

Книга «Новые горизонты международного арбитража: Выпуск 3», которую Вы держите в руках, представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day» (Москва, 21 мая 2015 г.).

Статьи для публикации выбраны на конкурсной основе за их новизну и глубокую проработку вопросов. Они представляют собой новые подходы к развитию практики и науки международного арбитража в России.

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

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

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

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

Выпуск 3

Сборник статей



НАУКА ПРАВА

Москва • 2015

УДК 341.63
ББК 67.938.3
Н 76

Н 76 **Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 3: Сборник статей** / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. — М.: ООО «Цифра закона» (www.naukaprava.ru), 2015. — 349 с.

ISBN 978-5-903604-01-2 (в пер.)

Книга «Новые горизонты международного арбитража: Выпуск 3», которую Вы держите в руках, представляет собой сборник статей докладчиков конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day» (www.arbitrationday.ru) (Москва, 21 мая 2015 г.).

Статьи для публикации выбраны на конкурсной основе за их новизну и глубокую проработку вопросов. Они представляют собой новые подходы к развитию практики и науки международного арбитража в России.

Книга предназначена для практикующих юристов, ученых, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, всех интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем.

УДК 341.63
ББК 67.938.3

ISBN 978-5-903604-01-2

Все права защищены.

© Коллектив авторов, 2015

© А.В. Асосков, А.И. Муранов, Р.М. Ходыкин, 2015

© ООО «Цифра закона», 2015

ПРЕДИСЛОВИЕ РЕДАКТОРОВ

Вы держите в руках третий выпуск издания «Новые горизонты международного арбитража», который приурочен к конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day — 2015» (www.arbitrationday.ru)¹.

Эта международная конференция впервые с большим успехом прошла в 2013 г., став в тот год одним из самых заметных событий в области международного арбитража в России.

Первый и второй выпуски данного издания привлекли большой интерес специалистов, подтвердив востребованность качественных статей по тематике международного арбитража.

Настоящий выпуск продолжает начатую традицию и старается не снижать ту высокую планку, которая была задана в предыдущих выпусках.

Как и ранее, статьи для настоящего сборника были отобраны на конкурсной основе. Это не могло не способствовать выбору интересных и значимых тем, а также уровню анализа в представленных материалах.

В сборнике содержатся три раздела: «Современные тенденции и вызовы в области международного арбитража», «Инвестиционный арбитраж», «Процессуальные вопросы в арбитраже».

В первом разделе среди прочего освещаются некоторые проблемы влияния санкций западных стран против России на современный арбитраж, а также вопрос привлекательности для российских лиц в таких условиях азиатских центров арбитража.

Во втором разделе анализируется ряд очень интересных вопросов инвестиционного арбитража, причем с упором не только на права инвесторов, но и на необходимость поиска баланса интересов в этой сфере.

В третьем разделе (традиционно присутствовавшем и в предыдущих двух выпусках) внимание могут привлечь, помимо вопросов антиисковых мер в арбитраже, раз-

¹ Однако А.В. Вялков, М.С. Калинин и А.И. Муранов, чьи статьи приводятся в настоящем сборнике, докладчиками на этой конференции не выступали. Материал А.А. Костина, выступившего на конференции, в данном сборнике не приводится.

Некоторые статьи в настоящем сборнике сопровождаются аннотациями, но не все, а только те, авторы которых решили их подготовить. Редакторы постарались сохранить в статьях особенности авторского стиля (включая оформление сносок). Ответственность за корректность и полноту приводимых сведений и ссылок лежит на авторах статей.

Редакторы не всегда разделяют мнения, выраженные в этих статьях.

Редакторы благодарят за помощь в работе над оформлением данного сборника Ю.А. Видалко и Е.Л. Ткаченко (коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»).

личные оценки двумя авторами Постановления КС РФ от 18 ноября 2014 г. № 30-П, посвященного вопросу о беспристрастности в третейском разбирательстве. Редакторы сборника считают необходимым представлять подчас противоположные точки зрения на злободневные вопросы современного международного арбитража.

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

В завершение хотелось бы сказать слова благодарности спонсорам конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day — 2015»: юридическим фирмам «Berwin Leighton Paisner LLP» (www.blplaw.com) и ее российской практике «Goltsblat BLP» (www.gblplaw.ru), «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (www.mzs.ru), коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» (www.rospravo.ru) и фирме «Haberma Plett LLP» (www.hiforensic.com), благодаря финансовой поддержке которых она 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» (www.arbitrationreview.ru), электронная библиотека «Наука права» (www.naukaprava.ru), «Право.ру», ICC Russia, «Закон.ру», журнал «Третейский суд», журнал «Legal Insight», АНО «Перикл», «CIS Arbitration Forum», «Lawfirm.ru», «Новая адвокатская газета», «Russian Law Journal», «CEE Legal Matters».

А.В. Асосков,

д.ю.н., 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.rospravo.ru), к.ю.н.,
доцент кафедры международного частного и гражданского права
МГИМО (У) МИД России, профессор Российской школы
частного права, арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ
(www.muranov.ru)

Р.М. Ходькин,

к.ю.н., партнер лондонского офиса фирмы
«Berwin Leighton Paisner», солиситор Высших судов
Англии и Уэльса

ПАРТНЕРЫ И ИНФОРМАЦИОННЫЕ СПОНСОРЫ



CIS Arbitration Forum



ВЕСТНИК
МЕЖДУНАРОДНОГО
КОММЕРЧЕСКОГО
АРБИТРАЖА

ПРАВО RU



НАУКА ПРАВА

LAWFIRM.RU

Юридические и Адвокатские услуги и консультации



НОВАЯ
АДВОКАТСКАЯ
ГАЗЕТА

Legal Insight



RUSSIA
INTERNATIONAL
CHAMBER OF COMMERCE



IN-DEPTH ANALYSIS OF THE NEWS AND NEWSMAKERS
THAT SHAPE EUROPE'S EMERGING LEGAL MARKETS



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.

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».

