решения международного коммерческого арбитража из диспозитивности ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже, не была широко известна.

Таким образом, как представляется, разумно действующие участники внешнеэкономических отношений лишь в 2002 г. могли заподозрить, что фраза об окончательности арбитражного решения может привести к исключению контроля за арбитражным решением государственным судом по месту вынесения такого решения.

³⁶ Саушкин Д. В. Содержание арбитражной оговорки во внешнеэкономических контрактах // Правоведение. 1994. № 1. С. 90; видимо, похожая логика – даже после вступления в силу Закона о третейских судах: Фалькович М. С. Новое законодательство о третейских судах в России // Вестник ВАС РФ. 2003. № 9.

³⁷ Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. М.: Статут, 2012. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. Раздел 2, гл. 1, § 3. Отход от этой концепции знаменует постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 г. «О свободе договора и ее пределах».

Поэтому вызывает сомнение подход ФАС Московского округа, поддержанный коллегией судей Высшего Арбитражного Суда РФ, согласно которому заключенное в 1995 г. арбитражное соглашение, содержащее фразу «Решение арбитража является обязательным и окончательным для обеих Сторон», является достаточным основанием для отказа в рассмотрении по существу заявления об отмене арбитражного решения³⁸.

Более того, даже вступление в силу Закона о третейских судах не привело к формированию в российской доктрине господствующего мнения в пользу вывода о возможности исключения права на оспаривание в международном коммерческом арбитраже. Так, уже в 2011 г. В.В. Ярков отмечал, что ввиду фундаментальных различий между третейским судом и международным коммерческим арбитражем положение ст. 40 Закона о третейских судах, устанавливающее последствия указания на окончательность решений третейского суда, не может применяться к международному коммерческому арбитражу³⁹.

³⁸ Постановление ФАС Московского округа от 08.10.2009 г. № КГ-А40/9433-09 по делу № А40-5722/09-39-68 и определение ВАС РФ от 29.12.2009 г. № ВАС-15525/09 по тому же делу.

³⁹ Ярков В.В. Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей и третейских судов (отдельные вопросы) // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова / под ред. С.С. Алексеева. М., 2011; Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). 3-е изд. / под ред. В.В. Яркова. М.: Инфотропик Медиа, 2011 (комментарий к ст. 230, п. 5. Автор комментария В.В. Ярков). Впрочем, Е.В. Кудрявцева еще в 2003 г. высказывала противоположное мнение: «оспаривание недопустимо, если третейским соглашением предусмотрено, что «решение третейского суда является окончательным» (ст. 40 Закона 2002 г.). Хотя такой нормы ч. 1 ст. 34 Закона 1993 г. не содержит, ничто не мешает сторонам включить подобного рода условия в текст арбитражной оговорки» (Научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.М. Жуйкова, В.К. Пучинского, М.К. Треушникова. М., 2003. (комментарий к ст. 418).

Б.Р. Карабельников, поддерживая введение возможности отказа от права на оспаривание арбитражного решения *de lege ferenda*, с точки зрения *de lege lata* по состоянию на 2012 г. оценивает как правильную ранее господствовавшую практику, допускающую отказ от права на оспаривание лишь решений внутренних третейских судов⁴⁰.

Также вызывает определенное сомнение и сформировавшаяся в государственных арбитражных судах практика ссылки на положение параграфа 44 Регламента МКАС при ТПП РФ 2005 г., согласно которому арбитражное решение является окончательным и обязательным для сторон с даты его вынесения. Даже не учитывая, что фраза в указанном параграфе Регламента не прошла бы, например, тест, установленный Верховным Судом Швейцарии, важно, на наш взгляд, отметить следующее. Государственные суды РФ исходят из правила о применении версии регламента, действующей на момент рассмотрения спора. Между тем ранее действующий регламент МКАС при ТПП РФ не содержал положения об окончательности арбитражного решения⁴¹. Положение новой версии Регламента об окончательности арбитражного решения — если допустить, что оно влечет исключение права оспаривания решения международного коммерческого арбитража — должно, на наш взгляд, рассматриваться как новое и неожиданное для сторон, вследствие чего включение сторонами арбитражной оговорки в пользу МКАС при ТПП РФ в период действия предыдущей версии Регламента МКАС при ТПП РФ не означает согласия сторон на изменения, произошедшие

⁴⁰ Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 256–257.

⁴¹ Зыкин И. С. Новый Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А. С. Комарова. М., 2007.

в новой редакции этого Регламента⁴². Между тем как минимум в двух делах ФАС Московского округа, поддержанный в последующем коллегией судей ВАС РФ, применил новую версию Регламента МКАС при ТПП РФ для обоснования прекращения производства по делу об оспаривании решения несмотря на то, что на момент заключения арбитражного соглашения Регламент правило об окончательности не устанавливал⁴³.

В связи с изложенным можно сделать вывод: если арбитражное соглашение было заключено до 2002 г., когда вступил в силу Закон о третейских судах, к соглашению об окончательности арбитражного решения должны предъявляться более жесткие требования. Сама по себе фраза об окончательности и обязательности арбитражного решения в соглашениях, заключенных в этот период, не должна исключать право на заявление об отмене арбитражного решения. Однако если стороны предугадали последующее изменение арбитражной практики и ясно указали, что они имеют в виду именно исключение права на оспаривание решения по месту третейского разбирательства, нет, видимо, причин не признавать юридическую силу такого соглашения. Если же окончательность арбитражного решения вытекает из арбитражного регламента, включенного в арбитражную оговорку посредством отсылки, то государственному суду надлежит удостовериться, что условие об окончательности арбитражного

⁴² Подробнее см.: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Действие арбитражных регламентов во времени // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1 / под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 168; Scherer M., Acceleration of Arbitration Proceedings – the Swiss Way: The expedited Procedure under the Swiss Rules of International Arbitration // Zeitschrift für Schiedsverfahren. Heft 5. September/Oktober 2005. P. 231.

⁴³ Постановление ФАС Московского округа от 25.09.2008 г. № КГ-А40/7843–08 по делу № А40–827/08–68–22 и определение ВАС РФ от 22.12.2008 г. № 16125/08 по тому же делу; постановление ФАС Московского округа от 08.10.2009 г. № КГ-А40/9433–09 по делу № А40–5722/09–39–68 и определение ВАС РФ от 29.12.2009 г. № ВАС-15525/09 по тому же делу.

решения имелось и в версии регламента, существовавшей на момент заключения арбитражной оговорки. Иное повлечет неожиданные для участников международных коммерческих споров последствия.

3.2. Комбинация положения арбитражного регламента и оговорки об окончательности решения

Как отмечает А.В. Асосков, в делах об оспаривании решений МКАС при ТПП РФ суды ссылались на два обстоятельства: во-первых, на фразу в арбитражном соглашении об окончательности решения; во-вторых, на соответствующее положение Регламента МКАС при ТПП РФ⁴⁴. При этом непонятно, насколько важным является каждое из указанных обстоятельств; в частности, непонятно, является ли достаточным указание на окончательность решения, сделанное в арбитражном регламенте, для вывода об отказе от права на оспаривание.

А.В. Асосков приходит к выводу, что для действительного отказа от права на оспаривание необходимо указание на окончательность в самом тексте арбитражной оговорки, а не только в арбитражном регламенте. Указанный вывод делается на основании двух аргументов: во-первых, анализируются доктринальные подходы к толкованию положения ст. 40 Закона о третейских судах, в соответствии с которыми одного лишь указания в арбитражном регламенте недостаточно для эффективного отказа от права на оспаривание; во-вторых, при анализе рассмотренных ФАС Московского округа дел об оспаривании решений МКАС при ТПП РФ отмечается определенная закономерность — во всех этих делах суд отметил и положение регламента, и положение арбитражной оговорки⁴⁵. В качестве дополнительно-

⁴⁴ Асосков А.В. Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 14–15.

⁴⁵ Надо отметить, что эта закономерность пока не нарушена: в принятом уже после статьи А.В. Асоскова постановлении ФАС Московского округа, которым признано

го аргумента приведена позиция Верховного Суда Швейцарии, предъявляющего жесткие требования к соглашению об исключении оспаривания арбитражного решения.

Вместе с тем соображение, основанное на том, что суды, прекращая производство по делу, постоянно ссылались и на положение арбитражного регламента, и на закрепленное сторонами в арбитражной оговорке правило, на наш взгляд, может быть равновероятно вызвано двумя обстоятельствами: как тем, что ФАС Московского округа полагает необходимым наличие этих двух элементов в совокупности; так и тем, что в силу простого совпадения во всех рассмотренных делах наличествовали оба из этих обстоятельств, вследствие чего суд был лишен необходимости высказываться о значении каждого из этих обстоятельств по отдельности.

При анализе практики применения ст. 40 Закона о третейских судах, которая, по сути, подвела российские суды к выводу о диспозитивности ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже, обнаруживается следующее. По одному из дел, рассмотренному в 2012 г., ФАС Московского округа прямо столкнулся с рассматриваемой проблемой: третейская оговорка не содержала указания на окончательность, в то время как регламент Федерального третейского суда, правилам которого было подчинено третейское разбирательство, такое указание содержал:

«Согласно пункту 8.2 договора поставки № ТШ-01 от 10.06.2010 г. споры и разногласия между сторонами,

законным прекращение производства по делу об отмене решения МКАС при ТПП РФ, суд также отметил и положение арбитражной оговорки об окончательности, и соответствующий параграф Регламента МКАС при ТПП РФ: Постановление ФАС Московского округа от 13.12.2013 г. № Ф05-16476/2013 по делу № А40-111292/13-52-1035.

возникшие или могущие возникнуть в связи с договором (конкретным правоотношением), в том числе связанные с его заключением, исполнением (неисполнением или ненадлежащим исполнением), изменением, расторжением, признанием недействительным (полностью или частично), подлежат передаче на рассмотрение постоянно действующего Федерального третейского суда для разрешения в соответствии с его регламентом. (...)

Довод жалобы о невыяснении судом наличия в третейском соглашении условия об окончательности решения третейского суда несостоятелен.

Согласно пункту 3 статьи 7 Федерального закона от 24.07.2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», если стороны не договорились об ином, то при передаче спора в постоянно действующий третейский суд правила постоянно действующего третейского суда рассматриваются в качестве неотъемлемой части третейского соглашения.

Таким образом, регламент Федерального третейского суда, содержащий условие об окончательности решения, является неотъемлемой частью третейского соглашения, заключенного между сторонами, а, следовательно, условие об окончательности решения третейского суда сторонами третейского соглашения согласовано»⁴⁶.

Указанная позиция ФАС Московского округа просматривается также в целом ряде дел, в которых при наличии фразы об окончательности решения третейского суда только в арбитражном регламенте суд кассационной инстанции признавал законным

⁴⁶ Постановление ФАС Московского округа от 05.03.2012 г. по делу № А40-102962/11-69-886.

прекращение производства по делу⁴⁷. Такая же позиция явно высказана ФАС Западно-Сибирского округа по одному из дел⁴⁸. С другой стороны, как минимум в одном деле другой кассационный арбитражный суд – ФАС Поволжского округа – высказал позицию в пользу необходимости указания на окончательность в самом тексте арбитражной оговорки, а ссылку на положение арбитражного регламента не принял, поскольку материалами дела не подтверждалось, что правила об окончательности, содержащиеся в регламенте, были известны стороне, оспаривающей решение арбитров, в момент третейского разбирательства⁴⁹.

В пользу позиции о том, что ссылка на окончательность решения третейского суда в одном только арбитражном регламенте недостаточна для вывода об отказе от права на оспаривание арбитражного решения, можно было бы привести дело ФАС Московского округа, в котором, как следует из анализа определения суда первой инстанции, в третейской оговорке не содержалось правило об окончательности арбитражного решения, но такое правило содержалось в регламенте третейского

⁴⁷ Постановления ФАС Московского округа от 25.10.2013 г. по делу № А40–69976/13–50–654; от 13.02.2012 г. по делу № А40–106550/11–52–890; от 28.02.2012 г. по делу № А40–106547/11–63–813; от 26.04.2012 г. по делу № А40–102939/11–56–867.

⁴⁸ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11.01.2010 г. по делу № А45–12292/2009.

⁴⁹ Постановление ФАС Поволжского округа от 07.07.2010 г. по делу № А65–5419/2010 (отмена определения нижестоящего суда с направлением дела на новое рассмотрение сомнительна еще и потому, что суд, прекративший производство по заявлению об отмене решения третейского суда, этим же определением рассмотрел и удовлетворил заявление о выдаче исполнительного листа на исполнение решения третейского суда, т.е. исследовал все обстоятельства, которые могли бы лечь в основу отмены решения третейского суда; получается, вопрос был исключительно процессуальный – отказывать в отмене решения третейского суда или прекращать производство по этому заявлению, что не требует от кассационной инстанции возвращения дела на новое рассмотрение). В поддержку такого решения о необходимости соглашения об окончательности в тексте самой арбитражной оговорки см. также: *Бондаренко В.* Третейский суд: теория и практика // Корпоративный юрист. 2006. № 1.

суда – Третейского суда при ТПП Московской области. Суд первой инстанции отказал в удовлетворении заявления об отмене и был поддержан кассационным судом⁵⁰. Отказ в удовлетворении заявления, а не прекращение производства по делу, свидетельствует о том, что суды не признали согласованным условие об окончательности. Однако за месяц до вынесения этого решения ФАС Московского округа под руководством того же председательствующего судьи признал законным отказ в удовлетворении заявления об отмене решения третейского суда несмотря на то, что условие об окончательности решения третейского суда содержалось, как следует из постановления кассационного суда, в арбитражной оговорке⁵¹. Вероятнее всего, и в том и в другом случае речь идет об ошибке при определении процессуальной формы судебного акта⁵².

Таким образом, как представляется, в настоящее время применительно к третейским судам преобладает кассационная практика на уровне округов, согласно которой указание на окончательность решения арбитров в регламенте достаточно для вывода об исключении заявления об отмене арбитражного решения.

Во всех делах, где это было признано, суды ссылались на положение п. 3 ст. 7 Закона о третейских судах, согласно которому если стороны не договорились об ином, то при передаче спора в постоянно действующий третейский суд правила постоянно действующего третейского суда рассматриваются в качестве неотъемлемой части третейского соглашения.

⁵⁰ Постановление ФАС Московского округа от 05.08.2013 г. по делу № А40–139678/12–143–736.

⁵¹ Постановление ФАС Московского округа от 08.07.2013 г. по делу № А40–25584/13–68–272.

⁵² Такая же ошибка в постановлении ФАС Московского округа от 20.06.2012 г. по делу № А41–2353/12.

Вместе с тем в абз. 6 ст. 2 Закона о международном коммерческом арбитраже зафиксировано по существу такое же правило: если в каком-либо положении указанного 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.

Таким образом, если в ближайшем будущем на рассмотрение, к примеру ФАС Московского округа, попадет спор, в котором ссылка на окончательность решения международного коммерческого арбитража будет содержаться только в арбитражном регламенте, но не в арбитражной оговорке, представляется, что с большой долей вероятности суд подтвердит применение п. 3 ст. 7 Закона о третейских судах, возможно, дополнительно обоснует свое суждение ссылкой на абз. 6 ст. 2 Закона о международном коммерческом арбитраже и прекратит производство по делу об оспаривании арбитражного решения.

Как следует из сформировавшейся в РФ в последнее время практики, российским судам не свойственна осторожность, которую проявляет Верховный Суд Швейцарии при определении критериев действительности соглашения об отказе от права на оспаривание арбитражного решения⁵³; следовательно, и признание действительным соглашения об исключении оспаривания арбитражного решения посредством одной только ссылки на арбитражный регламент нельзя будет признать выбивающимся из подхваченной российскими судами тенденции, которую А.В. Асосков характеризует как «наиболее либеральную»⁵⁴.

⁵³ См. также аргументацию Г. Борна в пользу более жестких требований к соглашению об отказе от права на оспаривание арбитражного решения: *Born G.*, Op. cit. P. 2666.

⁵⁴ *Асосков А.В.* Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 13.

Представляется, что предполагаемое решение не является непредсказуемым. Положения п. 3 ст. 7 Закона о третейских судах, абз. 6 ст. 2 Закона о международном коммерческом арбитраже устанавливают, что правила арбитражного регламента включаются в арбитражное соглашение посредством ссылки; положение о том, что посредством ссылки на арбитражный регламент (либо на постоянно действующий третейский институт) стороны достигли соглашения о применении всех положений этого регламента, кажется более соответствующим тексту закона, чем ограничительное толкование, в результате которого какие-то положения арбитражного регламента считаются частью соглашения сторон, а какие-то — нет.

Противоположное решение — установление более либеральных требований к соглашению об окончательности во внутреннем третейском суде (достаточно регламента, на который сделана ссылка), чем к соглашению об окончательности решения международного коммерческого арбитража (ссылка недостаточна, необходимо прямое выражение воли именно в арбитражной оговорке), — видимо, будет противоречить тенденции, согласно которой в правовых порядках, в которых имеется дуализм внутренних третейских судов и международных коммерческих арбитражей, более либеральным является регулирование международного коммерческого арбитража⁵⁵.

Вместе с тем до момента, когда суды выскажутся о последствиях указания на окончательность арбитражного решения только в регламенте международного коммерческого арбитража, сторонам, намеренным сохранить возможность подачи заявления об отмене арбитражного решения, может быть рекомендовано

⁵⁵ Там же. С. 6.