Наши преимущества:

- **Ведение арбитражных процессов «под ключ»:** от формирования международной стратегии защиты во всех основных арбитражных центрах до приведения решений в исполнение в различных юрисдикциях.
- **Наличие в команде опытных барристеров и адвокатов.** Мы одна из немногих команд на английском юридическом рынке, партнеры которой самостоятельно выступают в арбитраже, большинство других фирм вынуждены привлекать внешних барристеров, услуги которых оплачиваются отдельно. Кроме того, это позволяет нам получить более глубокое понимание процесса и использовать этот ценный опыт, консультируя клиентов по различным вопросам, связанным с арбитражными разбирательствами.
- **Русскоговорящая команда.** Для российских клиентов несомненным дополнительным преимуществом является значительный опыт работы наших специалистов по арбитражным делам с участием сторон из России и СНГ, а также наличие у нас русскоговорящего арбитражного партнера и русскоговорящей команды в Лондоне.
- **Отдел судебной бухгалтерии и технологий.** Для удобства наших клиентов мы предлагаем услуги собственного отдела судебной бухгалтерии и технологий, что позволяет вести дела эффективнее и оптимизировать судебные расходы.
- **Альтернативные способы финансирования арбитражных разбирательств.** Сотрудничая с различными институтами, мы помогаем нашим клиентам минимизировать финансовые риски и использовать альтернативные способы финансирования арбитражных разбирательств, за счет привлечения инвесторов по делам и страховки на покрытие судебных расходов.

MZS MONASTYRSKY
ZYUBA
STEPANOV
& PARTNERS

www.mzs.ru

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.



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

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

Фирма оказывает услуги по следующим направлениям: судебные споры; международный коммерческий арбитраж; представительство интересов бизнеса в Конституционном Суде РФ (Интернет-сайт практики www.kslitigation.ru); международное торговое право, право ВТО (Интернет-сайт практики www.tradelawpractice.ru); антимонопольное право; корпоративное 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; ТМТ (технологии, медиа, коммуникации); недвижимость и строительство.

Наши клиенты — это крупные и средние российские и международные компании, финансовые институты и государственные органы. География деятельности фирмы охватывает Россию и страны СНГ, Европу и США. Для работы над некоторыми проектами мы привлекаем иностранных юридических консультантов из числа наших партнерских фирм в различных юрисдикциях.



Основное направление работы компании Haberman Ilett LLP – предоставление бухгалтерских экспертных услуг по содействию в урегулировании спорных ситуаций, в судебных и арбитражных разбирательствах.

Наш принцип работы заключается в установлении долгосрочных доверительных отношений с клиентами и их юридическими консультантами. Мы предоставляем наши услуги различным клиентам – от физических лиц, частных и публичных компаний, до крупных международных корпораций и Правительств различных стран.

Наше вовлечение в успешное разрешение коммерческого спора зависит от обстоятельств дела. На ранней стадии возникновения споров мы предоставляем объективную и независимую финансовую оценку ущерба для более уверенного планирования подхода к разрешению спорной ситуации. Когда споры уже рассматриваются в суде или международном арбитраже, мы предоставляем услуги эксперта-бухгалтера в трех основных областях:

- Расчет ущерба в зависимости от обстоятельств спора и через оценку стоимости бизнеса;
- Консультирование по финансовым вопросам, имеющим отношение к установлению ответственности и причинно-следственных связей;
- Консультирование по финансовым и бухгалтерским вопросам.

Предоставление наших услуг не ограничивается сторонами, участвующими в споре или судебном разбирательстве: мы оказываем услуги арбитрам либо принимаем назначение экспертом-бухгалтером от арбитражного трибунала. Мы также предоставляем услуги по альтернативному урегулированию споров, таким как предоставление заключения или предписания независимого эксперта с обязательным исполнением сторонами в споре и услуги по медиации.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие редакторов	3
------------------------------	---

РАЗДЕЛ 1.

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ И ВЫЗОВЫ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

JACOMIJN J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF

London Court of International Arbitration: Current Challenges and Opportunities	22
--	----

Д.Л. ДАВЫДЕНКО

Международная принудительная исполнимость мировых соглашений в форме арбитражных решений на согласованных условиях	38
--	----

И.М. МУТАЙ, Е.В. БИЛЛЕБРУ

Выбор арбитражного форума разрешения споров в свете санкций против России	49
--	----

KENT PHILLIPS

Asia's Arbitration Centres: Credible Alternatives for Russian Parties?	71
--	----

РАЗДЕЛ 2.

ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

Д.А. ПЕНЦОВ

Ответственность государства за действия государственного участника международного консорциума	88
--	----

Е.В. ПЛОХЕНКО

Планирование национальности инвестора: восстановление баланса между правами иностранных инвесторов и независимых государств.....	109
--	-----

ARTHUR ROVINE, CHRISTOPHER CHINN

Balancing the State’s Regulatory Rights with the Investor’s
Jurisdictional Rights in iInternational Arbitration..... 132

MAXI SCHERER

Transparency in International Investment Arbitration 166

РАЗДЕЛ 3.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ В АРБИТРАЖЕ

О.А. ВИШНЕВСКАЯ

Антиисковые меры в международном
коммерческом арбитраже: вопросы допустимости 174

А.В. ВЯЛКОВ

Антиисковые запреты с точки зрения российского права 197

М.С. КАЛИНИН

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц,
которые его не подписывали 225

И.И. СУСПИЦЫНА

Недобросовестное поведение сторон
при разрешении споров в международном арбитраже
и распределение арбитражных расходов..... 242

Е.А. ФЕДОТОВА

Институт чрезвычайного арбитра:
зарубежный опыт и российское законодательство
о третейских судах..... 252

В.В. ЯРКОВ

Беспристрастность в государственных и третейских судах:
сравнительный анализ 282

А.И. МУРАНОВ

Тотемы и табу в третейской сфере:
Постановление КС РФ № 30-П по поводу
объективной беспристрастности и независимости арбитров 305

ИНФОРМАЦИЯ О РЕДАКТОРАХ И АВТОРАХ

РЕДАКТОРЫ:

Асосков Антон Владимирович — д.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. 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. Член редакционного совета журнала «Вестник международного коммерческого арбитража».

Являлся членом Рабочей группы при Совете по кодификации гражданского законодательства, ответственным за подготовку изменений и дополнений в ГК РФ (раздел VI «Международное частное право»).

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.

Муранов Александр Игоревич — управляющий партнер коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» (www.gospravo.ru), к.ю.н. (Россия), доцент кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России, профессор кафедры международного частного права Российской школы частного права, арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ (www.muranov.ru).

Заместитель председателя МАК при ТПП РФ, член Президиума МКАС при ТПП РФ. Член редакционного совета и издатель журнала «Вестник

международного коммерческого арбитража». Член Арбитражной комиссии при Российском национальном комитете ICC.