исключать либо ограничивать действие § 44 Регламента МКАС при ТПП РФ.

3.3. Возможность отказа от права на оспаривание арбитражного решения в связи с нарушением публичного порядка

Значительный интерес представляет вопрос о том, возможен ли отказ от оспаривания арбитражного решения по любым основаниям, в частности, в связи с нарушением публичного порядка. Вопрос этот интересен, в частности, потому, что иностранные правопорядки, признающие действительность соглашения об отказе от права на оспаривание арбитражных решений, подходят к этому по-разному. Так, Верховный Суд Швейцарии полагает, что соглашение об отказе от права на оспаривание включает в себя и отказ от права на оспаривание решения в связи с нарушением публичного порядка⁵⁶. С другой стороны, в Швеции стороны могут исключить своим соглашением оспаривание решения лишь по основаниям, перечисленным в ст. 34 закона Швеции «Об арбитраже», в то время как нарушение публичного порядка как основание ничтожности арбитражного решения предусматривается ст. 33 указанного закона⁵⁷.

Поскольку отказ от права на оспаривание арбитражного решения устойчиво признается судебной практикой лишь с недавнего времени по аналогии с регулированием ст. 40 Закона о третейских судах, представляет определенных интерес решение

⁵⁶ ATF 134 III 260; *Асосков А.В.* Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 17. Ценность этого заключения в Швейцарии, по всей видимости, минимальна: по состоянию на 2007 г. Верховный Суд Швейцарии ни разу не отменял решение арбитров в связи с нарушением публичного порядка. См.: *Dasser F.*, International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analysis // *ASA Bulletin*. 2007. Vol. 25 (3). P. 456.

⁵⁷ *Зыков Р.О.* Указ. соч. П. 11.9.

аналогичного вопроса применительно к внутреннему третейскому разбирательству.

В постановлении Президиума ВАС РФ от 29.06.2010 г. № 2070/10 был сделан вывод о том, что «... *условие третейского соглашения об окончательности решения третейского суда не принимается арбитражным судом, если решение третейского суда об утверждении мирового соглашения нарушает основополагающие принципы российского права*». А.В. Асосков полагает, что этот вывод не имеет общего значения, а решение, к которому пришел Президиум ВАС в этом деле, вызвано особенностями конкретного спора: решение третейского суда было направлено на преимущественное удовлетворение требований одних кредиторов перед другими⁵⁸.

Вместе с тем правовая позиция, высказанная Президиумом ВАС РФ, была воспринята кассационными судами округов следующим образом: рассматривая заявление об отмене решения третейского суда, государственный суд, несмотря на достигнутое соглашение об окончательности арбитражного решения, проверяет, допущено ли нарушение основополагающих принципов российского права этим решением. Если нарушение основополагающих принципов российского права из материалов дела не усматривается, то суд прекращает производство по делу в силу п. 1 ч. 1 ст. 150 АПК. Если же суд усматривает нарушение публично-го порядка, то заявление об отмене решения третейского суда подлежит удовлетворению⁵⁹.

⁵⁸ Асосков А.В. Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 17.

⁵⁹ Постановления ФАС Западно-Сибирского округа от 16.05.2012 г. по делу № А45-13064/2011, от 29.01.2014 г. по делу № А45-15552/2013, от 29.01.2014 г. по делу № А27-12274/2013, от 30.09.2013 г. по делу № А03-7268/2013, постановления ФАС Поволжского округа от 17.01.2013 г. по делу № А65-21206/2012, от 25.09.2012 г. по делу № А65-5395/2012, постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.11.2013 г. по делу № А56-31447/2013, постановление ФАС Центрального округа от 15.02.2013 г. по делу

ФАС Московского округа, рассматривая жалобу на определение о прекращении производства по делу ввиду соглашения об окончательности решения третейского суда, отменил определение, указав, что суду первой инстанции надлежало исследовать довод заявителя о противоречии решения публичному порядку, а также о неизвещении ответчика о рассмотрении дела третейским судом⁶⁰.

Таким образом, по всей видимости, в судах преобладает позиция о необходимости исследовать довод о нарушении основополагающих принципов российского права при разрешении споров об отмене решений третейских судов. При этом понятие основополагающих принципов российского права иногда понимается расширительно, с тем, чтобы иные поименованные в законе основания оспаривания третейского решения включить в основополагающие принципы российского права. Так, например, ФАС Северо-Западного округа отменил определение о прекращении производства по делу об оспаривании третейского решения, поскольку заявитель ссылаясь на неизвещение о рассмотрении дела, указав, что неизвещение ответчика о рассмотрении дела третейским судом может являться нарушением основополагающих принципов российского права⁶¹.

№ А08–6897/2012. Определение об отказе в удовлетворении заявления об отмене решения третейского суда иногда рассматривается как процессуальная ошибка: определение об отказе в удовлетворении заявления отменяется, а дело производством прекращается: постановление ФАС Московского округа от 11.09.2013 г. по делу № А40–20459/13–69–5. См., однако, постановление ФАС Московского округа от 20.06.2012 г. по делу № А41–2353/12 – определение об отказе в удовлетворении заявления об отмене (в оговорке есть указание на окончательность, нарушения основополагающих принципов российского права не установлено) оставлено без изменения.

⁶⁰ Постановление ФАС Московского округа от 27.09.201 г. по делу № А40–54715/13–68–545; аналогичный вывод в постановлении ФАС Московского округа от 21.08.2012 г. по делу № А40–53726/12–56–501.

⁶¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.11.2013 г. по делу № А56–31447/2013: *«Из материалов дела видно, что при обращении в арбитражный суд*

Как справедливо отмечает А. В. Асосков, расширительное толкование публичного порядка, при котором все процессуальные основания отмены арбитражного решения рассматриваются как проявление процессуальной составляющей публичного порядка, приведет если не к полной бессмысленности, то к значительному снижению ценности и практического значения института окончательности арбитражного решения⁶².

Вместе с тем, как замечено А. В. Асосковым, по всем рассмотренным в ФАС Московского округа делам, в которых производство по заявлению об отмене решения МКАС при ТПП РФ было прекращено по мотиву окончательности арбитражного решения, кассационный суд не исследовал вопрос о соблюдении публичного порядка⁶³.

Не совсем понятно, означает ли это молчание кассационного суда, что выдвигаемые заявителем возражения, касающиеся публичного порядка, были явно безосновательными, или речь идет об осмысленной правовой позиции. В последнем случае такое решение может быть обосновано тем, что правовой режим международного коммерческого арбитража традиционно является более либеральным, чем режим внутреннего третейского суда, поэтому высказанная Президиумом ВАС РФ в постановлении от 29.06.2010 г. № 2070/10 правовая позиция и последующая

с заявлением об отмене решения Третейского суда ЗАО «ТехноБалт» ссылались на нарушения, о которых идет речь в пункте 2 части 2 статьи 233 АПК РФ. По мнению заявителя, данные нарушения относятся к основополагающим принципам российского права, о которых говорится в части 3 статьи 233 АПК РФ, и нарушение которых является в силу процессуального закона основанием для отмены решения Третейского суда».

⁶² Асосков А. В. Допустимость соглашений об исключении оспаривания. С. 16–17.

⁶³ Эта тенденция сохранилась и в делах, рассмотренных после опубликования статьи А. В. Асоскова: Постановление ФАС Московского округа от 13.12.2013 г. № Ф05–16476/2013 по делу № А40–111292/13–52–1035; от 25.06.2013 г. по делу № А40–173567/12–50–1732; от 16.09.2013 г. по делу № А40–44852/13–69–208.

кассационная практика, касающаяся внутренних третейских судов, не является безусловным основанием для ее перенесения на международный коммерческий арбитраж.

Даже если признать, что разъяснение Президиума ВАС РФ о необходимости исследования соблюдения публичного порядка при рассмотрении споров об оспаривании решений третейского суда распространяется на международный коммерческий арбитраж, разъяснение о недопустимости подмены публичным порядком специальных оснований оспаривания, данное в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 г. № 156 «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», должно положительно повлиять на практику кассационных судов в плане расширения круга оснований оспаривания, от которых стороны могут отказаться.

3.4. Отказ от права на оспаривание арбитражного решения и ст. 6 Европейской конвенции

Статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года (далее — Европейская конвенция) закрепляет право на справедливое судебное разбирательство, устанавливает базовые процессуальные гарантии. Заключив арбитражное соглашение, стороны, видимо, отказываются от большинства гарантий, установленных этой статьей⁶⁴; основным требованием к действительности такого отказа в практике ЕСПЧ и литературе считается отсутствие порока воли при заключении арбитражного

⁶⁴ Асосков А.В. Влияние статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на третейское разбирательство // Вестник ВАС РФ. 2013. № 9. С. 61–75; Landrove, J.-C., European Convention on Human Rights' Impact on Consensual Arbitration: An Etat des Lieux of Strasbourg Case Law and of a Problematic Swiss Law Feature // Human Rights at the Center / Ed. by Besson S. et al. Zürich, 2006. PP. 73–97; Besson S., Arbitration and Human Rights // ASA Bulletin. 2006. Vol. 24 (3). PP. 395–416.

соглашения⁶⁵. Отказываясь от права на оспаривание арбитражного соглашения, стороны идут дальше и отказываются не только от юрисдикции государственных судов на рассмотрение их споров по существу, но и от контроля государственных судов по месту арбитражного разбирательства за справедливостью арбитражных решений, что ставит вопрос о соответствии ст. 6 Европейской конвенции.

Европейская конвенция применима в первую очередь, к государствам, и, строго говоря, речь должна идти не о соответствии отказа от права на оспаривание ст. 6 Европейской конвенции (условия такой действительности устанавливаются национальными правилами), а о допустимости признания государствами возможности такого отказа. Для этого необходимо ответить на более широкий вопрос: обязаны ли государства обеспечивать соответствие арбитражных разбирательств ст. 6 Европейской конвенции, и если да, то какими средствами.

Практика ЕСПЧ и ученые не дают однозначного ответа на вопрос об обязанности государства обеспечивать соответствие арбитражных разбирательств ст. 6 Конвенции. В соответствии с анализом, приведенным С. Бессоном⁶⁶, в некоторых делах — *R v. Switzerland* и *Nordstrom v. Netherlands* — ЕСПЧ прямо говорит об отсутствии такой обязанности, в деле *Jakob Boss Sohne KG v Germany* — косвенно высказывается о ее наличии, в деле *Suovaniemi and others v Finland* однозначного ответа не дает. В литературе также не обнаруживается однозначного ответа⁶⁷.

На более частный вопрос — об обязанности государств обеспечивать пересмотр решений арбитражей процитированная практика

⁶⁵ *Deweert v. Belgium*, App. No 6903/75; *R. v. Switzerland*, No. 10881/84.

⁶⁶ *Besson S.*, Arbitration and Human Rights. Para. 34.

⁶⁷ *Ibid.*

ЕСПЧ отвечает отрицательно⁶⁸. Считается, что контроль за справедливостью арбитражных решений на этапе их признания и принудительного исполнения является достаточным⁶⁹.

Вывод о том, что критерии ст. 6 Конвенции считаются соблюденными при судебном контроле на стадии признания и приведения в исполнение арбитражного решения, приводит к тому, что подавляющее большинство ситуаций, возникающих в практике, имеют удовлетворительное решение.

В пользу отсутствия обязанности государства обеспечить контроль за арбитражным решением именно на стадии его отмены приводится довод о том, что государства не могут считаться нарушившими обязанность контролировать рассмотрение споров арбитражами, если сами стороны договорились об отказе от такого контроля в момент заключения арбитражного соглашения⁷⁰.

Проблема соотношения права на отказ от оспаривания арбитражного решения и ст. 6 Европейской конвенции достаточно подробно исследована в Швейцарии. До 2012 г. в практике Верховного Суда Швейцарии этот вопрос возникал два раза, однако в обоих случаях не получил окончательного разрешения. В решении 2007 г.⁷¹ Верховный Суд посчитал, что отказ

⁶⁸ *Nordström-Janzon v. The Netherlands*, App. No. 28101/95, Eur. Comm'n H.R. November 27, 1996, DR 87-B.; *R. v. Switzerland*, App. No. 10881/84, Eur. Comm'n H.R., March 4, 1983, DR 51, 83–93.

⁶⁹ *Jakob Boss Sohne KG v. Germany*, App. No. 18479/91, decision of 2 December 1991; *Krausz N.*, Op cit. P. 16.

⁷⁰ *Ringquist Fr.*, Do Procedural Human Rights Requirements Apply to Arbitration – a Study of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration. Master Thesis. 2005. P. 35. (<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1561507&fdeId=1565658>). Решение Верховного Суда Швейцарии от 4 января 2012 г. ATF 4A_238/2011. Para. 3.2.

⁷¹ ATF 133 III 235 (www.bger.ch).

профессионального теннисиста от права на оспаривание арбитражного решения по любым основаниям не имеет силы, несмотря на то что соглашение об отказе соответствует всем условиям, установленным ст. 192 Закона Швейцарии об арбитраже. Судьи посчитали, что игрок, подписавший соглашение, в действительности не мог влиять на его содержание: в сложившейся системе профессионального спорта для того, чтобы участвовать в соревнованиях, не оставалось ничего, кроме, как поставить свою подпись, его воля была несвободной. Отказ от пересмотра арбитражного решения в таких обстоятельствах *«вызывает вопросы с точки зрения ст. 6 (1) Европейской конвенции о правах человека»*. Это дело, строго говоря, не помогает в разрешении вопроса о принципиальной допустимости отказа от права на оспаривание, поскольку у суда «возникли вопросы» в связи с пороком воли при заключении соглашения, а не с принципиальным соответствием отказа от права на оспаривание ст. 6 (1) Европейской конвенции.

В 2008 г. сторона коммерческого спора, отказавшаяся от права на оспаривание арбитражного решения в соответствии со ст. 192 Закона о МЧП и в последующем обратившаяся в государственный суд за таким обжалованием, ссылаясь на дело 2007 г. и отмечала, что ранее Верховный Суд Швейцарии указал на сомнительность соответствия отказа от права на обжалование арбитражного решения ст. 6 Европейской конвенции о правах человека. Верховный Суд ответил на этот аргумент следующим образом: с одной стороны, Суд отметил, что в конкретном деле сторона не продемонстрировала, как ст. 192 швейцарского Закона о МЧП противоречит ст. 6 Конвенции – ни в общем, ни применительно к обстоятельствам дела; с другой стороны, Суд указал, что в деле 2007 г. речь шла о спортивном арбитраже и о применении к спортсмену дисциплинарных санкций,

в то время как в рассматриваемом в 2008 г. деле речь шла о коммерческом споре⁷².

Позиция Верховного Суда была окончательно выражена в решении от 4 января 2012 г. (4А 238/2011). По мнению Верховного Суда Швейцарии, отказ от права на оспаривание не противоречит ст. 6 (1) Европейской конвенции. Исключение права на оспаривание действительно делает невозможным оспаривание арбитражного решения, вынесенного с нарушением фундаментальных процессуальных гарантий, закрепленных в Конвенции. Однако ни буква, ни дух ст. 192 не ограничивают возможность отказа от таких гарантий, если такой отказ недвусмысленный и не противоречит никакому «важному публичному интересу». Швейцарским правом допускается только прямо выраженный двусторонний свободный от дефектов воли отказ от права на оспаривание. Кроме того, а priori возможность отказа не нарушает никакой важный публичный интерес: в основе арбитража лежит соглашение сторон, и в таком процессуальном контексте нет оснований не допускать отказ от права на оспаривание, сделанный до вынесения арбитражного решения. Нет причин лишать стороны желаемого исключения вмешательства государства в разрешение их спора в нарушение принципа конфиденциальности и желания сторон быстро получить принудительно исполнимое арбитражное решение.

Таким образом, Верховный Суд посчитал, что вопрос о допустимости отказа должен решаться по национальному праву Швейцарии, которое обеспечивает необходимые процессуальные гарантии, и должен допускаться, если требования швейцарского права соблюдены; никакой публичный интерес при этом

⁷² ATF 134 III 260 (www.bger.ch), para. 3.2.3. Интересно, что в этом деле интересы ответчика представлял С. Бессон.

не нарушается, а контроль за справедливостью решения арбитража в ситуации отказа осуществляется на этапе признания и приведения в исполнение решений арбитражей.

Однако в ряде случаев обеспечить исследование соблюдения базовых гарантий Европейской конвенции на этапе признания и приведения в исполнение невозможно. Речь идет об арбитражных решениях об отказе в иске⁷³, о постановлениях арбитражей об отсутствии компетенции, о решениях, которые по своей природе не подлежат признанию и принудительному исполнению (например, о признании юридических фактов действительными/недействительными). Признание отказа от права на оспаривание допустимым в таких ситуациях вызывает серьезные опасения⁷⁴.

Обсуждается также вопрос о соответствии ст. 6 Европейской конвенции отказа от оспаривания по основанию публичного порядка и схожим основаниям. Ряд авторов считает такой отказ недопустимым: автономия воли должна быть ограничена, для того чтобы обеспечить наличие основных процессуальных гарантий⁷⁵. Среди других оснований, оспаривание по которым не допускается, называется серьезное нарушение процедуры (права изложить свою позицию по делу, права на отвод арбитра)⁷⁶. Обосновывается, что стороны не могут договориться о процедуре, которая будет прямо нарушать

⁷³ В России уже был прецедент, когда истец обратился в государственный суд с заявлением об отмене решения арбитров в той части, в которой было отказано во взыскании некоторых судебных расходов: постановление ФАС Московского округа от 16.01.2014 г. № Ф05–5473/2012 по делу № А40–24420/12–25–115; в этом деле истец, видимо, не был серьезно заинтересован в оспаривании арбитражного решения, поэтому даже не обжаловал определение суда первой инстанции в кассационную.

⁷⁴ Besson S., *Op. cit.* Para. 35, fn. 34; Ringquist Fr., *Op. cit.* P. 35; Landrove J.-C., *Op. cit.* P. 99.

⁷⁵ Обзор литературы: Krausz N., *Op. cit.* P. 16; Landrove J. – C., *Op. cit.* PP. 98–99.

⁷⁶ Landrove J.-C., *Op. cit.* P. 98.

такие фундаментальные принципы публичного порядка, как *due process* и *natural justice*⁷⁷. Видимо, это верно, однако обсуждать этот вопрос, на наш взгляд, необходимо в свете национальных законодательств, а не в свете ст. 6 Европейской конвенции. При этом нельзя не учитывать, что гарантии, установленные ст. 6 Европейской конвенции, ст. V (2) (b) Нью-Йоркской конвенции и ст. 34 Типового закона о международном коммерческом арбитраже практически идентичны; высказано мнение, что все эти правила являются частью международного процессуального порядка⁷⁸. Ответ на вопросы может быть разным в зависимости обстоятельств конкретного дела. Как отмечает С. Бессон, в некоторых ситуациях отказ может быть разумным, а в других — неразумным; необходимо исследовать обстоятельства заключения арбитражного соглашения (представляли ли сторону юристы, была ли воля на заключение соглашения свободной), серьезность заявленного нарушения, позицию стороны в процессе (не утратила ли сторона вследствие своих процессуальных действий в ходе арбитражного разбирательства возможность заявить о нарушениях на этапе признания и принудительного исполнения арбитражного решения)⁷⁹.

Перенося эти рассуждения на российскую почву, можно заключить, что решение российского правопорядка, проявляющееся в ст. 40 Закона о третейских судах и в практике ФАС Московского округа по вопросу об окончательности арбитражного решения, не противоречит ст. 6 Европейской конвенции. Редкие ситуации, когда отказ от права на оспаривание не восполняется возможностью возражать против признания и приведения в исполнение арбитражных решений, должны решаться в зависимости от обстоятельств конкретного дела.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Krausz N., Op. cit. P. 16.

⁷⁹ Besson S., Op. cit. Para. 35; Krausz N., Op. cit. P. 16.

3.5. Проекты изменений

В настоящее время имеется как минимум два законопроекта, затрагивающих вопрос об окончательности решения международного коммерческого арбитража.

В первом чтении принят Государственной думой РФ законопроект № 583004–5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже», излагающий п. 1 ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже в следующей редакции:

«Если стороны не предусмотрели в арбитражном соглашении, что решение арбитражного (третейского) суда является окончательным, оспаривание в суде арбитражного решения может быть произведено только путем подачи ходатайства об отмене в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи».

Принятие этого законопроекта повлекло бы за собой законодательное закрепление практики, уже сложившейся в ФАС Московского округа по вопросу об оспаривании арбитражных решений. Текст предлагаемой редакции п. 1 ст. 34 не устанавливает ни особых требований к форме арбитражного соглашения, ни требований к национальности или гражданству сторон соглашения об исключении оспаривания арбитражного решения, ни ограничений круга оснований оспаривания, от которых стороны могут отказаться. Дальнейшее обсуждение законопроекта во втором чтении несколько раз откладывалось, видимо, в связи с широко обсуждаемой в настоящее время комплексной реформой арбитражного законодательства.

В рамках указанной реформы предлагается введение практически единообразного регулирования отказа от права

на оспаривание решений третейских судов и международного коммерческого арбитража, отличающегося от указанного выше законопроекта № 583004–5⁸⁰. Правила об отмене решений международного коммерческого арбитража установлены в новой проектируемой версии ст. 34:

«1.Оспаривание в суде арбитражного решения может быть произведено только путем подачи ходатайства об отмене в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи. В арбитражном соглашении, предусматривающем администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, может быть предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным. В указанном случае арбитражное решение может быть отменено судом на основании ходатайства об отмене исключительно по основаниям, установленным подпунктом 2 пункта 2 настоящей статьи. Если в арбитражном соглашении не предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным, то такое решение может быть отменено судом по основаниям, установленным пунктом 2 настоящей статьи, при этом решение может быть отменено по основаниям, установленным подпунктом 2 пункта 2 настоящей статьи, и в том случае, если сторона, подавшая заявление об отмене решения, не ссылается на указанные основания».

Из этого правила видно, что, в отличие от действующей в настоящий момент ст. 40 Закона о третейских судах (действие которой ФАС Московского округа *contra legem* распространяет

⁸⁰ Статья 35 законопроекта № 00/04–11250/12–13/46–13–4 «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и ст. 34 законопроекта № 00/04–11251/12–13/46–13–4 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О третейских судах и арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

на международный коммерческий арбитраж): (1) исключается возможность отказа от права на оспаривание в случае рассмотрения спора международным коммерческим арбитражем *ad hoc*, и, (2) соглашения об отказе от права на оспаривание не могут быть заключены в отношении двух оснований: противоречия публичному порядку и невозможности объекта спора быть предметом арбитражного разбирательства (подп. 2 п. 2 проектируемой ст. 34 Закона о международном коммерческом арбитраже). При этом ограничения по кругу лиц, аналогичные действующим во многих правовых порядках, описанных выше, не устанавливаются.

Интересно, что, в отличие от проекта ст. 35 Закона о третейских судах, ст. 34 проекта о международном коммерческом арбитраже не требует, чтобы соглашение об отказе от права на оспаривание было «прямым». По всей видимости, авторы законопроектов в части требования к формулированию сторонами права на отказ от оспаривания намеренно установили более высокий стандарт для внутренних третейских судов. Такой подход в определенной степени подтверждает изложенные выше предположения касательно допустимости отказа от права на оспаривание посредством ссылки на положения регламента арбитражного института, содержащие правила об окончательности арбитражного решения, вынесенного по правилам такого регламента.

Заключение

Окончательно сформировавшийся в 2013 г. подход российских судов к соглашению об окончательности решения международного коммерческого арбитража в высокой степени обеспечивает свободу договора и автономию воли лиц, заключающих арбитражные соглашения. Это ставит российский институт отказа от права на оспаривание арбитражных решений в один ряд с наиболее либеральными зарубежными аналогами. Вместе

с тем сложно не признать, что установление судебной практикой весьма низких требований, предъявляемых к соглашению об отказе от права на оспаривание, могло привести к тому, что многие участники внешнеэкономических отношений включили в свои договоры соглашения об окончательности арбитражных решений, не понимая реальных правовых последствий данного условия. С учетом драматических последствий соглашения об отказе от права на оспаривание такую неожиданность можно было бы признать недостатком позиции, занятой российскими судами. Вместе с тем, как представляется, статистика отмен решений международного коммерческого арбитража и своеобразное толкование публичного порядка, даваемое российскими судами⁸¹, приводят к выводу, что непредвиденная окончательность арбитражных решений — это меньшее из зол.

⁸¹ Например: *Карасьников Б.Р.* Высший Арбитражный Суд РФ объясняет публичный порядок // Закон. 2013. № 5. С. 115–122.

Vilija Vaitkute Pavan,

Partner and head of dispute resolution at LAWIN

ANTI-SUIT MEASURES GRANTED BY ARBITRATORS IN SUPPORT TO ARBITRATION AGREEMENT

Introduction

By entering into an arbitration agreement a party undertakes to refer any disputes that may arise with another party to arbitration, to take part in the proceedings in good faith and to carry out the award that will be rendered. Unfortunately, it is becoming very popular for one of the parties (typically the party with the weaker position or no defence at all) to escape the arbitration agreement by commencing the parallel court proceedings in another jurisdiction¹. Anti-suit measures may serve as good instrument for fighting with such abusive behaviour.

The main purpose of using anti-suit measures in international arbitration is to protect and uphold arbitration agreement by restraining a person, who has agreed by contract to refer disputes to arbitration, from commencing and/or pursuing legal proceedings in different fora. These goals can be achieved through anti-suit measures issued not only by the state courts, but also by the arbitrators, both, at the very beginning and the end of the arbitration proceedings. Such anti-suit measures can be either as an interim measure (anti-suit injunctions) or as an order in the final arbitral award.

¹ Ricardo Quass Duarte, “*Anti-suit injunctions in the context of international commercial arbitration*”, available online: http://www.trenchcrossiewatanabe.com.br/_noticias/Antitruste%20texto_integral.pdf, p. 1.

Anti-suit measures issued by the arbitrators have always faced theoretical and practical problems in the context of powers to grant such measures as well as recognition and enforcement. Though 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“**New York Convention**”) aims to recognize and enforce both – positive and negative – effects of the arbitration agreement², one cannot find clear answer either in the New York Convention or other international legal documents as to the court’s and arbitral tribunal’s powers to issue anti-suit measures to uphold both effects of the arbitration agreement which should be recognized and enforced by all New York Convention countries.

The court’s ability to issue anti-suit injunctions to uphold arbitration agreement had been already widely discussed, especially after ECJ’s decision in *West Tankers*³ case. In the light of the mentioned ECJ decision, what can be expected from ECJ in *Gazprom v. Lithuania* case involving the question on enforceability of anti-suit injunction in the final arbitral award? If following the Kompetenz-Kompetenz principle arbitrators do have powers to rule on their jurisdiction, can they issue anti-suit measures in order to protect their jurisdiction? If arbitrators do have power to grant anti-suit injunctions, do they also have powers to sanction for their non-compliance? Considering that the powers of arbitrators to grant anti-suit measures to uphold arbitration agreement may differ depending on applicable rules to arbitration proceedings and *lex arbitri*, maybe it is a good time to discuss possible international legal instruments allowing parties which choose arbitration to be sure that their arbitration agreement shall be equally protected by arbitrators all over the world? Or maybe no legal changes are needed since parties in arbitration may get the same “anti-suit measure” effect by other contractual and/or legal means?

² ICCA’S *Guide to the interpretation of the 1958 New York Convention*, 2009, p. 8.

³ ECJ judgment in the case *Allianz SpA v. West Tankers Inc.* No. C-185/07 of 9 February 2010, p. I-00663, 2009.

The article will concentrate on anti-suit measures granted by arbitrators in support to arbitration. The author will (i) shortly review the problems of anti-suit injunctions issued by courts in support to arbitration, especially in connection to the Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (**Brussels I Regulation**); (ii) analyse powers to issue anti-suit measures by arbitrators including emergency arbitrators; (iii) consequences for breaching anti-suit measures (iv) issues related to recognition and enforceability in the light of Brussels I. Following the analysis on all these questions the conclusions will be presented in part (v).

I. Anti-suit injunctions issued by courts in relation to international arbitration

Anti-suit injunctions issued by the national courts in international arbitration are not the main focus of this article. Nevertheless, since the rationale behind arbitrators' powers to grant such measures originates from courts' anti-suit injunctions, for the purposes of systematic analysis it will be briefly looked at the recent trends of court's anti-suit injunctions.

There is a fundamental conceptual division between the common law and civil law countries with respect to their approaches to anti-suit injunctions⁴. In the common law countries (England, the U.S., Singapore, etc.) a court issues anti-suit injunctions to protect the parties' contractual right to arbitration and to uphold their arbitration agreement⁵. The civil law countries tend to believe that anti-suit injunctions are directed against foreign sovereignty as much as against

⁴ Grace Gunah Kim, "After the ECJ's *West Tankers*: the clash of civilizations on the issue of an anti-suit injunction", in: 12 *Cardozo J. Conflict Resol*, 573–2010–2011, note 23.

⁵ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, note 26.

the parties themselves⁶. Some civil law countries, such as Venezuela or Brazil, have had recourse to the mechanism in the same way as courts in the common law countries such as Pakistan, India or the United States⁷. Russia and the Baltic countries⁸ are civil law countries. There is nothing in the Constitutions of those countries prohibiting the countries from issuing interim measures to protect the jurisdiction of the appropriate court, but the practical possibility to issue such injunctions might be problematic in some of those countries. Although, there is no explicit statutory prohibition for arbitral tribunal, having seat in Russia, to issue such measures, presently existing very limited Russian court practice leads to the conclusion that anti-suit injunctions would either be not permissible at all⁹, or only in very limited situations depending on particular circumstances of the case¹⁰.

ECJ's decision in *Western Tankers* case seems to have adopted the civil law view of anti-suit injunction, finding anti-suit injunctions as directly interfering with foreign jurisdictions and the principles of

⁶ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, note 30.

⁷ Emmanuel Gaillard, "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators", in: Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to basics? ICCA Congress Series 2006 Montreal Volume 13* (Kluwer Law International 2007), p. 235–266, note 2.

⁸ Lithuania, Latvia and Estonia.

⁹ Roman Khodykin, "Anti-suit injunctions in civil proceedings and international arbitration" in: *Voprosi mezhdunarodnovo chastnovo, srbnitelnovo i grazhdanskovo prava, mezhdunarodnovo komercheskovo arbitrazha* / Edited and compiled by S.N. Lebedev, E.V. Kabatova, A.I. Muranov, E.V. Vershinina, 2013 [Ходыкин Р.М. Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: LIBER AMICORUM в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / Сост. и науч. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина. — М., 2013].

¹⁰ A. I. YADYKIN, "Institute of "anti-suit injunction" and possibility of its application in connection with arbitration proceedings" in: *New Horizons of International Arbitration. Issue 1* / Ed. by A. V. Asoskov, N. G. Vil'kova, R. M. Khodykin, 2013, pp. 220–268. [Ядыкин А.И. Институт «антиисковых обеспечительных мер» и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского судопроизводства // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 1 / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. — М.: Инфотропик медиа, 2013. С. 220–268].

international comity¹¹. ECJ's *West Tankers* judgment banning the use of anti-suit injunction in support of the arbitration agreement is only limited to the courts of the Member States of the European Union¹². *West Tankers* judgment leads to the confrontation between the English court's obligations under the New York Convention and the Brussels I Regulation.

Anti-suit injunctions are not just EU's problem, but merely a global one, requiring global solution¹³ and approach towards it. *West Tankers* judgment, is not support to the New York Convention spirit, might affect not only England, as one of the most popular arbitration seats in comparison to other non-EU common law countries (the U.S, Singapore), but reputation of the arbitration as a tool for dispute resolution.

West Tankers judgment had effect on the EU Commission's proposal for the Brussels Regulation reform. While proposals were certainly welcomed by the arbitration world, they were not enough to undo the effects of *West Tankers* and lessen the underlying clash between the Brussels I Regulation and Article II (3) of the New York Convention¹⁴. Even more, the Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of December 2010 included a specific rule on the relationship between arbitration and court proceedings, obliging a court of a Member State hearing a dispute to stay proceedings if its jurisdiction is contested on the basis of an arbitration agreement and (i) an arbitration tribunal has been convened to hear the dispute under the arbitration agreement, or (ii) court proceedings relating to the arbitration agreement have

¹¹ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, note 7.

¹² Grace Gunah Kim, *supra* note 4, note 119.

¹³ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, p. 574.

¹⁴ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, p. 594.

been commenced in the Member State of the seat of the arbitration¹⁵. However, the Proposal did not meet the approval of the European Parliament, which in its Draft Report of 28 June 2011 on the Proposal deleted the entire provision of that specific rule.

Instead of this, the “Whereas clause (12)” was included into the Regulation No. 1215/2012, which is replacing the Brussels I Regulation, and it shall come into force from 10 January 2015. The clause provides that:

“(12) This Regulation should not apply to arbitration. Nothing in this Regulation should prevent the courts of a Member State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have entered into an arbitration agreement, from referring the parties to arbitration, from staying or dismissing the proceedings, or from examining whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, in accordance with their national law.

A ruling given by a court of a Member State as to whether or not an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed should not be subject to the rules of recognition and enforcement laid down in this Regulation, regardless of whether the court decided on this as a principal issue or as an incidental question. On the other hand, where a court of a Member State, exercising jurisdiction under this Regulation or under national law, has determined that an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, this should not preclude that court’s judgment on the substance of the matter from being recognised or,

¹⁵ Alessandro Villani, “The proposal for reviewing the Brussels Regulation and the new Regulation No. 1215/2012 after the West Tankers decision: a new step back for arbitration?”, 2013, available online: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2013/05/30/the-proposal-for-reviewing-the-brussels-regulation-and-the-new-regulation-no-12152012-after-the-west-tankers-decision-a-new-step-back-for-arbitration/>

as the case may be, enforced in accordance with this Regulation. This should be without prejudice to the competence of the courts of the Member States to decide on the recognition and enforcement of arbitral awards in accordance with the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958 ('the 1958 New York Convention'), which takes precedence over this Regulation.

This Regulation should not apply to any action or ancillary proceedings relating to, in particular, the establishment of an arbitral tribunal, the powers of arbitrators, the conduct of an arbitration procedure or any other aspects of such a procedure, nor to any action or judgment concerning the annulment, review, appeal, recognition or enforcement of an arbitral award.”