Являлся членом Рабочей группы при Совете по кодификации гражданского законодательства, ответственным за подготовку изменений и дополнений в ГК РФ (раздел VI «Международное частное право»).

Автор нескольких монографий и более чем 100 статей по вопросам международного коммерческого арбитража, международного частного права и международного гражданского процесса, права ВТО, валютного регулирования, адвокатуры.

Принимал участие в десятках международных арбитражных разбирательствах, в том числе в арбитражных разбирательствах по регламентам ICC и SCC.

Ходыкин Роман Михайлович — к.ю.н. (Россия), доцент, партнер лондонского офиса фирмы «Berwin Leighton Paisner», солиситор Высших судов Англии и Уэльса.

Роман является специалистом по сопровождению арбитражных разбирательств с большим опытом ведения национальных и международных проектов. До 2012 г. Роман был доцентом кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России. С 2013 г. Роман является приглашенным профессором в Колледже Клэр Кембриджского университета (visiting professor at Clare College, Cambridge). Кроме того, Роман является арбитром Спортивного арбитражного суда при Олимпийском комитете России и членом редакционного совета 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).

Роман также является автором многочисленных публикаций по вопросам международного арбитража, международного частного права и гражданского процесса. В частности, им опубликована монография на английском языке «Arbitration Law of Russia: Practice and Procedure» (Juris Pub-

lishing, New York, 2013). Кроме того, Роман являлся редактором русского издания следующей книги: *Эндрюс Н.* Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж / Пер. с англ. — М.: Инфотропик Медиа, 2012.

АВТОРЫ:

Биллебру Елена Владимировна — адвокат Московской городской коллегии адвокатов, член Королевского института арбитров (MCIArb).

Магистр юриспруденции (LL.M. Стокгольмского университета по специальности «Международный коммерческий арбитраж», LL.M. Центрально-Европейского университета (Будапешт) по специальности «Международное коммерческое право»).

Занимается частной практикой в России и Швеции (www.kotlyarova-billebro.com). Специализируется в области разрешения споров, выступает представителем в арбитражных процессах в МКАС при ТПП РФ, в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма, в Лондонском международном третейском суде. Представляет интересы клиентов в российских судах, выступает экспертом по российскому праву в иностранных судах и международных коммерческих арбитражах, консультирует по вопросам международного частного права и арбитража, трансграничных сделок, шведско-российских инвестиционных проектов.

ван Харсолт-ван-Хоф Джакомин Дж. (Jacomijn J. van Haersolte-van Hof) — генеральный директор Лондонского международного третейского суда (ЛМТС), доктор права.

До назначения в ЛМТС Джакомин занималась частной практикой в юридической фирме «HaersolteHof», которую она основала в Гааге и которая включалась в список самых известных арбитражных фирм GAR 100.

До того, как Джакомин основала фирму «HaersolteHof» в 2008 г., она работала три года в арбитражной практике фирмы «Freshfields Bruckhaus Deringer» в Амстердаме. С 2000 по 2004 гг. она работала в фирме «De Brauw Blackstone Westbroek», а до этого в фирме «Loeff Claeyс Verbeke» в Роттердаме, где она и начала свою юридическую карьеру.

Джакомин выступала в качестве арбитра по делам, рассматриваемым по регламентам ICC, ЛМТС и ЮНСИТРАЛ, а также по Регламенту Нидерландского арбитражного института (NAI). Она также представляла клиентов в арбитражах Королевской голландской ассоциации зерновой и кормовой

торговли и Института транспортного и морского арбитража, базирующихся в Голландии. Она включена в список арбитров Международного центра по урегулированию инвестиционных споров и в настоящий момент входит в состав комитета *ad hoc* по пересмотру решения МЦУИС.

Она принимала участие в создании арбитражного механизма в Цюрихе для разрешения требований жертв Холокоста в отношении счетов в швейцарских банках.

Джакомин преподает курс арбитража в университете Амстердама (VU University Amsterdam), а также является членом редакционного совета «Global Arbitration Review».

В 1992 г. ее докторская диссертация о применении Регламента ЮНСИТРАЛ трибуналами по рассмотрению требований в делах между Ираном и США стала одной из первых монографических работ по этой тематике.

Вялков Алексей Васильевич — младший юрист практики разрешения споров фирмы «Hogan Lovells (CIS)». Окончил юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова. Специализируется в области международного арбитража и международных судебных споров. Участвует в объединениях молодых юристов в сфере арбитража: LCIA YIAG, ICC YAF, RAA 40. В прошлом — член команды МГУ им. М.В. Ломоносова на конкурсе им. Виллема Виса по международному коммерческому арбитражу (Вена).

Давыденко Дмитрий Леонидович — к.ю.н. (Россия), адвокат коллегии «Муранов, Черняков и партнеры» (г. Москва, www.rospravo.ru). Специализируется на правовой помощи в ведении международных проектов, включая разрешение коммерческих споров в судах и в арбитраже. Дмитрий является докладчиком МКАС и МАК при ТПП РФ и в этом качестве принял участие более чем в 40 делах. Он также является заместителем председателя Коллегии посредников при ТПП РФ. Дмитрий, помимо русского языка, владеет английским, французским и итальянским языками.

Дмитрий является членом экспертного совета третейского сообщества и автором учебного курса о третейском суде и медиации, который он преподает в Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики» с 2012 г. Дмитрий также является с 2010 г. редактором онлайн-журнала о разрешении споров в СНГ «CIS Arbitration Forum» (www.cisarbitration.com), автором 2 монографий и более 70 статей в юридических журналах на русском и английском языках по темам, связанным с международным коммерческим арбитражем, альтернативными способами разрешением споров и международным частным правом.

Калинин Михаил Сергеевич — студент юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, член команды юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова на конкурсе им. Виллема Виса по международному коммерческому арбитражу (Вена).

Мутай Ирина Михайловна — адвокат Адвокатской палаты Московской области. Выпускница Саратовской государственной академии права, к.ю.н., LL.M. (Manchester), в 2008 г. прослушала курс международного права в Гаагской академии международного права (стипендиат МИД Нидерландов). В 2005—2008 гг. преподавала в Академии госслужбы, в 2010 г. — в РУДН. В 2009—2010 гг. — ответственный редактор издательства Санкт-Петербургского государственного университета. Лауреат конкурса «Лучшая научная книга года — 2011» за книгу «Доктрина добрых нравов и публичного порядка в договорном праве». Являлась переводчиком ряда статей зарубежных авторов по международному праву и арбитражу для журнала «Правоведение» и для «Журнала зарубежного законодательства и сравнительного правоведения». В 2010—2015 гг. — старший научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения, принимала участие в законодательной работе по направлению «гражданское право». Автор научных монографий и статей, участник международных конференций. Консультировала российские компании по крупнейшим международным проектам, в том числе «Южный поток», «Сахалин—2» и др. Член «Association for International Arbitration», «Society of Legal Scholars», «Juris Diversitas». Сфера научных интересов: международное право, инвестиционный арбитраж, государственно-частное партнерство, международный арбитраж, договорное право, экологическое право, морское право, энергетика.