Some authors think that such amendments will not deal with the issues caused as a consequence of *the West Tankers*, as EU judicial system keeps risking further parallel court and arbitration proceedings as well as conflicting decisions issued in different Member States¹⁶.

According to Grace Gunah Kim, only proper amendments of the New York Convention itself may give desirable global clarity on the possibility for national courts to grant anti-suit injunctions in support to arbitration¹⁷. In connection to Article II (3), where the dispute involves “the ordinarily arbitrability” issue of determining existence, validity and scope of the arbitration agreement and the parties have chosen an arbitration seat and that seat’s law to govern the arbitration agreement, the issuance of anti-suit injunction by seat’s court does not interfere with foreign jurisdiction simply to effectuate the agreement of the parties¹⁸. Grace Gunah Kim proposes to add the following part in

¹⁶ Alessandro Villani, *supra* note 15.

¹⁷ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, p. 602.

¹⁸ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, p. 606.

Article II of the Convention, what in the author's view, would contribute to uniformity and clarity of this issue:

“Article II

4. When the dispute involves the agreement being null, void, inoperative or incapable of being performed, and the parties have chosen an arbitration seat and that seat court's law to govern the arbitration agreement, a court at the seat may enforce the arbitration agreement in accordance with its local law, including the use of an anti-suit injunction.”¹⁹

However, despite EU's attempt, which had been widely debated, to regulate the practice of anti-suit injunction issued by courts through its regional instruments, English courts continue issuing such injunctions in support to an arbitration agreement especially when one of the parties is not from the EU and even to the parties which have not directly signed the arbitration agreement²⁰.

Many countries, especially those that adopted UNCITRAL Model law 2006, foresee that request for interim measures from a state court shall not be deemed incompatible with the agreement to arbitrate; nor shall it be deemed a waiver of the right to arbitrate. But if the parties have trusted their dispute's resolution to arbitration and thereby wished to avoid state courts, why should they go to national courts for anti-suit injunctions? Indeed, parties to the arbitration should have effective possibilities to apply to the arbitral tribunal for such measures. And neither the *West Tankers* judgment nor explicit reference to international or national legal instruments to the possibility to grant anti-suit injunctions decreased the frequency of the parties' requests for such injunctions from arbitrators.

¹⁹ Grace Gunah Kim, *supra* note 4, p. 606, note 234.

²⁰ See: *Ust-Kamengorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35, *Ingosstrakh-Investments v BNP Paribas SA* [2012] EWCA Civ 644.

II. Powers of arbitrators to grant anti-suit measures

Anti-suit injunctions have been used not only by courts in common law countries but also by arbitrators. By its nature and legal effect, anti-suit measures in arbitration can be either an interim measure or a remedy for specific performance in the final award.

The powers to grant them derive from the general arbitration principles and are based on several necessary requirements to establish arbitrators' power to grant such measures: (i) the existence of arbitration agreement and (ii) establishment of *prima facie* jurisdiction over the dispute.

General principles and requirements for arbitrators to be able to grant anti-suit measures

The powers of arbitrators to issue anti-suit injunctions flow from the widely recognized international arbitration principles: (i) arbitrators' jurisdiction to sanction all breaches of the arbitration agreement; (ii) arbitrators' power to any appropriate measures to avoid the aggravation of the dispute; (iii) arbitrator's obligation to ensure the effectiveness of their future award²¹.

Following these principles, in practice, arbitrators grant anti-suit injunctions in order to preserve the jurisdiction of the arbitral tribunal, to safeguard the effectiveness of the award, to prevent the aggravation of the dispute, or even to neutralize another anti-suit injunction²².

According to Emmanuel Gaillard, the arbitration agreement vests with the arbitrator not only jurisdiction to resolve the dispute on

²¹ Emmanuel Gaillard, *supra* note 7, p. 236.

²² Richardo Quass Duarte, *supra* note 1, p. 5

its merits, but also the power to decide on its own jurisdictions (Kompetenz-Kompetenz) and to sanction any breaches of such obligation²³. These powers seem to have a strong fundamental reasoning to justify arbitrator's power to issue anti-suit injunctions. Since arbitration derives only from the agreement of the parties, they are free to determine the arbitration agreement or, in the terms of reference, the jurisdictional limits to be exercised by arbitrators, as well as whether or not they will have the power to grant anti-suit injunctions²⁴.

The agreement between the parties foreseeing *expressis verbis* the power of the arbitral tribunal to issue such injunctions would allow to establish, or vice versa, prohibit the arbitrators' power on this issue not only following the general principles of arbitration but also on the contractual basis.

Another very important requirement is that the arbitral tribunal must have at least *prima facie* jurisdiction over the merits of the case and the party against which the interim measure is sought. Before an arbitral tribunal has ruled on its own jurisdiction, it should be in a position to direct the parties not to act in any way that would jeopardize its *prima facie* jurisdiction until such time it has ruled on its jurisdiction in the final manner on the basis of valid and existing arbitration agreement²⁵. After such determination is made, the issuance of anti-suit injunction is even less problematic²⁶. The mere fact that tribunal's jurisdiction is challenged should not preclude the possibility to issue anti-suit injunctions, provided there is a reasonable basis on which to assume jurisdiction.

²³ Emmanuel Gaillard, *supra note 7*, p. 237

²⁴ Richardo Quass Duarte, *supra note 1*, note 39

²⁵ Emmanuel Gaillard, *supra note 7*, p. 26.

²⁶ Emmanuel Gaillard, *supra note 7*, note 96, p. 26.

Despite the existing English court practice to grant anti-suit injunction also against the party non-signatory to the arbitration agreement²⁷, arbitrators' powers to do the same would be very disputable. To establish *prima facie* jurisdiction in such case would be hardly possible, but if the tribunal establishes and extends its jurisdiction to the non-signatory of the arbitration agreement in the partial or final arbitral award, decisions of arbitrators having anti-suit injunctions effect should be permissible. In the absence of such an extension of the arbitral tribunal jurisdiction, the only protection left to the party would be the application for anti-suit injunctions to state courts, if permissible under given circumstances.

Having established the existence of the general requirements for the powers to grant anti-suit measures, the arbitral tribunal should further look to other requirements, the specificity of which depends on whether anti-suit measure is sought as an interim measure during the arbitration proceedings or as a remedy in the final arbitral award.

Anti-suit measure as an interim measure

In the majority of cases, anti-suit injunctions are sought during the course of arbitration proceedings. Anti-suit injunctions granted by arbitrators are usually formulated as an order to another party to refrain from submitting or pursuing any claim which is subject to determination of the arbitration tribunal, for instance:

“pending the resolution of the dispute now before the Tribunal, both parties shall refrain from, suspend and discontinue, any domestic proceedings, judicial or other, concerning Tokios Tokeles or its investment in Ukraine, namely Taki Spravy – including those noted in the request for provisional measures and in the Claimant’s letter of June 24, 2003 – which might prejudice the rendering or

²⁷ *Ingosstrakh-Investments v BNP Paribas SA* [2012] EWCA Civ 644.

implementation of an eventual decision or award of this Tribunal or aggravate the existing dispute.”²⁸

So, in essence, it might be said that by anti-suit injunction arbitrators are protecting their jurisdiction. In this respect, some felt that such injunctions are not always of a provisional nature and should not be “confused with granting of an interim measures”²⁹. This further led to various criticisms towards the powers of arbitrators to issue anti-suit injunctions, namely: (i) even if orders are directed to the parties of the proceedings, they indirectly impose injunctions on state courts and it is improper for arbitral tribunal to grant injunctions; (ii) domestic courts also have competence to rule on their own jurisdictions; and (iii) arbitral tribunal that issue anti-suit injunctions act as in its own judge for protecting its own jurisdiction. The author fully agrees with Emmanuel Gaillard’s conclusions that such criticism is not convincing as it forgets the fundamental rules of arbitration: it may arise only out of the contractual agreement between the parties by which they have voluntarily refused to go to domestic courts; and by agreement the parties accepted arbitral tribunal’s Kompetenz-Kompetenz rule³⁰.

There is no unified international legal instrument which would explicitly give or eliminate the power of arbitrators to grant anti-suit injunctions.

Differences in national law regarding the possibility for arbitrators to grant interim measures are really significant: from one extreme not to allow such at all, to the other extreme that at first the party should apply for interim measure not to the arbitral tribunal but to the national court³¹. The approach for, example, in Italy or Canadian

²⁸ ICISD Case No. ARB/02/18 Procedural order No. 1 dated 1 July 2003, p. 4 (published on the ICSID website); see also: Emmanuel Gaillard, *supra* note 7, note 46.

²⁹ Emmanuel Gaillard, *supra* note 7, note 84.

³⁰ Emmanuel Gaillard, *supra* note 7, p. 5–8.

³¹ Raymond J. Werbicki „*Arbitral interim measures: fact or fiction?*“ in: American arbitration association handbook on international arbitration & ADR, 2010.

province of Quebec, is that only state court has the power to grant interim measures. Contrary, in Switzerland parties to the dispute might apply to the arbitral tribunal for interim measures, and the tribunal even has power to seek assistance from a state court, should the party fail to comply with it. And finally, pro-arbitration countries such as France, Germany, England, the US and others seem to be between two extremes: in the absence of an agreement to the contrary, the arbitral tribunal has the power to issue interim measures. If issuing interim measures falls outside the scope of arbitral tribunal, the power to grant interim measures belongs to the state courts.

The court practice of the Baltic countries is even more limited in this regard, but it can be argued that only in Lithuania such anti-suit measures would be allowed. In Latvia, decisions on interim measures do not fall within the scope of arbitral tribunal's jurisdiction at all, and Article 731 of the Code of Civil Procedure of Estonia³², which is applied in arbitration proceedings, contains a rather vague statement that "arbitral tribunal may secure an action". Due to such vague wording and total absence of case law in this respect, it is very difficult to predict how Estonian courts would recognise the arbitral tribunal's power to grant anti-suit injunction.

Article 20 of the Lithuanian Law on Commercial Arbitration³³ lists only limited types of interim measures which might be granted by arbitrators:

"1. Unless the parties have agreed otherwise, upon request of any of the parties the arbitral tribunal, having notified the other parties,

³² Code of Civil Procedure of Estonia, Passed 20.04.2005, RT I 2005, 26, 197, Entry into force 01.01.2006.

³³ Law on Commercial Arbitration of the Republic of Lithuania: new wording from 30-06-2012: No XI-2089, 21-06-2012, Official Gazette Valstybes zinios, 2012, No 76-3932 (30-06-2012).

may by its ruling apply interim measures aimed at ensuring the enforcement of the party's claims and preserving the evidence.

2. Interim measures may include the following:

- 1) prohibiting the party from participating in certain transactions or performing certain actions;*
- 2) obligating the party to protect the property relating to the arbitral proceedings, provide a deposit, bank or insurance guarantee;*
- 3) obligating the party to preserve the evidence that may be relevant to the arbitral proceedings.”*

In the author's view, the arbitral tribunal's order prohibiting the party from commencing or enjoining the court proceedings in certain circumstances may fall under the definition of an interim measure within the scope of quoted Article 20 of the Lithuanian Law on Commercial Arbitration since such order would facilitate the later enforcement of the party's claim.

The wording of Article 17 of the UNCITRAL Model law before the last amendments in 2006, raised doubts regarding powers of arbitral tribunal to grant anti-suit injunctions, because the arbitral tribunal had the power to order only such kind of interim measures which relate to the subject matter of the dispute and the pleaded contractual breach. It is the need for a link between the subject matter of the dispute and the interim measure sought which, in the view of some authors, may be one of the obstacles in Russia's allowing anti-suit injunctions in arbitration. Under the Russian International Arbitration Law³⁴, which is based on the UNCITRAL Model Law 1985 version, interim measures can be taken in respect of the subject matter of the dispute and the question may arise, whether on-going of forthcoming proceedings in another national court can be regarded as the subject matter of the

³⁴ Law of the Russian Federation on International Commercial Arbitration No. 5338-1 of 7 July 1993 (Zakon Rossijskoj Federasii N 5338-1 'O mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe')

arbitration case. Roman Khodykin believes that this situation would lead to difficulty, if not impossibility, to issue anti-suit injunctions in Russia³⁵.

This problem was intensively discussed at the UNCITRAL Working Group³⁶ and resulted in a new wording of Article 17 of the UNCITRAL Model law which now sets the powers of arbitral tribunal order to take any action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself³⁷.

Though the wording of this article still does not explicitly refer to the possibility of anti-suit injunctions' issuance, among the scholars the understanding is exactly to give this effect³⁸.

Additionally, since the UNCITRAL Model law does not apply directly and unless the parties expressly agree otherwise, in case the anti-suit measure is sought as an interim measure; the arbitrators should look to (i) the rules of arbitration institution conducting the arbitration proceedings (in case of institutional arbitration) and/or (ii) *lex arbitri*.

Despite ambiguity of wording of the main international commercial and investment arbitration sources, many scholars and arbitration decisions confirm that the arbitrators' indeed have jurisdiction and power to issue anti-suit injunctions³⁹. Arbitral Tribunal have ruled in its Partial award (2001) in the ICC case 8307 that it is even necessary to issue anti-suit injunction, when the proceedings started in a state

³⁵ Roman Khodykin, *supra note 9*.

³⁶ https://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_travaux.html

³⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006.

³⁸ Emmanuel Gaillard, *supra note 7*, p. 23

³⁹ Richardo Quass Duarte, *supra note 1*, p. 13.

court are patently beyond court's jurisdiction and "therefore abusive"⁴⁰. Moreover, Arbitral tribunal in the Partial award (2001) in the ICC case 10681 held that anti-suit injunction might be granted on the basis that domestic proceedings could cause damage to a party and "materially affect the practical effectiveness of the on-going arbitration proceedings and compromise the subject matter of the arbitration"⁴¹.

The arbitration rules of major arbitration institutions contain non-exhaustive lists of interim measures. For example, the ICC Rules read: "*arbitral tribunal may make the granting of any such measure [...] it deems appropriate.*"⁴²; the MKAS Rules: "*the arbitral may [...] order either party to take such interim measures of protection [...] as it considers appropriate.*"⁴³; the SCC Rules provide that "*The Arbitral Tribunal may, [...] grant any interim measures it deems appropriate.*"⁴⁴ The ICSID Convention: "*Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party*"⁴⁵.

Generally, granting interim measures is considered to be a procedural issue falling under *lex arbitri*, usually, the arbitration law at the place of arbitration⁴⁶. But *lex arbitri* is of extreme importance not only for this reason but also because it establishes a division between the tribunal and court's powers to grant interim measures. Taking into account the variety of requirements for granting interim measures

⁴⁰ Interim award (2001) in ICC case 8307, [2000:1] ASA Bulletin 37.

⁴¹ Partial award (2001) in ICC case 10681.

⁴² Art. 28 of Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce in force as from 1 January 2012.

⁴³ Art. 36 of Rules of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of commerce and industry of the Russian Federation.

⁴⁴ Art. 32 of Arbitration rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

⁴⁵ Art. 47 of Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention).

⁴⁶ *The Secretariats' Guide to ICC Arbitration*, p. 290.

under different national laws, the arbitrators might face practical difficulty in establishing and exercising its powers to grant anti-suit injunctions. For example, as was already mentioned, since interim measures in Russia can be granted only in relation to the subject matter, this might cause difficulty to grant anti-suit injunctions in arbitrations having their seat in Russia.

Another issue to consider is whether an emergency arbitrator is entitled to grant anti-suit measures. If arbitral tribunal, before deciding on its jurisdiction, can issue anti-suit injunctions when making a prima facie determination on its jurisdiction to hear the case, the same should also apply to the emergency arbitrator. However, it must be noted that the arbitral tribunal could reverse rulings of the emergency arbitrators later, so it does not have prejudice effect later in the proceedings.

The last but not the least point to consider for analysis of arbitrators' power to grant anti-suit injunctions, as for any other judicial power conferred upon the arbitrators, must be the evaluation of all circumstances of each case, such as: (i) whether or not the relief is necessary, or (ii) urgent, or (iii) if a party would suffer an irreparable harm⁴⁷. That means that even recognizing the arbitrator's power to grant anti-suit injunctions, they should use such power with extreme caution. Laurent Levy rightly asserts that arbitrators may only issue anti-suit injunctions in extreme circumstances, "*when it appears necessary to protect the arbitral proceedings, namely where a party is fraudulently attempting to undermine the arbitral tribunal's jurisdiction*"⁴⁸. Mr Levy doubts of arbitrator's power to issue anti-suit injunction based on simple existence of parallel proceedings, ruling on a foreign court's or arbitral tribunal's jurisdiction⁴⁹.

⁴⁷ Emmanuel Gaillard, *supra* note 7, p. 95.

⁴⁸ Richardo Quass Duarte, *supra* note 1, note 61.

⁴⁹ Richardo Quass Duarte, *supra* note 1, note 62.

Anti-suit measure as a contractual remedy

However, anti-suit measure may be issued not only as an interim measure, but also along with the partial or final award on the merits. By its nature it would be an award for specific performance. If the claimant seeks the declaration in the partial or final award that the other party was in breach of arbitration agreement and correspondingly requests the arbitral tribunal to order specific performance – enjoin national proceedings – such anti-suit measure would have the final power and legally would be regarded not as an interim measure but as remedy for breach of contractual obligation to refer all disputes out of or related to the contract to arbitration:

“Immediately withdraw and permanently discontinue all pending litigation in national courts and it commence no new action [...] dissolve every existing attachment and that it seek no new remedy any national court.”⁵⁰

In this situation anti-suit measure usually would be as a secondary remedy, not the main claim of the party, unless the claimant initiates arbitration for the award of contractual penalty for starting proceedings in national courts. Such anti-suit order has the same effect as anti-suit injunction in form of interim measure has, but as it will be explained later, it also has significant influence on the possibility to enforce such order.