Пенцов Дмитрий Анатольевич — старший юрист женеvского офиса юридической фирмы «FRORIEP». Окончил с отличием юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета и аспирантуру кафедры гражданского права того же факультета, защитив диссертацию на соискание ученой степени к.ю.н. на тему «Понятие “security” по законодательству Соединенных Штатов Америки». Имеет диплом магистра права (LL.M.) юридического факультета Джорджтаунского университета (Вашингтон), а также дипломы бакалавра права, магистра права и сертификат о специализации в области адвокатуры юридического факультета Женевского университета. Член Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов и Коллегии адвокатов штата Нью-Йорк (США), адвокат (Женева).

Плохенко Екатерина Васильевна — д.ю.н. (США), адвокат (штат Нью-Йорк), юрист в парижском офисе фирмы «King & Spalding».

После окончания Новосибирского государственного университета экономики и управления по специальности «международные отношения — востоковедение» начала работать в США. В 2010 г. выиграла грант от Университета Сафолка в Бостоне на получение степени д.ю.н. со специализацией в международном праве. Во время обучения работала в нескольких бостонских юридических фирмах и в районном суде Южного Бостона.

Летом 2012 г. окончила Международную академию арбитража в Париже. В 2012 г. училась в Гарвардском институте переговоров. После получения квалификации адвоката в штате Нью-Йорк переехала в Швейцарию для получения степени магистра по специальности «Разрешение международных конфликтов». Во время прохождения программы специализировалась на международном коммерческом и инвестиционном арбитраже. С осени 2014 г. работает во Франции.

Ровайн Артур (Arthur Rovine) — независимый арбитр и адъюнкт-профессор Университета Фордем (Fordham University) (Нью-Йорк, США).

После ухода на пенсию из фирмы «Baker & McKenzie» в 2005 г. Артур выступал в качестве арбитра по делам, рассматриваемым по регламентам ICSID, NAFTA, PCA, ICC и AAA / ICDR. Он являлся президентом Американского общества международного права (American Society of International Law) с 2000 по 2002 гг., председателем секции международного права Американской ассоциации юристов с 1985 по 1986 гг. и председателем комитета по международному праву коллегии адвокатов Нью-Йорка с 2009 по 2011 гг. Артур был членом редакционного совета «Американского журнала международного права» (1977—1987 гг.) и членом Совета по международным отношениям с 1987 г.

Артур является директором ежегодной конференции по международному арбитражу и медиации, проводимой Университетом Фордем, и редактором издаваемого по итогам конференции ежегодного сборника статей «Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers» (публикуется Brill / Martinus Nijhoff).

Он также регулярно публикует научные работы и выступает на различных мероприятиях по международному арбитражу.

Артур был первым представителем Правительства США в делах трибуналов по рассмотрению требований между Ираном и США (1981—1983 гг.).

Суспицына Ирина Игоревна — старший юрист практики международного коммерческого арбитража адвокатского бюро «КИАП». Выпускница юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова (с отличием) и магистр права международного коммерческого арбитража Стокгольмского университета. Специализируется на представлении интересов клиентов в арбитражах по регламентам SCC, ICC, LCIA и МКАС при ТПП РФ, а также в российских судах по делам о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных и судебных решений.

Филлипс Кент (Kent Phillips) — со-глава арбитражной практики и партнер в сингапурском офисе фирмы «Berwin Leighton Paisner LLP».

Кент имеет многолетний опыт ведения арбитражных и судебных разбирательств. Хотя он ведет дела по разным направлениям, чаще всего он занимается спорами в области энергетики или в кредитно-финансовом секторе. До переезда в Сингапур в 2011 г. он работал в Лондоне, где помимо прочего представлял одного из российских олигархов в споре с суммой иска 3 млрд долл. США. В последнее время он вел много споров, связанных с Индией и Индонезией.

Он представляет разных азиатских клиентов, которые выбрали местом арбитража Сингапур, Гонконг или другие арбитражи в Азии.

Кент также часто получает назначения в качестве арбитра, и включен в список Сингапурского международного арбитражного суда. Он также является директором сингапурского отделения Королевского института арбитров.

Справочник «Chambers Asia Pacific» второй год подряд признает его ведущим экспертом в области арбитража в азиатском регионе. Справочник «Benchmark Litigation Asia» называет его *«местной звездой в области разрешения споров»*.

Чинн Кристофер (Christopher Chinn) — адвокат в группе международного арбитража парижского офиса фирмы «Mauger Brown». Перед этим он в течение 10 лет работал в ведущих практиках международного арбитража в Нью-Йорке и Париже. Он является адвокатом по праву штата Нью-Йорк, солиситором Высших судов Англии и Уэльса, а также французским адвокатом. Кристофер выступал в качестве адвоката в международных и строительных арбитражах с местом рассмотрения в Париже, Женеве, Каире и Вашингтоне. У него есть опыт по делам, рассматриваемым по регламентам ICSID, НАФТА и по двусторонним соглашениям о защите инвестиций. Он также представлял иностранных клиентов по спорам, вытекающим из догово-

ров, недобросовестной конкуренции и Закона о неправомерных претензиях в судах штатов и в федеральных судах США.

Родился на Гавайях, получил первое образование по истории в Йельском университете, после чего получил образование юриста в университете Миннесоты. Также учился в университете Лиона (Jean Moulin Lyon III). Он принимал участие в сборе информации и написании классического труда по международному арбитражу: «International Chamber of Commerce Arbitration» (3rd ed., 2000). Он также получил приз в 2011 г. от Международной академии арбитражного права в Париже за свою публикацию по арбитражу. Участвовал в 18-ом, 21-ом и 22-ом конкурсе им. Виллема Виса по международному коммерческому арбитражу (Вена).

Шерер Макси (Maxi Scherer) — доктор права, старший преподаватель в Школе международного арбитража Лондонского университета королевы Марии, специальный советник в юридической фирме «Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP» (Лондон).

Макси имеет значительный опыт арбитража как в странах гражданско-правовой традиции, так и в странах общего права. Она представляла и консультировала клиентов по более чем 50 арбитражным делам, рассматривавшимся всеми ведущими мировыми арбитражными центрами. Также она выступала арбитром (председателем, членом состава арбитража и единоличным арбитром) по 20 арбитражным делам.

Она допущена к практике в Париже, а также в качестве солистора в Англии и Уэльсе. Различные мировые рейтинги, такие как «Who's Who Legal», «The Legal 500 UK» и др., регулярно включают Макси в число ведущих специалистов в области арбитража.

Макси является главным редактором «Journal of International Arbitration» (Wolters Kluwer), членом подкомитета по признанию и исполнению арбитражных решений Международной ассоциации юристов, членом французского отделения Международной ассоциации юристов, со-главой группы «DIS40» (Немецкая арбитражная институция) и членом исполнительного комитета «ICDR Y&I».

Макси также является директором французской программы школы по подготовке магистров права (www.law.qmul.ac.uk/postgraduate/llmparis/). Другие ее научные должности включают звание профессора юридического факультета Университета Нью-Йорка, приглашенного профессора юридического факультета Университета SciencesPo в Париже, адъюнкт-профессора в Джорджтаунском центре транснациональных правовых исследований,

а также преподавателя в Мельбурнском университете, Свободном университете Берлина, Школе права Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна, Университете Версаль-Сен-Кантен-ан-Ивелин, Фрибургском университете, Вюрцбургском университете, Школе права Университета Пеппердайн, Базельском университете, Университете Париж 10 Нантер.

Макси публикует много работ в сфере арбитража и международных разбирательств. Она редактор книги «Транспарентность в международном инвестиционном арбитраже (Руководство по применению Стандартов ЮНИСИТРАЛ по транспарентности в инвестиционных арбитражах, основанных на международном договоре (*Transparency in International Investment Arbitration (A Guide to the UNCITRAL Standard on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration)*); со-автор книги «Арбитраж по регламенту ЛМТС» (*Arbitrating under the 2014 LCIA Rules*), опубликованной Wolters Kluwer в 2015.

Также недавние опубликованные работы Макси включают: *Forum Shopping and Post-Award Judgments* (with Linda Silberman, in: *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context* / F. Ferrari (ed.). — Sellier, 2013); *Effects of Foreign Judgments Relating to International Arbitral Awards: Is the 'Judgment Route' the Wrong Road?* (*Oxford Journal of International Dispute Settlement (JIDS)*, 2013); *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (author of sections on Articles III, IV and V(1)(b) / R. Wolff (ed.). — C.H. Beck, München, & Hart Publishing, Oxford, 2012).

Ярков Владимир Владимирович — д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, приглашенный профессор Университета Париж 10 Нантер.

Член научно-консультативных советов при Верховном Суде РФ, Арбитражном суде Уральского округа, Федеральной службе судебных приставов, член экспертного совета ВАК по праву при Министерстве образования и науки РФ, член научного совета Международного союза судебных исполнителей.

Принимал участие в разработке гражданского процессуального, исполнительного, нотариального законодательства. Опубликовал много работ по российскому и международному гражданскому и арбитражному процессу, исполнительному производству, нотариату.

Под его научным руководством в России защищено 5 докторских и 38 кандидатских диссертаций, в том числе 3 диссертации с одновременным присвоением ученой степени доктора права Франции. Являлся членом жюри по присвоению ученых степеней в университетах Франции, Финляндии, Латвии.

Раздел 1

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ И ВЫЗОВЫ В ОБЛАСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION: CURRENT CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

DR. JACOMIJN J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF¹,
Director General,
London Court of International Arbitration (LCIA)

1. Introduction

1. The London Court of International Arbitration (LCIA) is one of the leading international institutions for commercial dispute resolution. While the LCIA is based in London, the LCIA Rules are universal in application and the LCIA can administer arbitrations seated anywhere in the world. This is reflected in the international nature of the LCIA's caseload.

2. The LCIA provides efficient, flexible and cost-effective administration of arbitration and other ADR proceedings (such as mediation). In doing so, the LCIA takes a hands-on and flexible approach to casework administration, tailoring its approach to the specific nature and circumstances of each case.

3. The LCIA Court has a range of functions under the Rules and is the final authority for the proper application of the LCIA Rules. Under the LCIA Rules, the LCIA Court formally appoints the arbitral tribunal, while taking into account any written agreement or joint nomination by the parties. In practice, approximately half of the individuals appointed by the LCIA Court are appointed on the basis of nomination by the parties or co-arbitrators, and half are appointed by the Court directly. While the default system under the LCIA Rules is for the appointment of a sole arbitrator, the parties, however, are open to agree otherwise, and the LCIA Court can decide to appoint a three-member tribunal if that is more appropriate

¹ She thanks Katia Contos, Assistant to the Director-General / Casework Assistant for her invaluable assistance in preparing this paper.

in the circumstances of the case, including the value of the claim, the location and languages of the parties and the number of parties involved.

4. The cost of the LCIA's services is based on an hourly rate structure. The LCIA's administrative charges, and the fees charged by the arbitral tribunals it appoints, are determined by the hours spent. Under the LCIA's Schedule of Costs, the arbitral tribunal's fees are charged at an hourly rate not exceeding £450. In each case, the LCIA Court will set the maximum hourly rate which can be charged by the arbitral tribunal. The LCIA Court can, and often will, set the maximum hourly rate below £450. In the majority of cases, this capped hourly fee structure works out to be more cost effective than charges based on the sum in issue.

5. The LCIA Rules ensure that LCIA arbitrations are handled as efficiently as possible, taking into account the particular circumstances of the case. The LCIA Rules 1998 contain provisions directed at ensuring cases are progressed as efficiently and effectively as possible.

6. On 1 October 2014, the LCIA Rules 2014 came into force. The LCIA Rules 2014 have introduced a number of new provisions, which further enhance and build upon these features of the LCIA Rules 1998.

7. This paper will address a number of the new provision introduced by the LCIA Rules 2014, in particular (i) provisions which further enhance the efficiency of arbitrations administered by the LCIA and (ii) provisions regulating the conduct of party representatives in LCIA arbitrations, which are unique to the LCIA Rules 2014.