Order for specific performance is one type of remedies available for contractual breaches, in this case arbitration agreement. Therefore, besides the already discussed general arbitration principles, arbitration agreement between the parties, procedural rules and *lex arbitri*, in this situation the arbitral tribunal should also look at the law applicable to

⁵⁰ *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4, Award of 6 January 1998, 4 ICSID Rep. (1997) p. 69.

the dispute, *e.g.* whether all conditions had been met to award such remedy.

III. Measures against party that does not comply with anti-suit measures

Notwithstanding that decision of the emergency arbitrator and arbitral tribunal granting anti-suit measures is binding on the parties and by entering into arbitration agreement they expressly undertake to comply with all orders of the arbitral tribunal, there is always a risk of a breach of this undertaking by the party against which the order is directed.

In practice interim measures granted by arbitral tribunals are complied with voluntarily. According to the 2012 International Arbitration Queen Mary and W&C Survey on Current and Preferred Practices, in the Arbitral Process, 62% of the granted interim measures are complied with voluntarily, and only 10% of the parties seek its enforcement⁵¹.

In cases a party does not comply voluntarily with anti-suit measure, arbitral tribunals usually do not have coercive powers as state courts to ensure compliance with measures ordered, but such powers may derive either from explicit agreement between the parties in this respect, applicable rules to the arbitration proceedings or *lex arbitri*.

The parties are free to agree on the remedies arising out of the failure to comply with the interim measures issued by arbitral tribunal, including failure to comply with the anti-suit injunctions. Such agreement could at least give possibility to a monetary compensation from a “forum shopping” party.

⁵¹ 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, p. 16.

Though arbitration rules of major arbitration institutions provide powers for arbitrator's to issue interim measures, the consequences for non-compliance with such orders are not expressly provided for by such rules. Nevertheless, in practice arbitrators do have strong "persuasive powers": the parties will be more disposed to comply with an order rather than the risk irritating or alienating an arbitral tribunal through non-compliance⁵².

"Adverse inference" is another possible method for penalizing non-compliance with anti-suit injunctions. Generally "adverse inferences" is a classic sanction against distractive or abusive actions of one of the parties⁵³. But the possibility to draw adverse inference for non-compliance of order for interim measures should nevertheless follow either from the agreement of the parties, or the terms of reference (if any), or procedural rules applicable to arbitration proceeding or *lex arbitri*. The direct reference to this effect cannot be found in arbitration rules of major arbitration institutions. But the possibility for arbitral tribunal to draw adverse inference when the party does not comply with the interim measure granted can be found in the English Arbitration Act 1996: if a party fails to comply with a direction from the tribunal where the seat of the arbitration is in England, the Act authorizes the tribunal to issue peremptory order prescribing the time for compliance. If the party fails to comply with such order, the Act gives the arbitral tribunal powers to draw adverse inferences⁵⁴. Similar rule is established in the Civil Procedure Code of Geneva⁵⁵.

⁵² *Supra* note 46, p.292.

⁵³ D.A. Shemelin "Changing a standard of proof in international arbitration" in: *New Horizons of International Arbitration. Issue 1* / Ed. by A.V. Asoskov, N.G. Vilkova, R.M. Khodykin, 2013, pp. 190–219 [Шемелин Д.А. Изменение стандарта доказывания в международном арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 1 / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. — М.: Инфотропик медиа, 2013. С. 190–219].

⁵⁴ Raymond J. Werbicki, *supra* note 31; English Arbitration Act 1996, s. 41.

⁵⁵ D.A. Shemelin, *supra* note 53, p. 196.

Another possible instrument for arbitrators to fight with a party's not-obeying the anti-suit injunction lies in arbitral tribunal's ability to regulate the compliance with such measures by means of its final decision on arbitration costs. The Article 41 of the English Arbitration Act 1996 also expressly provides for such a possibility.

In addition, interim measure can be enforced through judicial authorities, where national laws so permit. For example, in England, unless the parties agreed otherwise, the court may issue order requiring a party to comply with the peremptory order of the tribunal⁵⁶. And consequences for failure to comply with English court orders are very harsh, up to imprisonment⁵⁷, thus avoidance to comply with anti-suit order of the tribunal in England is rather minimized.

Whether arbitral tribunal may impose penalties for non-compliance will usually depend on the agreement between the parties or the relevant national laws, but it is also possible for a successful party to file a claim either for loss or damages due to the non-compliance with the order, or for specific performance of the order against the recalcitrant party⁵⁸. ICC case law confirms that «the arbitral tribunal lacks imperium to ensure compliance of a party with an interim or conservatory measure»⁵⁹. However, arbitrators have at their disposal other means of forcing a party to comply with their decisions on interim measures⁶⁰. If the anti-suit injunction directed at one of the respondents were not complied with, «*relief for damages resulting from such breach of the agreement to arbitrate might possibly be sought in this arbitration*»⁶¹. Such damages, in general, could be held as litigation costs

⁵⁶ English Arbitration Act 1996, s. 42.

⁵⁷ Roman Khodykin, *supra note 9*.

⁵⁸ ICC Bulletin VOL 22 Interim, Conservatory and Emergency measures in ICC arbitration, 2011, p. 86.

⁵⁹ Interim award (1999) in ICC case No. 10021, ¶ 33.

⁶⁰ ICC Bulletin, *supra note 58*, p. 86.

⁶¹ Interim Award (2001) in ICC Case No. 8307.

in the domestic proceedings. The question remains whether a party could have a right to request damages if the national court decides the dispute differently to the final award of arbitration. On the other hand, Laurent Levy notes that it is debatable whether an arbitration agreement gives rise to a strict obligation which, if violated, may result in an award of damages, since declaring jurisdiction enables the arbitrator to rule on the merits of the dispute before him but does not comprise the power to exclude the jurisdiction of others⁶².

Despite the fact that anti-suit measures can be sought as a remedy in the final award and theoretically could be recognized under the New York Convention, its final enforceability in any case would depend only on good faith and willingness of the party against which the relief was sought since only that party can take active actions to stop or not start national court proceedings. Such “good faith” in practice probably can be “encouraged” only by awarding damages or penalties where possible.

IV. Recognition and enforcement of anti-suit measures

Enforceability issues of anti-suit measures again may differ depending on whether they are granted before the final award is issued (*e.g.* as interim measure) or formulated as order for specific performance in the final award.

Ray Werbicki perfectly summarizes enforceability issues related to interim measures granted by arbitral tribunals: *“Whether enforceability is a limitation on the effectiveness of an interim measure ordered by an arbitral tribunal depends mainly on the mechanisms for enforcement*

⁶² Laurent Levy „*Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*“, in: IAI International Arbitration Series No. 2, *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, ¶¶ 115–129, p. 120.

available (1) in the arbitration process itself, (2) under the procedural law of the arbitration, and (3) in national courts having jurisdiction over the party against whom the interim measure is to be enforced or that party's assets"⁶³.

The form of arbitral decisions granting anti-suit measures

The form of anti-suit measures theoretically may also have some impact on its enforceability. Arbitrators enjoy wide rights choosing the form in which they can shape their procedural documents. In particular, arbitral tribunals can issue recommendations, procedural orders, partial awards, final awards, and other kinds of rulings. Emergency arbitrators usually are limited by terms of the form they can use. For example, under the ICC Rules, an interim measure shall take a form of an order⁶⁴. However, some of the arbitration institutions leave the discretion for the emergency arbitrator to decide which form of procedural document should be granted in order to issue an interim measures: order or award⁶⁵. But in practice, the selection of form of anti-suit measures should also depend on the stage of proceedings and behaviour of the party against which the measure is sought.

Three most common situations may occur:

- (i) if anti-suit measure is sought before the arbitral tribunal is formed or case file handed over to it and behaviour of one of the parties is clearly disruptive, emergency arbitrator or arbitral tribunal (once formed), having established its *prima facie* jurisdiction, may pass a recommendation or a procedural order to such a disruptive party;
- (ii) if arbitral tribunal has already ruled on its jurisdiction but necessity of anti-suit measure is needed before the final award is passed,

⁶³ Raymond J. Werbicki, *supra note 31*, p. 92.

⁶⁴ ICC Rules, *supra note 42*, Art. 29.

⁶⁵ For example, Art. 37 under Rules of ICDR, Art. 32 of the rules of SCC.

the tribunal may grant anti-suit measure not only in the form of recommendation or procedural order but also in the form of a partial award;

- (iii) if anti-suit injunction is sought by the claimant by way of claiming specific performance or if arbitral tribunal has substantial ground to believe that the losing party shall take disruptive action during the course of recognition and enforcement of the final arbitral award, anti-suit measure can be formulated in the final award on the merits.

Though some authors are of the opinion, that usually anti-suit measures against one party do not involve the necessity of their recognition and enforceability⁶⁶, there is another view that if interim measure is issued in the form of a partial award, there is at least an argument that such award can be enforced under the New York Convention where the requirements of the Convention are otherwise met⁶⁷.

In some countries, possibility to recognize and enforce foreign arbitral tribunals' awards or rulings/orders on interim measures is *expressis verbis* provided by law: For example, Article 26 of the Law on Commercial Arbitration of Lithuania states that:

*“An arbitral award or ruling on interim measures made in any other state may be recognised and enforced in the territory of the Republic of Lithuania.”*⁶⁸

However, as already mentioned, arbitral tribunal has the power to order specific performance in the final award to uphold an arbitration agreement. In this situation the problem of enforceability due to

⁶⁶ Roman Khodykin, *supra* note 9.

⁶⁷ Raymond J. Werbicki, *supra* note 31.

⁶⁸ *Supra* note 33.

the lack of «finality» of the award, could be avoided. On the other hand, the wording of the final award might determine the refusal to recognize and enforce under the ground of violation of the public policy. Supporters of international anti-suit injunctions commonly argue that, since the order is not directed to the foreign court, but to the defendant within the jurisdiction of the enjoining court (*in personam*), the injunction would not represent an interference with the foreign state's system of administration of justice⁶⁹. It is, however, obvious that when an anti-suit injunction is issued, even if directed to the parties, the order indirectly interferes with the determination of jurisdiction of the foreign court⁷⁰. It is assumed that wording which expressly binds one of the parties to take or restrain from certain actions, for example to withdraw the claim in the domestic courts, is more likely to be recognized.

Effect of a final arbitral award granting anti-suit measures in the light of the Brussels I Regulation

Even if anti-suit measure is directed against the party and not the state court, could it nevertheless be regarded as eliminating the court's right to decide on its jurisdiction? Especially taking into account that anti-suit injunctions could be issued not only by arbitrators but also by the domestic courts. This leads to further question. Especially in the light of *West Tankers* judgment, analysed above, whether anti-suit measures granted by the arbitrators in the final arbitral award are in line with the Brussels I Regulation and could be recognised and enforced in EU Member State.

The first problem was raised in the ruling of the Supreme Court of Lithuania in *Republic of Lithuania v. OAO Gazprom*⁷¹. The SCC made a

⁶⁹ Thomas Raphael, "The Anti-suit injunction", Oxford 2008, p. 16.

⁷⁰ Ricardo Quass Duarte, *supra note 1*, p 9.

⁷¹ Supreme Court of Lithuania Ruling in the Civil Case No. 3K-7-326/2013, *Republic of Lithuania v. OAO Gazprom*

decision in the form of final award, which *inter alia* stated that legal action brought by the Ministry of Energy of the Republic of Lithuania (Defendant) partially breached the arbitration clause of the relevant agreement. The Defendant was ordered to withdraw some of its claims in the Vilnius Regional Court. OAO Gazprom has requested to recognize and enforce the award in the Republic of Lithuania. The Court of Appeals of the Republic of Lithuania made the ruling, which stated that by such award the arbitral tribunal *inter alia* denied the jurisdiction of the national court to rule on its own competence. Such content of the ruling, according to the Court of Appeals, violated the public policy and as such cannot be recognized in Lithuania.

This decision had been further challenged. The Supreme Court of Lithuania, noted⁷² that in general, the recognition and enforcement of the rulings in civil and commercial cases are regulated by the Brussels I Regulation, which, as per provision set in Paragraph 2 of Article 1 are not subject to the arbitration. However, the principle of supremacy of the EU law implies that national courts must ensure full effectiveness of provisions of EU regulations and set aside the provisions of national law which are incompatible, including the rules set in bilateral agreements signed by the respective Member State⁷³. That means that the assurance of the principle of supremacy of EU law is very important when the particular field is regulated by the international convention.

Despite the fact that the Brussels I Regulation is not the subject to the arbitration, Paragraph 2 of Article 71 of it states that in any event, the provisions of this Regulation which concern the procedure for recognition and enforcement of judgments may be applied. Jurisprudence of the ECJ have explained that the rules for

⁷² *Supra* note 71.

⁷³ *Supra* note 71, note 2.

the recognition and enforcement of court judgments in the European Union as set in the special conventions mentioned in the Article 71 can be applied only to the extent of the principles of the free movement of judgments and mutual trust in the administration of justice⁷⁴. Therefore, in the opinion of the Supreme Court of Lithuania, in order to ensure full effectiveness of EU law, the national courts may not comply with the provisions of the New York Convention in case their application would violate the principle of supremacy of EU law.

On the other hand, the Supreme Court of Lithuania agreed, that the New York Convention is a convention that is applied widely on the international level and all EU Member States are parties of this Convention. Therefore, it should be considered whether the EU do not accept the Regulation in the area which the EU has jurisdiction to regulate, because of existence of other instrument of international law, which the EU treats effective.

According to the Supreme Court, considering all the uncertainty of relation between the New York Convention and EU law, it is important to clarify that relation in order to correctly examine the case and ensure that the Supreme Court of Lithuania does not violate its duty as nation court to ensure the full effectiveness of EU law in order to uphold the principle of supremacy of EU law. The Supreme Court have suspended the case and referred to the Court of Justice of the European Union for the preliminary ruling on the questions:

“1) Does the court of the Member State have a right to refuse to recognize the award of the arbitration court by which it grants the anti-suit injunction which prohibits the party to apply with certain requirements to the court of the Member State, which, according to the rules of jurisdiction of the Brussels I Regulation, is competent

⁷⁴ *Supra* note 71, note 4.

to examine the civil case on its merits, on the grounds that such an award of the arbitration court limits the jurisdiction of the national court to rule on its own competence in the examination of the case in accordance to the rules of jurisdiction of the Brussels I Regulation?

2) If the answer to the afore listed question is positive, does the same apply in the case where anti-suit injunction, awarded by the arbitration court, order the party of proceeding to limit its requirements in such a case, which is examined in the other Member State and the court of that other Member state and the court of that other Member State has a jurisdiction to examine such a case in accordance to the rules of jurisdiction of the Brussels I Regulation?

3) Can a national court for the purpose of ensuring the supremacy of the EU law and full effectiveness of the Brussels I Regulation refuse to recognise the award of the arbitration court if such an award limit the right of the national court to rule on its own jurisdiction and authority in a case that falls under the jurisdiction of the Brussels I Regulation?"

The outcome is yet to be seen.

V. Summary

The parties by entering into arbitration agreement clearly wish to avoid any parallel proceedings in state courts. The use of anti-suit measures may assist in compliance of the parties with the arbitration agreement. The main purpose of using anti-suit measures in international arbitration is to protect and uphold arbitration agreement by restraining a person, who has agreed by contract to refer disputes to arbitration, from commencing and/or pursuing legal proceedings in the context of arbitration. These goals can be achieved through anti-suit measures issued not only by the state courts, but also by arbitrators, both, at the very beginning and the end of the arbitration proceedings. Therefore, provided certain criteria are met, the emergency arbitrators

also have power to issue anti-suit injunctions. Anti-suit measures can be either as an interim measure (anti-suit injunctions) or as an order for the specific performance in the final arbitral award.

Arbitrators' powers to grant anti-suit injunctions derive from (i) arbitral agreement; (ii) general principles of arbitration; (iii) procedural rules applicable to arbitration proceedings and (iv) *lex arbitri*. In case of anti-suit measure is sought as a remedy in the final award, the law applicable to the case should also be looked at.

Arbitrators enjoy a wide range of rights in choosing the form of the procedural documents, which could be rendered. Depending on the stage of arbitration proceedings arbitral tribunals can issue recommendations, procedural orders, partial awards, final awards, and other kinds of rulings. Emergency arbitrator's decisions usually are limited in terms of form.