8. A significant proportion of the LCIA's caseload involves a Russian or CIS interest, either directly or indirectly (for example, companies incorporated in the British Virgin Islands or Cyprus often have a Russian or CIS interest). Currently, approximately one third of the LCIA's caseload involves a party from either Russia, the CIS, Cyprus or the British Virgin Islands.

9. Against this background, this paper will also explore one of the potential challenges which currently the LCIA faces. Following recent events in Ukraine, a wide array of measures have been imposed by both the European Union and the United States in an attempt to de-escalate the crisis. Such measures include diplomatic actions, asset freezes, visa bans, restrictions relating to Crimea and Sevastopol and restrictions on certain sectors. This paper will explore the extent to which this external development could impact the ability of institutions, and more specifically, the LCIA, to administer disputes involving Russian / CIS related parties.

10. While both the European Union (EU) and the United States have imposed wide ranging sanctions against a number of countries (such as Iran, Iraq, North Korea (Democratic People's Republic of Korea), Somalia and Syria amongst other countries), the comments made in this paper in respect of sanctions will be confined to the financial sanctions imposed by both the EU and the United States in response to the recent events in Ukraine. It should be noted, however, that while they will not

be directly addressed in this paper, the sanctions imposed by both the EU and the United States against Belarus could also potentially impact upon arbitral institutions administering disputes involving Russian / CIS related parties.

2. Enhancing efficiency in arbitral proceedings

11. The LCIA has always placed great emphasis on ensuring that all arbitration referred to the LCIA are administered as efficiently and effectively as possible.

12. A number of novel provisions have been introduced in the LCIA Rules 2014, aimed at increasing the efficiency of arbitral procedures. These new features build upon the strong foundation established by the LCIA Rules 1998.

13. For example, under the LCIA Rules 1998 a procedure for expedited formation of the arbitral tribunal is available in certain circumstances. The LCIA Rules 2014, in Art. 9B, introduce emergency arbitrator provisions, pursuant to which parties can now apply for the immediate appointment of a temporary sole arbitrator to conduct emergency proceedings pending the formation of the arbitral tribunal. This procedure runs in parallel to the provisions allowing for a procedure for expedited formation of the arbitral tribunal under Art. 9A, which is also available under the LCIA Rules 1998.

14. Initially, some practitioners expressed the view that for cases seated in England, the need for arbitral emergency proceedings was limited in light of the effective jurisdiction of the High Court in London. Be that as it may, not all cases are seated in London and/or many cases will involve situations where assets are located elsewhere, possibly in jurisdiction where local courts do not provide a feasible alternative for injunctive relief.

15. Speed should not be seen as a goal in itself. Complex cases will and should, by their very nature, take longer than cases in which the factual and legal issues are relatively straightforward. Other factors as well impact whether and to what extent a speedy resolution of a matter is feasible and appropriate, such as the involvement of multiple parties and or state parties. Not every case can or should proceed on an expedited basis. It is only in the cases in which there is a legitimate or justified need that the procedure contained in Art. 9A should be used. The goal is for cases to be handled as effectively as possible, taking into account the individual circumstances of each case.

16. The following features introduced by the LCIA Rules 2014 are of particular interest, as they directly deal with enhanced efficiency in LCIA arbitrations: (i) electronic filing; (ii) requirements as to arbitrator availability; (iii) early contact between the parties and the arbitral tribunal; (iv) consolidation and joinder provisions; and (v) the timing of awards.

2.1. Electronic filing

17. The LCIA Rules 2014 expressly state in Arts. 1.2 and 2.2 that the request and the response may be submitted to the Registrar “in electronic form (as e-mail attachments) or in paper form or in both forms”.

18. Further, from 1 October 2014, the LCIA offers parties the option of online filing. The online system can presently be used for the filing of requests to arbitration, responses, applications for expedited formation of the arbitral tribunal, applications for expedited appointment of a replacement arbitrator and applications for the appointment of an emergency arbitrator. For online filings, users can pay the registration fee for the filing of a request and the application fee for an application for the appointment of an emergency arbitrator, by credit card.

19. For all online filings, the LCIA online filing system provides users with two options. A party can either file a number of documents which contain all relevant elements under the LCIA Rules. Alternatively, parties can use the standard electronic forms for each filing, which contain fields for each of the elements required under the LCIA Rules in respect of each filing.

20. Articles 1.3 and 2.3 of the LCIA Rules 2014 expressly provide that the Claimant and the Respondent respectively, “may use, but [are] not required to do so, the standard electronic form available on-line from the LCIA’s website” for LCIA requests and responses. These standard forms are designed to guide parties through the process to ensure that all information required under the LCIA Rules is provided. For example, the standard electronic form for filing a request for arbitration contains fields for each of the elements listed at Arts. 1.1(i) through 1.1(vii) of the LCIA Rules. This system effectively serves as a useful checklist for users when submitting a filing. What is obviously to be avoided is also submitting a filing in hard copy if the versions of the e-filing and the hardcopy filing are not identical.

2.2. Arbitrator availability

21. A new provision introduced by the LCIA Rules 2014 is the requirement that arbitrators confirm before appointment that they have the requisite availability for the expeditious and efficient conduct of the arbitration.

22. Article 5.4 of the LCIA Rules 2014 provides as follows:

“Before appointment by the LCIA Court, each arbitral candidate shall furnish to the Registrar (upon the latter’s request) a brief written summary of his or her qualifications and professional positions (past and present); the candidate shall also agree in writing fee-rates conforming to the Schedule of Costs; the candidate shall sign a written declaration stating: (i) whether there are any circumstances currently known to the candidate which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence and, if so, specifying in full such circumstances in the

declaration; and (ii) whether the candidate is ready, willing and able to devote sufficient time, diligence and industry to ensure the expeditious and efficient conduct of the arbitration. The candidate shall furnish promptly such agreement and declaration to the Registrar”.

23. Accordingly, before appointment by the LCIA Court, in addition to disclosing whether there are any circumstances currently known to the candidate which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, candidates must also confirm, in writing, that they are ready, willing and able to devote sufficient time, diligence and industry to ensure the expeditious and efficient conduct of the arbitration.

24. To implement this requirement the LCIA requires that candidates selected or nominated for appointment in an arbitration under the LCIA Rules 2014 complete an “Arbitrator Availability Form”. On this form arbitral candidates should disclose certain information regarding their current commitments. In particular, candidates should provide the number of ongoing cases in which they have been appointed as arbitrator, are appearing as counsel or are otherwise involved, the number of pending awards that they have in respect of any arbitration in which they are presently appointed, and in which any post-hearing has already taken place, the number of arbitrations in which the arbitral tribunal is in deliberation and any commitments of which the candidate is aware which might limit or affect the time that they can devote to the arbitration. Further, the form invites candidates to provide any further information that they see as relevant for the LCIA Court to consider in respect of their answers.