Arbitrators not only have powers to grant anti-suit measures but also sanction the party not complying with such order. In majority cases anti-suit measures granted by arbitrators are complied with voluntarily. But if not, there is no international legal instrument indicating clear and uniform rule on recognition and enforceability of such measures. In practice, there are several contractual and/or legal means contributing to the compliance with anti-suit measures. The parties themselves can outline the boundaries of such arbitrator's sanctions in the contract stipulating the amount of liquidated damages or similar penalties that arbitrators can impose on the party breaching agreement to arbitrate. The arbitral tribunal may also "punish" not complying party by its decision on arbitration costs or awarding damages. It could also take "adverse inferences". The recognition and enforcement of anti-suit measures, unless *expressis verbis* allowed by national law, faces difficulties. If such injunction takes form of interim measure, it is not the "final award" and is not subject for recognition

and enforcement under the New York Convention. If such measure is a remedy awarded by the final award, state courts could refuse to recognize it under the ground of the violation of “public policy”. ECJ preliminary decision in *OAO Gazprom v. Republic of Lithuania* case will hopefully deal not only with issue of the effect of the final arbitral award for specific performance to protect arbitration agreement, in relation to Brussels I Regulation, but also with the general powers of arbitral tribunal to grant anti-suit measures.

А.В. Вялков,

участник команды юридического факультета МГУ им. Ломоносова
на Конкурсе по международному коммерческому арбитражу им. Виса

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ ОГОВОРКИ О РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ И ПРИНЦИП *LIS ALIBI PENDENS*

1. Постановка проблемы

Действительная арбитражная оговорка обладает дерогационным эффектом в отношении всех остальных форумов, не указанных в оговорке¹. Речь идет, конечно, прежде всего о судах. Иск, поданный в суд в нарушение действительной арбитражной оговорки, должен быть по заявлению заинтересованной стороны оставлен судом без рассмотрения в соответствии со ст. II (3) Нью-Йоркской конвенции². Если суд сочтет арбитражную оговорку действительной, сохранившей силу и исполнимой, то у него будет отсутствовать компетенция на рассмотрение спора, покрываемого оговоркой.

Нередко стороны инициируют параллельные процессы в нескольких форумах. Под параллельными процессами понимаются процессы, прошедшие тест на тройную идентичность — совпадение

¹ *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* / Eds. E. Gaillard, J. Savage. Kluwer Law International, 1999. PP. 661–670; *Poudret J. – Fr., Besson S., Comparative Law of International Arbitration*. 2nd ed. Sweet&Maxwell, 2007. Para 367.

² *Lex fori* может предписывать и иные формы направления сторон в арбитраж. См.: *Kronke H., Nacimiento P., et al. (ed). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010. P. 111

спорящих сторон, предметов исков и оснований исков³. Например, одна сторона подает в один форум иск о взыскании убытков в связи с нарушением договора, а другая сторона подает в другой форум «связанный иск»⁴ о признании обязательств по договору надлежащим образом исполненными.

Параллельные процессы часто ведутся либо в двух судах, либо параллельно в суде и арбитраже.

Проблема параллельных процессов в судах континентальной Европы традиционно решается на основании принципа *lis alibi pendens*. Но согласно господствующему мнению⁵, этот принцип не действует в отношении параллельных процессов в суде и арбитраже из-за дерогационного эффекта арбитражного соглашения⁶.

³ Асосков А.В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 2. С. 81.

⁴ Здесь и далее под связанным иском понимается такой иск, удовлетворение которого может привести к противоречию решения второго форума решению первого форума.

⁵ *Born G.*, International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 2935; *Cremades B.M.*, *Madalena I.*, Parallel Proceedings in International Arbitration. Arbitration International. 2008. Vol. 24. Issue 4. P. 510–513; *Söderlund C.*, *Lis Pendens, Res Judicata and the Issue of Parallel Judicial Proceedings*. Journal of International Arbitration. 2005. Vol. 22. Issue 4. P. 312; *Houtte H. van.*, Parallel proceedings before State Courts and Arbitration Tribunals. Is there a Transnational *lis pendens* – Exception in Arbitration or Jurisdiction Conventions? in *Arbitral Tribunals or State Courts – Who Must Defer to Whom?* Conference in Zurich of January 28 2000, Reports and Materials, edited by Pierre A. Karrer. P. 35; *Bensaude D.*, The International Law Association's Recommendations on *Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Commercial Arbitration. Journal of International Arbitration, 2007. Issue 4. P. 421; Асосков А.В. Указ. соч. С. 91–93; Чупрунов И.С. Иски об оспаривании арбитражного соглашения. Иски и судебные решения. Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2009. С. 159–160.

⁶ Иного мнения придерживаются швейцарские авторы – *Poudret J.* – *Fr. и Besson S.*, *Op.cit. Para. 512*. Данный подход можно объяснить решением Верховного Суда Швейцарии по делу *Fomento (Fomento de Construcciones v. Contratas SA. contre Colon Container Terminal S.A., decided 2001) = YCA XXDC (2004), 809* (Federal Supreme Court, Switzerland), где суд подтвердил, что проблема параллельных процессов в суде и арбитраже

Действительно, принцип *lis alibi pendens* предполагает, что компетенцией на разрешение спора обладает не один, а несколько форумов. Причем данный принцип традиционно применяется в отношении параллельных процессов в двух судах. А компетенция судов определяется по правилам международной подсудности *lex fori*, в отличие от арбитража, в основе компетенции которого лежит арбитражное соглашение⁷. Именно когда несколько судов считают себя компетентными в соответствии с собственными правилами международной подсудности, и появляется своего рода конкуренция компетенций. Тогда форум, в котором процесс был инициирован вторым, должен будет оставить иск без рассмотрения или приостановить разбирательство, если первый форум выскажется в пользу наличия у него компетенции.

При наличии арбитражной оговорки конкуренция компетенций, как правило, становится невозможной, поскольку арбитражная оговорка в силу дерогационного эффекта по общему правилу исключает компетенцию судов⁸. Суду и арбитрам скорее нужно оценить, действительна ли арбитражная оговорка и покрывает ли данная арбитражная оговорка переданный на их рассмотрение спор⁹.

Но не все оговорки о разрешении споров обладают столь однозначным дерогационным эффектом в отношении судов. Оговорка, которая предоставляет истцу право выбора между судом и арбитражем, очевидно, не обладает таким эффектом в отношении

должна решаться исходя из принципа *lis alibi pendens*. См. *Kronke H., Nacimiento P., et al. (ed)*. Op. cit. P. 98 (fn 216).

⁷ *Redfern A., Hunter M.*, On International Commercial Arbitration. Oxford University Press, 2009. Para. 1–58.

⁸ Final Report on Lis Pendens and Arbitration (International Law Association, Toronto Conference, 2006, International Commercial Arbitration). Para. 1.8 et. seq.; *Акошков А.В.* Указ.соч. С. 91.

⁹ *Söderlund C.*, Op. cit. P. 312; *Houtte H. van.*, Op. cit. P. 35.

судов, перечисленных в оговорке. Такие оговорки принято называть альтернативными или опционными. Они получают все большее распространение в трансграничных договорах¹⁰.

В связи с этим мыслимы ситуации, в которых было инициировано два параллельных процесса в двух альтернативно оговоренных форумах — один в арбитраже, а второй в суде. При этом стороны в своем соглашении прямо не оговорили, как должна решаться такая проблема параллельных процессов. Есть ли у второго форума основание отказывать в рассмотрении «связанного иска»? Что должно служить этим правовым основанием? Должен ли один альтернативно оговоренный форум принимать во внимание процесс, инициированный ранее в другом альтернативно оговоренном форуме? Будет ли в такой ситуации работать принцип *lis alibi pendens*? Проблема была упомянута Ассоциацией международного права в 2006 г¹¹, но до сих пор не была подробно исследована.

2. Практические последствия результата исследования

Последствия учета одним альтернативно оговоренным форумом процесса, инициированного ранее в другом альтернативно оговоренном форуме, видятся в следующем.

Далеко не во всех юрисдикциях наличие инициированного ранее процесса однозначно приведет к прекращению производства в форуме, в который иск был подан позднее.

¹⁰ См. подробнее: Барбе Ж., Рошер П. Анализ опционных оговорок о способах разрешения споров с точки зрения французского и английского права // Вестник МКА. 2011. № 1.

¹¹ Final Report on Lis Pendens and Arbitration (International Law Association, Toronto Conference, 2006, International Commercial Arbitration). Para. 4.3 (fn 65).

Например, в Англии наличие параллельного процесса в ином компетентном форуме учитывается в рамках доктрины *forum non conveniens*. Параллельный процесс в ином компетентном форуме — лишь одно из условий, говорящих в пользу возможности прекращения производства в английском суде¹². Кроме того, доктрина *forum non conveniens* все же предполагает дискрецию суда¹³. В связи с этим, даже если иск в иной компетентный форум был подан раньше, одно лишь это обстоятельство может не привести к прекращению производства в английском суде. Такое возможно, если второй форум (английский суд) является очевидно гораздо более подходящим (*appropriate*) для разрешения спора или если рассмотрение дела во втором форуме (английском суде) даст истцу такие преимущества, что будет несправедливо (*unjust*) лишать истца этих преимуществ прекращением производства¹⁴. Принимая во внимание особенности разрешения споров в международном коммерческом арбитраже¹⁵, на вопрос, является ли форум (будь то арбитраж или суд) гораздо более подходящим, чем другой, не всегда будет легко ответить.

Наоборот, *lex fori*¹⁶ стран континентальной Европы чаще всего предусматривает безусловное приостановление производства в пользу процесса, инициированного раньше (*first-in-time*

¹² *Fawcett J. (ed.), Declining Jurisdiction in Private International Law*. Oxford, 1995. P. 214–217.

¹³ *Spliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd* [1987] A.C. 460. *Christian H., Schulze, A. W. Forum Non Conveniens in Comparative Private International Law*. South African Law Journal. 2001. Vol. 118. PP. 818–819.

¹⁴ *The Abidin Daver* [1984] A.C. 398, at pp. 411–12. *Hartley T.C., International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*. Cambridge, 2009. P. 211–212.

¹⁵ *Lew J.M., Mistelis L.A., Kröll St., Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. Para. 1–8–1–30.

¹⁶ Статья 27 Регламента Брюссель I также предусматривает безусловное приостановление процесса до момента, пока суд, в который иск был подан первым, не установит наличие компетенции. После установления наличия компетенции производство во втором суде прекращается. Однако арбитраж исключен из сферы применения Регламента.

rule). Производство в суде, в который иск был подан позднее, прекращается, если первый суд установит свою компетенцию и если его решение, вероятно, будет признано в стране второго суда. При этом перед вторым судом стоит не вопрос наличия у него компетенции, но лишь вопрос тройной идентичности процессов.

Но и подход стран континентальной Европы имеет свои недостатки. Данный подход поощряет стремление стороны первой предъявить иск в суд (*race to the courthouse*) с единственной целью определения более удобного для себя форума.

Далее будет анализироваться континентальное правило *lis alibi pendens*.

3. Условия применения принципа *lis alibi pendens*

Можно выделить два условия, необходимые для оставления искового заявления без рассмотрения на основании принципа *lis alibi pendens*.

Первое условие – наличие двух процессов в форумах, обладающих компетенцией на рассмотрение спора. Причем, согласно нормам национальных законодательств решение суда, в который иск был подан первым, должно подлежать признанию¹⁷ или с высокой вероятностью должно быть в будущем признано¹⁸ в стране суда, в который иск был подан позднее.

¹⁷ Пункт 2 Ст. 406 ГПК РФ.

¹⁸ См. в отношении законодательств Швейцарии, Италии, Германии: Final Report on Lis Pendens and Arbitration (International Law Association, Toronto Conference, 2006, International Commercial Arbitration). Para.2.16–2.35.

Второе условие — прохождение параллельными процессами теста тройной идентичности, (совпадение спорящих сторон, предметов исков и оснований исков)¹⁹. Точно такой же тест используется для применения принципа *res judicata*. При этом в некоторых правопорядках наблюдается тенденция отказа от буквального понимания категории «совпадение» в пользу ее более широкого понимания при применении как принципа *res judicata*²⁰, так и *lis alibi pendens*²¹. Хотя в иных правопорядках тест тройной идентичности проводится более строго²².

4. Принцип *lis alibi pendens* — только для судов?

Нормы национальных законодательств традиционно говорят о параллельных процессах в двух *судах*. Тогда буквальное понимание закона не позволяет применять принцип *lis alibi pendens* к параллельным процессам, инициированным в суде и арбитраже, которые указаны в альтернативной оговорке.

Но, думается, в контексте параллельных процессов в указанных в альтернативной оговорке суде и арбитраже нужно понимать термин «суд», фигурирующий в национальных законодательствах,

¹⁹ Асосков А.В. Указ.соч. С. 81.

²⁰ Принципы *res judicata* и *lis alibi pendens* служат одной цели — конечности судебного или арбитражного разбирательства, предотвращению противоречащих решений. Они представляются настолько родственными, что выводы в отношении *res judicata* не могут игнорироваться при применении принципа *lis alibi pendens*. См.: Gallagher N., Parallel Proceedings, Res Judicata and Lis Pendens, para.17–10 in *Mistelis L., Lew J. (ed.), Pervasive Problems in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2006.

²¹ См. в странах Евросоюза: *Marongiu Buonaiuti F. Lis Alibi Pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters Within the European Judicial Area*. Yearbook of Private International Law. 2009. Vol. 11. P. 530–540; См. в отношении принципа *res judicata*: Sheppard A., *Res Judicata and Estoppel*. Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration, 2005. P. 233.

²² Sheppard A., Op. cit. P. 233.

как включающий в себя и арбитраж. Такое толкование соответствует пониманию принципа *lis alibi pendens* как фундаментального принципа процессуальной добросовестности²³. Ассоциация международного права уже рекомендовала применять этот принцип и к параллельным процессам в двух арбитражах²⁴. Кроме того, вряд ли составители норм намеревались исключить применение принципа *lis alibi pendens* к параллельным процессам, инициированным в указанных в альтернативной оговорке суде и арбитраже.

Более того, принцип *lis alibi pendens* уже применялся судами к параллельным процессам в суде и арбитраже в контексте даже не альтернативной, а исключительной арбитражной оговорки²⁵.

В деле *Fomento de Construcciones y Contratas SA. (Fomento) v. Colon Container Terminal S.A. (CCT)* между сторонами возник договорный спор. Испанская компания Fomento инициировала судебный процесс против CCT перед панамским судом, несмотря на наличие широкой исключительной арбитражной оговорки. Суд признал свою компетенцию. Затем панамская компания CCT инициировала против Fomento параллельный процесс в арбитраже в Швейцарии. Арбитраж вынес решение в пользу CCT. Fomento обратилась в суд по месту проведения арбитража с иском об отмене решения арбитража по причине отсутствия у него компетенции. Fomento ссылалась на то, что арбитры должны были оставить заявление без рассмотрения в соответствии со ст. 9 Закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г. (далее – Закон Швейцарии о МЧП), закрепляющей принцип *lis alibi pendens*.

²³ Born G., Op. cit. P. 2949.

²⁴ Final Report on Lis Pendens and Arbitration (International Law Association, Toronto Conference, 2006, International Commercial Arbitration). Para. 4.47 et seq.

²⁵ Fomento de Construcciones y Contratas SA. v. Colon Container Terminal S.A. (*Fomento case*), 2001, Federal Supreme Court, Switzerland.

Таким образом, перед швейцарским судом помимо прочего стоял вопрос, обязан ли был состав арбитража применять ст. 9 Закона Швейцарии о МЧП, которая говорит только о параллельных процессах *в судах*. Швейцарский суд ответил на этот вопрос положительно.

Применение швейцарским судом принципа *lis alibi pendens* к параллельным процессам в суде и арбитраже при наличии *исключительной* арбитражной оговорки критиковалось многими исследователями²⁶. В результате в Закон Швейцарии об МЧП были внесены изменения (ст. 186 (1bis)), чтобы в дальнейшем исключить действие принципа *lis alibi pendens* в подобных ситуациях.

Но важно то, что в контексте параллельных процессов в суде и арбитраже, указанных в *альтернативной* оговорке, термин «суд», фигурирующий в национальных нормах о *lis alibi pendens*, тем более может пониматься как «форум». Тогда национальные нормы, закрепляющие принцип *lis alibi pendens*, должны применяться к параллельным процессам в суде и арбитраже, указанным в альтернативной оговорке.

5. Ситуации, возможные на практике

Представим, что сначала в оговоренный суд был подан иск о взыскании убытков в связи с нарушением договора, а следом ответчиком по первому иску был подан иск о признании обязательств по договору надлежащим образом исполненными, но уже в оговоренный арбитраж. Такое возможно, если оговорка о разрешении споров будет сконструирована так, что либо у обеих сторон

²⁶ См. выше авторов, выступающих за отсутствие *lis alibi pendens* между судом и арбитражем.

есть выбор между судом и арбитражем²⁷, либо одна сторона должна подавать все иски в суд, а у другой есть право выбора между судом и арбитражем²⁸, либо когда одна сторона обязана подавать все иски в суд, а другая – в арбитраж²⁹ (в последнем случае оговорка, очевидно, не будет для истца альтернативной, но все равно создаст условия для параллельных процессов).

Может ли состав арбитража отказаться от разрешения спора при наличии параллельного процесса в другом форуме (например, в суде)?

Подобный вопрос (но в контексте уже инициированного процесса не в суде, а в арбитраже) был поднят в деле *Tema-Frugoli SpA v. Hubei Space Quarry Indus. Co. Ltd*³⁰, где между сторонами возник спор из договора поставки. В центре внимания была альтернативная арбитражная оговорка, в соответствии с которой иски Tema (продавец) должны были рассматриваться Арбитражным институтом Торговой палаты г. Стокгольма (далее – Стокгольмский арбитраж), а иски компании Hubei (покупатель) – Китайской комиссией по международному экономическому и торговому арбитражу (далее – СИЕТАС)³¹. Компания Hubei посчитала, что

²⁷ *William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company*, High Court – Court of First Instance, Hong Kong, 17 February 1993, [1993] HKCFI 215; *Westfal-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviera SA (The Messiniaki Bergen)* [1983] 1 All ER 382.