25. Requesting and evaluating this type of information is a delicate balancing act. Delay in the initial stages of the proceedings is one of the main sources of frustration for users of arbitration. At the same time, justified privacy concerns must be taken into consideration. It is also difficult to be prescriptive in what constitutes an acceptable workload; this is not something that can be assessed in absolute terms but must take into account the particular person and the particular case as much as possible. In carrying out this “balancing act” the LCIA obviously also considers that parties may have a legitimate interest in nominating someone who may be quite busy but whose experience or qualifications make him or her uniquely qualified for the particular case.

26. Consequently, it is only if and when an institution is provided with adequate information that it can properly assess the situation, thereby effectively assisting users in ensuring that arbitrations under the LCIA Rules proceed as efficiently as possible. It should be noted that the information provided by putative arbitrators is for the LCIA’s information only and not disclosed to the parties at any stage of the arbitration.

2.3. Procedural timetable and early contact between the parties and the arbitral tribunal

27. The LCIA Rules 2014 encourage early contact between the parties and the arbitral tribunal, to ensure the efficient and expeditious progress of the arbitration.

28. This is set out in Art. 14.1 of the LCIA Rules 2014, which provides as follows:

“The parties and the Arbitral Tribunal are encouraged to make contact (whether by a hearing in person, telephone conference-call, video conference or exchange of correspondence) as soon as practicable but no later than 21 days from receipt of the Registrar’s written notification of the formation of the Arbitral Tribunal”.

29. While the Rules do not impose on the arbitral tribunal a duty to establish a procedural timetable within a certain time limit, Art. 14.1 of the LCIA Rules 2014 does require that 21 days from receipt of the Registrar’s written notification of the formation of the arbitral tribunal, contact be made between the parties and the arbitral tribunal with a view to agreeing such timetable. The Secretariat will also chase the arbitral tribunal, if need be.

30. This feeds in to Art. 15 of the LCIA Rules, which sets out a procedure for the submission of written statements in the arbitration and will apply unless the parties have agreed or jointly proposed in writing otherwise, or the arbitral tribunal decides differently. As will be discussed below, Art. 15 does not only regulate conduct of the parties but also regulates (the timing of) the conduct of the arbitral tribunal in that it requires updating the timetable to reflect the timing of the award, including setting aside adequate time for deliberations (Art. 15.10).

31. Article 14.1 enhances good practice. Further, it gives the LCIA Secretariat a tool to encourage early contact between the arbitral tribunal and the parties.

2.4. Consolidation and joinder

32. The LCIA Rules 2014 introduce new provisions relating to multiparty proceedings. Specifically, the rules now include consolidation provisions, allowing multiple arbitration proceedings to be commenced into a single arbitration in certain circumstances. These provisions allow for consolidation to be ordered by the LCIA Court prior to the appointment of the arbitral tribunal, or alternatively, to be ordered by the arbitral tribunal following its appointment, with the approval of the LCIA Court.

33. Article 22.6 of the LCIA Rules 2014 provides for consolidation of cases prior to the appointment of the arbitral tribunal, as follows:

“Without prejudice to the generality of Articles 22.1(ix) and (x), the LCIA Court may determine, after giving the parties a reasonable opportunity to state their views, that two or more arbitrations, subject to the LCIA Rules and commenced under the same arbitration agreement between the same disputing parties, shall be consolidated to form one single arbitration subject to the LCIA Rules, provided that no arbitral tribunal has yet been formed by the LCIA Court for any of the arbitrations to be consolidated”.

34. Accordingly, prior to appointment of the arbitral tribunal the LCIA Court can consolidate two or more arbitrations after the parties have been given an opportunity to state their views provided that the arbitrations are:

- (i) subject to the LCIA Rules;
- (ii) commenced under the same arbitration agreement; and
- (iii) commenced between the same disputing parties.

35. Article 22.1 of the LCIA Rules 2014 which sets out additional powers of the arbitral tribunal, addresses consolidation of cases following appointment of the arbitral tribunal. Article 22.1 states that the arbitral tribunal shall have the power, upon the application of any party, only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the arbitral tribunal may decide:

“<...>

(ix) to order, with the approval of the LCIA Court, the consolidation of the arbitration with one or more other arbitrations into a single arbitration subject to the LCIA Rules where all the parties to the arbitrations to be consolidated so agree in writing;

(x) to order, with the approval of the LCIA Court, the consolidation of the arbitration with one or more other arbitrations subject to the LCIA Rules commenced under the same arbitration agreement or any compatible arbitration agreement(s) between the same disputing parties, provided that no arbitral tribunal has yet been formed by the LCIA Court for such other arbitration(s) or, if already formed, that such tribunal(s) is (are) composed of the same arbitrators...

<...>”

36. Accordingly, the arbitral tribunal has the power (after giving the parties a reasonable opportunity to state their views) to order, with the approval of the LCIA Court, the consolidation of arbitrations where:

(i) all the parties to the arbitrations to be consolidated so agree in writing; or
(ii) if no arbitral tribunal has yet been formed for the other arbitration or if formed, the arbitral tribunal is the same, if the arbitrations have been commenced:

(a) under the same arbitration agreement or any compatible arbitration agreement(s); and

(b) between the same disputing parties.

37. By allowing multiple arbitration proceedings to be commenced into a single arbitration, the LCIA Rules 2014 allow, in appropriate circumstances, for multiple claims to be dispensed with by one arbitral tribunal. This can significantly improve the efficiency and cost of arbitral proceedings. In many of these cases, the facts are interrelated, and the claims interdependent. It is therefore advantageous, from both a time and cost perspective to have the proceedings dealt with in a single arbitration.

38. While the new consolidation provisions are clearly helpful and an improvement, by necessity the scope of these provisions is still relatively limited. Effectively, the Rules require either the same disputing parties commencing arbitration under the same arbitration agreement, or the consent of all parties. This is, however, for good reason. Where parties' agreements are not synchronised, institutions cannot and should not override the parties' agreement — which would be the consequence of favouring one party's contractual agreement over another party's agreement.