²⁸ *NB Three Shipping Ltd. v Harebell Shipping Ltd.* [2004] EWHC 2607 (Comm).

²⁹ Постановление ФАС Дальневосточного округа по делу № А73–5339/2013.

³⁰ *Judgment of 2 July 1999, Tema-Frugoli SpA v. Hubei Space Quarry Indus. Co. Ltd.*, XXVI Y.B. Comm. Arb. 807 (Milan Corte di Appello) (2001).

³¹ Похожая оговорка имела место в споре между ООО «Дельта Вилмар СНГ» и ОАО «Эфирное» – Постановление Президиума ВАС РФ № 11861/10 (оговорка предусматривала зависимость применимого права от того, кто выступал истцом по делу, и в какой форум подавался иск). В этом споре, однако, вопросы, касающиеся применения принципа *lis alibi pendens* не возникли из-за различия предметов исков. См. подробнее: *Плеханов В.В., Усоскин С.В.* Право, применимое к договору, в международном коммерческом арбитраже: некоторые вопросы, поставленные практикой // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1.

обязательства из договора были исполнены Тема ненадлежащим образом. Компания Тема обратилась в Стокгольмский арбитраж с иском об установлении факта надлежащего исполнения договора. Компания Hubei подала в СИЕТАС иск об исполнении обязательства (компания Тема во втором процессе не участвовала и не заявляла возражений против компетенции), который был принят к рассмотрению. Таким образом, образовалось два параллельных процесса. Оба иска были удовлетворены составами арбитражей. Компания Тема привела решение Стокгольмского арбитража в исполнение в Италии. Компания Hubei следом также обратилась в итальянский суд за исполнением решения СИЕТАС. Компания Тема возражала против приведения решения СИЕТАС в исполнение, ссылаясь на то, что СИЕТАС не должен был рассматривать спор за отсутствием компетенции.

Апелляционный суд Милана постановил, что арбитражная оговорка наделяла компетенцией оба состава арбитража. При этом несоответствие одного решения арбитража другому не является препятствием для приведения решения СИЕТАС в исполнение. Решение СИЕТАС было приведено апелляционным судом Милана в исполнение. Кассационный суд решение нижестоящего суда отменил и в приведении решения СИЕТАС в исполнение отказал³².

В свете темы данной статьи решение интересно тем, что состав арбитража СИЕТАС не применил принцип *lis alibi pendens* и принял иск к рассмотрению³³. Пытаясь понять логику арбитров в подобных ситуациях, американский специалист Г. Борн отмечает, что

³² Кассационный суд сослался на то, что у состава арбитража СИЕТАС не было компетенции на рассмотрении спора, т.к. подачей первого иска форум был зафиксирован на будущее для встречных исков. См.: Corte di Cassazione [Supreme Court], 7 February 2001, Tema Frugoli SpA, in liquidation v. Hubei Space Quarry Industry Co.Ltd., reported in Y.B. Comm. Arb. XXXII (2007), PP. 390–96 (Italy No. 170).

³³ См. критику решения состава арбитража СИЕТАС в след. работе: *McLachlan C.*, *Lis pendens in International Litigation*. Brill Academic Publishers, 2009. P.218.

принятие вторым арбитражем спора к рассмотрению согласуется с договорной природой арбитража и что этот договор может не исполняться только в исключительных случаях³⁴. Действительно, арбитражная оговорка наделяла СИЕТАС компетенцией, что подчеркнул и суд Милана.

Но принцип *lis alibi pendens* покоится на том, что несколько форумов должны иметь компетенцию на разрешение спора. И у второго форума, в который был подан «связанный иск», обычно наличествует компетенция. Тогда возражение стороны³⁵ против параллельного процесса во втором форуме, очевидно, должно основываться на необходимости оставления искового заявления без рассмотрения (*inadmissibility*)³⁶, а не на отсутствии у второго форума компетенции³⁷.

Таким образом, если в арбитраж был подан «связанный иск» при уже имеющемся процессе в другом арбитраже, то составу арбитража не следует принимать иск к рассмотрению, согласно превалирующей позиции³⁸.

³⁴ *Born G.*, Op. cit. P. 2948.

³⁵ Ссылка во втором арбитраже на наличие решения первого арбитража по тому же спору для применения принципа *res judicata* не считается нарушением обязательства конфиденциальности (если таковое имеется) в споре между теми же сторонами: *Associated Electric and Gas Insurance Services Ltd (Aegis) v. European Reinsurance Co. of Zurich (European Re)* [2002] UKPC 1129, [2003] 1 WLR 1041. Представляется, то же верно и для ссылки в арбитраже на наличие параллельного процесса в другом арбитраже для применения принципа *lis alibi pendens*.

³⁶ См. аналогичный вывод в отношении принципа *res judicata*: *Sheppard A.*, Op. cit. P. 230–231. См. подробнее о различии возражений против компетенции и против принятия искового заявления к рассмотрению *Paulsson J.* *Jurisdiction and admissibility*. *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. *Liber Amicorum in honor of Robert Briner*. ICC Publishing, 2005.

³⁷ Если второй форум – арбитраж, то по той же причине решение арбитража нельзя будет оспорить (или заявить возражение против приведения его в исполнение) со ссылкой на отсутствие у него компетенции.

³⁸ *Final Report on Lis Pendens and Arbitration* (International Law Association, Toronto Conference, 2006, International Commercial Arbitration). Para. 4.48; *McLachlan C.*, Op.

Данный вывод может быть экстраполирован и на ситуацию, в которой первый процесс был инициирован в оговоренном в альтернативной оговорке суде, а второй – в оговоренном арбитраже.

Представим теперь обратную ситуацию. В оговоренный арбитраж был подан иск о взыскании убытков в связи с нарушением договора, а следом ответчиком по первому иску уже в оговоренный суд был подан иск о признании обязательств по договору надлежащим образом исполненными. Такое возможно, если оговорка о разрешении споров будет сконструирована так, что либо у обеих сторон есть выбор между судом и арбитражем, либо одна сторона должна подавать все иски в арбитраж, а у другой есть право выбора между судом и арбитражем³⁹, либо когда одна сторона обязана подавать все иски в суд, а другая – в арбитраж.

Интересно, что в ситуации, когда иск был подан первым в арбитраж, применение принципа *lis alibi pendens* даже облегчается. Действительно, одно из условий его применения – высокая вероятность признания решения первого форума вторым форумом. Из-за существования Нью-Йоркской конвенции вероятность признания решения арбитража судом значительно выше вероятности признания судом решения другого суда⁴⁰.

6. Возникающие трудности

Применению принципа *lis alibi pendens* в контексте альтернативных оговорок может мешать то, что подачей первого иска форум фиксируется на будущее, т.е. все последующие иски (или, как минимум, «связанные») должны будут идти в тот же первый

cit. P. 217; *Born G.*, Op. cit. P. 2949.

³⁹ *Law Debenture Trust Corp Plc v Elektrim Finance BV* [2005] EWHC 1412 (Ch); Постановление Президиума ВАС РФ № 1831/2012.

⁴⁰ *Lew J.M., Mistelis L.A., Kröll St.*, Op. cit. Para. 1–21 et. seq.

форум. Это означает, что у второго форума в дальнейшем уже не будет компетенции на рассмотрение «связанных» исков. Тогда не будет соблюдаться первое условие для применения принципа *lis alibi pendens* – не будет конкуренции компетенций. Но результат все равно следует признать удовлетворительным, поскольку фиксацией форума на будущее (или хотя бы для «связанных исков») достигается цель предотвращения вынесения противоречащих друг другу судебных решений.

Именно фиксацией форума для встречных исков мотивировал свое решение Кассационный суд Италии в рассмотренном выше деле *Tema-Frugoli SpA v. Hubei Space Quarry Indus. Co. Ltd.*

Но насколько рационально такое толкование? Данная проблема похожа на проблему действия комбинированных соглашений о выборе права. В таких соглашениях применимое материальное право зависит от того, кто выступает истцом по делу и в какой форум подается иск. Действует ли выбор права (а в нашем случае – форума) на будущее⁴¹? А если да, то в отношении всех исков или только исков с таким же предметом и основанием?

Мыслимы, как минимум, три толкования.

Первое толкование – выбор форума действует на будущее для всех исков. После подачи первого иска компетенцией будет обладать только один форум, т.е. не будет конкуренции компетенций. Негативное последствие такого толкования состоит в том, что оно может породить у сторон стремление как можно раньше зафиксировать форум подачей исков, пусть даже необоснованных

⁴¹ См. дискуссию в российской литературе: Плеханов В.В., Усоскин С.В. Указ. соч. С. 64–65; Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 301–302.

(*race to the courthouse*). Кроме того, такое толкование обычно не соответствует буквальному смыслу оговорки.

Второе толкование – выбор форума не действует на будущее вовсе. Появляется конкуренция компетенций, а против вынесения противоречащих друг другу решений в параллельных процессах работает принцип *lis alibi pendens*. Тогда все, что нужно форуму, рассматривающему второй иск – протестировать процессы на тройную идентичность и определить, должен ли быть иск оставлен без рассмотрения (вопрос о компетенции не встает). В большинстве случаев это соответствует воле сторон и смыслу оговорки. Добавим, что принцип *lis alibi pendens* порождает ту же проблему необоснованных исков, что и первое толкование.

Третье толкование – выбор форума действует на будущее только для «связанных исков». На первый взгляд, данное толкование, как и первое, позволяет избежать конкуренции компетенций в параллельных процессах, но с наименьшим ущербом смыслу оговорки. Однако данное толкование ставит компетенцию второго форума (но не допустимость рассмотрения иска) в зависимость от «связанности» второго иска с первым. Такое усложнение видится излишним. Кроме того, сам по себе ответ на вопрос, является ли иск «связанным», неоднозначен⁴². Поэтому вряд ли рационально ставить фиксацию форума (и компетенцию второго форума) в зависимость от квалификации иска в качестве «связанного» с первым.

В связи с этим следует признать, что подача первого иска не фиксирует форум ни для последующих исков с другим предметом

⁴² Тестирование процессов на «тройную идентичность», как говорилось выше, в разных юрисдикциях проводится с разной степенью строгости.

и основанием, ни для «связанных» исков. Имея определенные недостатки, такое толкование все же обычно наилучшим образом соответствует смыслу оговорки и воле сторон.

Другая проблема состоит в следующем. Может ли лицо после подачи «связанного иска» в другой альтернативно оговоренный форум и оставления этим форумом иска без рассмотрения на основании принципа *lis alibi pendens* «вернуться» в форум, где уже ведется процесс по первому иску?

Проблема связана с функционированием альтернативных оговорок о разрешении споров. Подавая иск, хотя бы и «связанный», в иной оговоренный форум, лицо раз и навсегда осуществляет выбор форума для рассмотрения своего «связанного иска» (выбирает один форум и отказывается от другого).

Именно такое значение придают моменту выбора английские суды. Например, в деле *The Messinaki Bergen*⁴³ помимо прочего анализировалась следующая альтернативная оговорка о разрешении споров:

«Any dispute arising under this charter shall be decided by the English courts to whose jurisdiction the parties agree whatever their domicile may be; Provided that either party may elect to have the dispute referred to arbitration ... Such election shall be made by written notice by one party to the other not later than 21 days after receipt of a notice given by one party to the other of a dispute having arisen under this charter»⁴⁴.

⁴³ *Westfal-Larsen & Co A/S v. Ikerigi Compania Naviera SA (The Messiniaki Bergen)* [1983] 1 All ER 382.

⁴⁴ *Nesbitt S., Quinlan H.* The Status and Operation of Unilateral or Optional Arbitration Clauses. *Arbitration International*. 2006. Vol. 22. Issue 1. P. 137.

Один из судей (Bingham J.) истолковал оговорку так: «Это, без сомнения, верно, что такой оговоркой стороны не обязывают себя разрешать все споры ни в арбитраже, ни где-либо еще. Оговорка содержит вариант, который можно как выбрать, так и воздержаться от такого выбора. Я нахожу сильным утверждение, что пока выбор не сделан, арбитражного соглашения нет, *но когда выбор сделан...*, *появляется обязывающее (binding) арбитражное соглашение*»⁴⁵ (курсив мой. – А.В.).

Подобное дело рассматривалось судами Гонконга⁴⁶, где подвергнутая анализу арбитражная оговорка звучала так:

«All disputes arising out of or in connection with this Bill of Lading shall, in accordance with Chinese Law, be resolved in the Courts of the People's Republic of China all be arbitrated in the People's Republic of China».

Суд истолковал оговорку следующим образом: «Когда возникает спор, у истца есть выбор. Он может обратиться либо в арбитраж, либо в суд в Китае. Как только он сделал этот выбор, это конец неопределенности и ответчик более не может возражать. *Как только сделан выбор в пользу арбитражного или судебного разбирательства, этот выбор обязывает стороны, и этот выбор обычно будет признан судом*»⁴⁷ (курсив мой. – А.В.).

Таким образом, после подачи «связанного иска» в любой из альтернативно оговоренных форумов и признания этим форумом своей компетенции форум «кристаллизуется» для данного спора. Иными словами, для данного «связанного иска» альтернативная

⁴⁵ Ibid. P. 138.

⁴⁶ *William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company*, High Court – Court of First Instance, Hong Kong, 17 February 1993, [1993] HKCFI 215.

⁴⁷ Ibid. Para. 14.

оговорка о разрешении споров превращается в исключительную арбитражную или пророгационную оговорку.

Теперь предположим, например, что ответчик по первому иску в суде подает «связанный иск» в арбитраж. Выбранный для «связанного иска» арбитраж признаёт свою компетенцию на основании «кристаллизовавшейся» исключительной арбитражной оговорки (соблюдается первое условие для применения принципа *lis alibi pendens* – появляется конкуренция компетенций), но оставляет иск без рассмотрения, применяя все тот же принцип *lis alibi pendens*. В этом случае альтернативному форуму – суду впоследствии уже не на чем будет основывать свою компетенцию рассматривать этот «связанный иск» – выбор сделан, исключительная *арбитражная* оговорка уже «кристаллизовалась». А *пророгационная* оговорка, в свою очередь, больше не сможет «кристаллизоваться», ведь исключительная *арбитражная* оговорка продолжает существовать, так как арбитраж признал свою компетенцию (без чего нельзя было применить принцип *lis alibi pendens*).

Корень проблемы видится в том, что в отличие от классического случая *lis alibi pendens*, где суды черпают компетенцию из своих *lex fori*, в нашем случае форумы черпают компетенцию из соглашений сторон о выборе форума. Тогда в классическом случае если один форум (суд) оставляет иск без рассмотрения, у второго форума (суда) все равно есть компетенция для рассмотрения спора. В нашем случае у второго форума, указанного в альтернативной оговорке, уже не будет компетенции на рассмотрение спора после подачи «связанного иска» в другой форум и оставления там этого иска судом без рассмотрения.

Применение принципа *lis alibi pendens* не должно приводить к такой несправедливости. Представляется, что сторона все же

может «вернуться» в первый форум исходя из принципа процессуального равенства (*procedural equality of arms*), соображений процессуальной экономии и предотвращения вынесения противоречащих друг другу решений⁴⁸. Хотя в некоторых делах суды не спешили давать ответчику право на встречный иск в условиях, когда исключительная оговорка обязывала его обращаться в другой форум⁴⁹.

7. Выводы

Конкуренция компетенций суда и арбитража возможна, если эти форумы альтернативно оговорены в соглашении о разрешении споров. Тогда в случае параллельных процессов в этих форумах второй по времени форум (будь то арбитраж или суд) должен принять во внимание параллельный процесс в первом форуме либо в рамках принципа *lis alibi pendens*, либо в рамках доктрины *forum non conveniens*. При этом толкование альтернативной оговорки о разрешении споров как подразумевающей фиксацию форума на будущее подачей первого иска (будь то для всех последующих исков или только для «связанных») не представляется рациональным. Следует признать, что после оставления «связанного иска» без рассмотрения во втором альтернативно оговоренном форуме сторона вправе подать «связанный иск» в форум, где уже рассматривается первый иск.

⁴⁸ Шах Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник / Пер. с нем. М.: БЕК, 2001. С. 166–167. По той же причине сторона, обязавшаяся подавать иски только в один форум, должна иметь право предъявить встречный иск в иной компетентный форум, в который другая сторона уже подала первый иск. Такая ситуация может возникнуть, например, когда, согласно оговорке, все иски одной стороны должны подаваться в один форум, а все иски другой стороны – в иной (Постановление ФАС Дальневосточного округа по делу № А73–5339/2013).

⁴⁹ См., например, решение Верховного суда Германии: *BGH VIII ZR 256/80*.

Представляется, что данные выводы могут быть экстраполированы *mutatis mutandis* на любые оговорки о разрешении споров, так или иначе создающие условия для подачи сторонами исков в разные форумы.

Раздел 4

IN MEMORIAM

Н. Г. Вилкова,

профессор ВАВТ, доктор юридических наук,
член Президиума МКАС при ТПП РФ

МИХАИЛ ГРИГОРЬЕВИЧ РОЗЕНБЕРГ. ЕГО ВКЛАД В НАУКУ, ПРАКТИКУ АРБИТРАЖА, РЕГУЛИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ И ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Михаил Григорьевич Розенберг родился 18 февраля 1925 г. в Одессе. Его отец Григорий Михайлович работал в Наркомате внутренних дел, был репрессирован. Мать Дора Моисеевна занималась семьей, воспитывала детей. У Михаила Григорьевича был младший брат Вовочка, который умер в раннем детстве.



Михаил Розенберг с родителями

После окончания средней школы Михаил Григорьевич поступил в Институт внешней торговли в Москве, который закончил в 1948 г. Вместе с Михаилом Григорьевичем учились О. Н. Садиков, Г. М. Вельяминов, В. А. Туманов, М. М. Богуславский, Н. В. Зубкова. Преддипломную практику Михаил Григорьевич проходил в В/О «Дальинторг» во Владивостоке.

По окончании Института и до 1963 г. Михаил Григорьевич работал в юридическом отделе В/О «Союзхимэкспорт», где приобрел значительный практический опыт.

С 1963 г. и до конца своих дней, в течение практически полувека Михаил Григорьевич работал во Всесоюзной (Всероссийской) академии внешней торговли (ВАВТ), созданной в 1932 г. для подготовки квалифицированных «советских трейдеров», владеющих мастерством осуществления внешнеторговых операций.

На кафедре правовых дисциплин Академии он совместно с Владимиром Сергеевичем Поздняковым читал лекции по «Правовому регулированию внешней торговли»: дисциплине, объединявшей отечественное международное частное и гражданское право. Он также руководил дипломными и курсовыми работами и щедро делился с коллегами методикой преподавания.

Его перу принадлежит первое и единственное пособие для факультета повышения квалификации Академии «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности», по которому осуществляли повышение квалификации многие поколения внешнеторговцев; он соавтор основного учебника Академии «Экспортно-импортные операции», который был опубликован в 1970 г. под редакцией и с участием В. С. Позднякова, а также С. Н. Лебедева и О. Н. Садикова, и посвящен памяти Д. М. Генкина, бывшего

с 1932 г. по 1966 г. профессором, а с 1942 г. по 1960 г. — заведующим кафедрой правовых дисциплин ВАВТ.

В 1967 г. Михаил Григорьевич защитил кандидатскую, а в 1985 г. — докторскую диссертацию. Защита докторской представляла подлинно детективную историю: будучи на лечении в больнице, Михаил Григорьевич «сбежал» оттуда, коллеги довели его до Михалковской улицы, где находился тогда Всесоюзный научно-исследовательский институт советского законодательства. После успешной защиты Михаил Григорьевич вернулся в больницу, где продолжил лечение.

В соавторстве с В.С. Поздняковым, который более 25 лет был заведующим кафедрой правовых дисциплин ВАВТ, и с О.Н. Садиковым, который также более 25 лет работал в качестве профессора этой же кафедры, им был опубликован двухтомник «Правовое регулирование внешней торговли СССР». Ими также была разработана программа «Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в РФ», по которой и сегодня учатся студенты, магистранты и слушатели ВАВТ. За полвека преподавания в Академии Михаилом Григорьевичем подготовлены тысячи специалистов по внешнеэкономической деятельности.

К 70-летию ВАВТ был издан одноименный труд (под ред. А.С. Комарова), посвященный правовому регулированию внешней торговли России, включающий главы Михаила Григорьевича о международной купле-продаже.

С созданием в Академии международно-правового факультета Михаилом Григорьевичем был разработан спецкурс «Международная купля-продажа», объединяющий академические и практические аспекты данного вида правоотношений, составляющих ядро коммерческих операций, подготовлена программа

и практические задачи на базе конкретных дел, которые разрешались им в МКАС при ТПП РФ (МКАС). Данный курс весьма востребован до сих пор и преподается А. С. Комаровым.



М.Г. Розенберг на кафедре с коллегами

Другим направлением деятельности Михаила Григорьевича было арбитражное разбирательство. Начиная с 1970 г. он – арбитр ВТАК при ТПП СССР, а с созданием Президиума МКАС – его бессменный член. Он был дуайеном корпуса арбитров. Почти полвека им разрешались споры из внешнеэкономических контрактов: стороны часто избирали его арбитром по конкретным делам, будучи уверенными, что с его участием спор будет разрешен справедливо, международные конвенции и национальное законодательство в их деле применены надлежащим образом, так что их обращение в МКАС будет эффективным.

Научным подвигом Михаила Григорьевича является подборка, подготовка к опубликованию отдельных решений МКАС, а также публикация, начиная с 1995 г., сборников практики МКАС

в издательстве «Статут». Эти издания подтверждают авторитет МКАС как признанного мирового центра разрешения споров и отражают наиболее существенные подходы арбитров по сложнейшим делам. Аналогичные публикации Михаила Григорьевича на английском языке помогали подтверждать авторитет МКАС в мировой арбитражной практике и науке.



М. Г. Розенберг в МКАС при ТПП РФ

Решения из сборников МКАС, подготовленных Михаилом Григорьевичем, мы находим в базе данных, созданной профессором Альбертом Критцером¹ в Pace University (Вашингтон), в Сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров².

В результате обобщения Михаилом Григорьевичем практики МКАС также появились следующие книги: «Контракт

¹ Albert H. Kritzer CISG Database. Pace University: <http://www.cisg.law.pace.edu>.

² <http://www.uncitral.org/pdf/russian/clout/digest2008/article055.pdf> (решение МКАС по ст. 55 Конвенции).

международной купли-продажи товаров. Современная практика заключения. Разрешение споров», «Международная купля-продажа товаров: научно-практический комментарий», «Международный договор и иностранное право в практике МКАС при ТПП РФ», «Ответственность за неисполнение денежных обязательств» и др. Михаил Григорьевич – один из соавторов комментария к Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (М.: Юрид. лит., 1994; под ред. А. С. Комарова). Эти книги снискали ему глубокое уважение всего научного сообщества нашей страны, выдержали неоднократные переиздания и по-прежнему востребованы специалистами-практиками.

В последний год жизни, будучи тяжело больным, Михаил Григорьевич подготовил и опубликовал в журнале «Хозяйство и право» практику МКАС за 2010 г. и за 2011 г. К сожалению, объемы журнала не позволили опубликовать все отобранные для публикации решения. Опубликованная там же статья о некоторых вопросах практики МКАС представляет творческое завещание Михаила Григорьевича.

На основе его работ развивалась и продолжает развиваться арбитражная практика: его подходы к применению Венской конвенции, восполнению ее пробелов, исчислению убытков и процентов годовых восприняты и развиваются коллегами-арбитрами не только МКАС, но и другими отечественными и зарубежными центрами международного арбитража, включая центры в странах СНГ. Они используются также сторонами при формировании позиции. Редко найдется дело, в котором отсутствуют цитаты из приведенных книг Михаила Григорьевича или из составленных им сборников практики МКАС.

При разрешении споров на основании Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», в частности, в Третейском

суде для разрешения экономических споров при ТПП РФ (с участием хозяйствующих субъектов стран СНГ), в Третейском суде при Санкт-Петербургской ТПП, в Арбитраже при Московской ТПП, арбитры также руководствуются позициями, отраженными в таких составленных Михаилом Григорьевичем сборниках.

Например, в публикации «Практика Третейского суда при Санкт-Петербургской ТПП по отдельным делам, рассмотренным в 2002 г.» (составитель Н.В. Немчинов)³, приведены дела, в которых обсуждался вопрос о порядке применения Венской конвенции (в делах 3 и 4 — на основании ст. 1 (а), в деле 7 — на основании ст. 1 (б)), а также о выполнении продавцом и покупателем обязанностей, возложенных на них Конвенцией, в частности, ст. 53 и ст. 78.

В обзоре практики Третейского суда для разрешения экономических споров при ТПП РФ за 2006–2007 гг. (составитель К.И. Десяткин) приведено дело № 4/2007, в котором иск был заявлен белорусским истцом к российскому ответчику. При разрешении спора применена Венская конвенция (ст. 1 (а)), и на основании ее ст. 53 взысканы с ответчика понесенные истцом расходы по устранению дефектов в товаре, которые не соответствовали условиям договора.

В сферу научных интересов Михаила Григорьевича Розенберга входили вопросы гражданского права, международного частного права, международного гражданского процесса и многие другие. Он один из немногих ученых, кто не только внес фундаментальный вклад в развитие российской юридической науки, но и в законотворческую деятельность. При его непосредственном участии был заложен фундамент, а затем построено здание,

³ См.: <http://www.spbccci.ru/treteysud>.

имя которому: «Правовое регулирование международной купли-продажи в Российской Федерации».

В деятельности Михаила Григорьевича по формированию правового регулирования международной купли-продажи (поставки) можно выделить три направления. Первое – разработка различных Общих условий поставок; второе – работа в составе делегации нашей страны в ходе обсуждения и принятия, в частности, Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венской конвенции); третье – участие в составе рабочей группы в подготовке частей первой, второй и третьей Гражданского кодекса РФ.

Первое направление затрагивает подготовку и разработку Общих условий поставок СЭВ⁴, ОУП СЭВ–Финляндия и двусторонних ОУП с КНР, КНДР, с Югославией.

Начиная с ОУП СЭВ (в редакциях 1958, 1968, 1988 гг.) и завершая рекомендациями по их применению после прекращения деятельности СЭВ, Михаил Григорьевич участвовал в рабочих группах по формулированию соответствующих правил и совершенствованию новых редакций. Данный документ не только представлял собой подробно разработанный единообразный инструмент реализации договоров поставки между организациями одиннадцати государств⁵, но и содержал весьма прогрессивные положения, в частности, коллизионную норму о применении права страны продавца по вопросам, не урегулированным контрактом и ОУП.

⁴ В октябре 1974 г. этой организации был предоставлен статус наблюдателя в ООН. На долю стран-членов СЭВ в 1975 приходилась треть мирового промышленного производства. См.: <http://www.calend.ru/event/4125>.

⁵ ОУП СЭВ имели обязательный характер и применялись ко всем контрактам, заключаемым соответствующими организациями. Отступление допускалось от отдельных положений ОУП и только вследствие специфики товара и/или особенностей его поставки.

Впервые данная норма появилась в двусторонних ОУП, заключенных странами СЭВ в 1951 г., когда еще не была принята Гаагская конвенция 1955 г. о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, а до принятия в 1980 г. Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, оставалось около 30 лет.

Значение данного правила, в 1958 г. зафиксированного в многосторонних ОУП, трудно переоценить, учитывая, что до принятия в 1964 г. Гражданского кодекса РСФСР в отечественном праве отсутствовали общие коллизионные нормы, тогда как в ст. 566 указанного кодекса было закреплено правило о том, что права и обязанности сторон по внешнеторговой сделке определяются по законам места ее совершения, если иное не установлено соглашением сторон.

Единообразно были урегулированы в ОУП и сроки исковой давности. Учитывая необходимость рационального обеспечения выполнения сотен тысяч контрактов, заключавшихся организациями стран, входивших в СЭВ, был установлен общий двухгодичный срок исковой давности и специальный годичный срок исковой давности по искам, основанным, в частности, на претензиях к качеству и количеству товаров, и по искам, основанным на претензиях об уплате штрафа. Исковая давность применялась арбитражем, если на нее ссылается должник. Напомним, что в отечественном праве это правило появилось спустя 30 лет.

В этом же документе были заложены основы международного арбитража: было согласовано, что все споры, могущие возникнуть из контракта или в связи с ним, подлежат, с исключением подсудности общим судам, рассмотрению в арбитражном порядке в арбитраже, установленном для этих споров в стране ответчика, или по договоренности сторон в третьей стране-члене

СЭВ. Споры должны были рассматриваться в соответствии с правилами производства дел, действующими в арбитраже, в котором разрешается дело. Напомним, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже был принят четверть века спустя.

При активном участии Михаила Григорьевича были подготовлены двусторонние ОУП, заключенные с КНР (1990 г.), КНДР (1981 г.), Югославией (1977 г.), а также ОУП СЭВ–Финляндия (1978 г.).

Второе направление деятельности Михаила Григорьевича по формированию правового регулирования международной купли-продажи (поставки) связано с разработкой унифицированных документов ЮНСИТРАЛ: Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров (1974 г.) и Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (1980 г.).

В списке представителей нашей страны на конференции в Вене в марте 1980 г. мы находим фамилию Михаила Григорьевича:
«LIST OF PARTICIPANTS

UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS

Representative:

Mr. E. K. MEDVEDEV

Acting Chief of the Legal Department of the Foreign Trade Ministry

Alternative Representatives:

Ms. A.P. STRELJANOVA

Senior Expert of the Legal Department of the Foreign Trade Ministry

Mr. M.M. NOVOSSILZEV

Head of the Section of the Treaty and Legal Department of the Ministry of Foreign Affairs

Mr. S.N. LEBEDEV

Professor, Moscow State Institute of the International Relations

Mr. M.G. ROSENBERG

Professor; All Union Academy of the Foreign Trade»⁶.

При разработке Венской конвенции⁷ учитывались имевшиеся как универсальные документы (Гаагские конвенции 1964 г.: о единообразном законе о заключении договора международной купли-продажи товаров и о единообразном законе о договоре международной купли-продажи товаров) и региональные (в частности, ОУП СЭВ), о чем можно прочитать в подготовительных документах по этой конвенции.

Принятие в 1980 г. Венской конвенции и Протокола об изменениях Нью-Йоркской конвенции об исковой давности⁸ означало возникновение нового этапа в правовом регулировании трансграничного оборота, ознаменовавшего создание единообразного регулирования важнейшей договорной формы торгово-экономического взаимодействия — договора международной купли-продажи товаров. Из опыта обобщения ЮНСИТРАЛ практики разрешения споров из данного договора свидетельствует о том, что Венская конвенция представляет эффективный и качественный инструмент правового регулирования⁹. Опыт МКАС выявляет, что споры из договора международной купли-продажи составляют более 65% от общего количества споров, разрешаемых ежегодно¹⁰, причем их число разрешается с применением Венской конвенции. Поэтому можно сделать вывод, что заслуги Михаила Григорьевича нельзя ограничить только его участием

⁶ Документ A/CONF.97/INF.2/REV.39 April 1980 English. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March 1980.

⁷ Участники: 80 государств.

⁸ Участники с поправками, внесенными Протоколом от 11 апреля 1980 г.: 22 государства. Участники только Конвенции без поправок: 29 государств, в том числе Беларусь, Молдова, Украина.

⁹ Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ (ППТЮ). A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.2.

¹⁰ См.: <http://www.tpprf-mkac.ru/ru/whatis/-2012>.

в разработке и принятии этого документа: не меньшее значение имеет его деятельность по продвижению в жизнь положений Венской конвенции, одним из примеров которого являются его выводы и заключения в уже упоминавшемся комментарии к ней.

Третье направление деятельности Михаила Григорьевича затрагивает участие в формировании современного гражданского законодательства. Будучи членом рабочей группы по подготовке Гражданского кодекса, он принимал активное участие в разработке первой, второй и третьей частей ГК. Во многом благодаря его усилиям различные положения Венской конвенции получили отражение в ряде статей ГК, в частности, в ст. 431 о толковании договора, в ст. 204 о течении срока исковой давности при защите нарушенного права в судебном порядке, в ст. 395 об ответственности за неисполнение денежного обязательства, в ст. 450 о значении существенного нарушения договора в контексте его расторжения, во многих статьях второй части ГК РФ по поводу поставки товара. Благодаря, в том числе, и им в нашей стране происходит становление гражданского законодательства, отвечающего требованиям развития рыночной экономики, членства России в ВТО и глобализации не только экономики, но и права.

Многогранная деятельность Михаила Григорьевича по разработке различных документов, регламентирующих внешнеторговую поставку, отражает историю правового регулирования данного института в нашей стране, в каждый документ им вложена частица души.

Мы помним Михаила Григорьевича, мы читаем и перечитываем его работы, используем их в практике, а значит — он по-прежнему с нами.

Научное издание

Новые горизонты международного арбитража

Выпуск 2

Под редакцией А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина

Дизайн и верстка текста А.А. Савченко
Литературный редактор И.М. Столярова

Ваши отзывы об издании присылайте, пожалуйста, по e-mail:
svetlana.parshina@infotropic.ru

Издательский номер 195

Год издания 2014

ISBN 978-5-9998-0195-1

Подписано в печать 20.05.2014

Формат 60×90/16

Печать цифровая

Бумага офсетная

Усл. печ. л. 24,0

Авт. л. 16,3

ПОЛЬЗОВАТЕЛЬ

ParaType
In Legal Use

Гарнитура Orbi

Использованы лицензионные шрифты фирмы «ParaType»



ООО «Инфотропик Медиа»

129128, г. Москва, Проспект Мира, д. 222

Заказ книг: (495) 212 92 31 (многоканальный)

sales@infotropic.ru

www.infotropic.ru, интернет-магазин издательства: <http://shop.infotropic.ru>

Все права защищены. Любое копирование, воспроизведение, хранение в информационных системах или передача в любой форме и любыми средствами – электронными, механическими, посредством фотокопирования, записями или иными – любой части этой книги запрещено без письменного разрешения ООО «Инфотропик Медиа». Издание не содержит информацию, причиняющую вред здоровью и (или) развитию детей, и информацию, запрещенную для распространения среди детей.