39. In addition to these new consolidation provisions, the LCIA Rules 2014 also allow for the joinder of one or more third persons in certain circumstances. While the wording of the relevant provision has been clarified, this is not a new provision. Article 22.1 provides that the arbitral tribunal shall have the power, upon the application of any party, only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the arbitral tribunal may decide:

“<...>

(viii) to allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided any such third person and the applicant party have consented to such joinder in writing following the Commencement Date or (if earlier) in the Arbitration Agreement; and thereafter to make a single final award, or separate awards, in respect of all parties so implicated in the arbitration;

<...>”

40. Accordingly, the arbitral tribunal can join a third person as party to the arbitration if the third person and party applying for the joinder have consented in writing. Arguably, this joinder provision is wider reaching than the consolidation provisions, as joinder does not require the consent of all parties, rather, only the consent of the person to be joined and the party applying for the joinder, and not the consent of the other parties to the dispute.

2.5. Awards

41. The LCIA takes steps when administering arbitrations to encourage arbitral tribunals to be as efficient as possible when making any award. Following the

conclusion of a hearing, the LCIA Secretariat will contact the arbitral tribunal to ascertain the expected timing of the award and timing of deliberations.

42. In this context, the LCIA Rules 2014 helpfully introduce a specific provision requiring arbitral tribunals to provide information to both the LCIA and the parties as to the timing of a final award. Article 15.10 of the LCIA Rules 2014 provides as follows:

“...the Arbitral Tribunal shall seek to make its final award as soon as reasonably possible following the last submission from the parties (whether made orally or in writing), in accordance with a timetable notified to the parties and the Registrar as soon as practicable (if necessary, as revised and re-notified from time to time). When the Arbitral Tribunal (not being a sole arbitrator) establishes a time for what it contemplates shall be the last submission from the parties (whether written or oral), it shall set aside adequate time for deliberations as soon as possible after that last submission and notify the parties of the time it has set aside”.

43. Accordingly, in an LCIA arbitration the arbitral tribunal shall seek to make its final award as soon as possible in accordance with a timetable (as referred to in Arts. 14 and 15, see above) which is to be provided to the parties and the Registrar. Furthermore, in the case of three-member tribunals, the arbitral tribunal is required under the LCIA Rules 2014 to notify the parties of the (adequate) time set aside for deliberation.

44. This provision does not prescribe an explicit deadline for arbitral tribunals to make final awards. Rather, it is a self-policing mechanism, which encourages arbitral tribunals to take practical steps to ensure that awards are made in an efficient and organised way. It also provides an adequate tool for the Secretariat to monitor the arbitral tribunal's implementation of the Rules, with a view to counteract unnecessary delay in the rendering of awards.

3. Regulating ethical conduct: creating a level playing field

45. Recent years have seen a number of changes to the international arbitration community. One notable change is the significant increase in the diversity of party representatives in international arbitration.

46. Party representatives now hail from a wide range of jurisdictions, with different codes of professional responsibility, and consequently, different norms regarding the conduct of party representatives, which can, at times, come into conflict. Furthermore, lawyers from different jurisdictions may have different perceptions as to the role of a lawyer and their duty to their client. While such diversity is to be welcomed and

encouraged, a corollary of this diversity is the need for regulation, as it is no longer possible, as it may have once been, to rely on shared views as to party representatives' conduct in arbitration. The regulation of ethical conduct in international arbitration, therefore, serves to create a level playing field between the parties.

47. This conclusion raises the important question of how ethical conduct in international arbitration is to be regulated. This question has attracted a number of views. It is the LCIA's position that institutions should be pragmatic in this respect, and take positive steps to delineate core principle of conduct applicable to all party representatives in LCIA arbitrations.

48. The LCIA Rules 2014 introduce explicit provisions on the conduct of party representatives in arbitrations conducted under the LCIA Rules. Such provisions codify core ethical standards to which all party representatives in LCIA arbitrations must comply.

49. There are three central features of the provisions on the conduct of party representatives in the LCIA Rules 2014, which are discussed below: (i) the requirements as to changes to a party's legal representatives; (ii) the general guidelines which regulate the conduct of legal representatives; and (iii) the sanctions that can be made against legal representatives if they are found to be in violation of these general guidelines.

3.1. The LCIA integrated system

50. The provisions regulating the conduct of party representatives are contained in Art. 18 of the LCIA Rules 2014 and the Annex to the LCIA Rules 2014. Parties are bound to both the Rules and the Annex by contract. This is expressly stated in the preamble to the LCIA Rules 2014, which provides as follows:

“Where any agreement, submission or reference howsoever made or evidenced in writing (whether signed or not) provides in whatsoever manner for arbitration under the rules of or by the LCIA, the London Court of International Arbitration, the London Court of Arbitration or the London Court, the parties thereto shall be taken to have agreed in writing that any arbitration between them shall be conducted in accordance with the LCIA Rules or such amended rules as the LCIA may have adopted hereafter to take effect before the commencement of the arbitration and that such LCIA Rules form part of their agreement (collectively, the ‘Arbitration Agreement’). These LCIA Rules comprise this Preamble, the Articles and the Index, together with the Annex to the LCIA Rules and the Schedule of Costs as both from time to time may be separately amended by the LCIA (the ‘LCIA Rules’)”.

51. The Annex will therefore form part of the parties' arbitration agreement where parties have referred to arbitration under the rules of or by the LCIA.

52. This is to be contrasted with the applicability of the IBA Guidelines on Party Representation. Guideline 1 states:

“The Guidelines shall apply where and to the extent that the Parties have so agreed, or the Arbitral Tribunal, after consultation with the Parties, wishes to rely upon them after having determined that it has the authority to rule on matters of Party representation to ensure the integrity and fairness of the arbitral proceedings”.

53. Accordingly, the IBA Guidelines on Party Representation may be adopted in whole or in part by agreement of the parties or use of an arbitral tribunal’s inherent power to take measures to preserve the integrity of their proceedings. While it is always open to an arbitral tribunal to use its inherent powers and apply the IBA Guidelines on Party Representatives, in practice, the IBA Guidelines on Party Representatives have not (yet?) attracted the same level of support as other IBA guidelines such as the IBA Guidelines on Conflict of Interest. Arbitral tribunals may therefore be hesitant to rely upon the Guidelines on Party representation in the absence of express party agreement.

3.2. Application to party representatives

54. Article 18.5 of the LCIA Rules 2014 provides as follows:

“Each party shall ensure that all its legal representatives appearing by name before the Arbitral Tribunal have agreed to comply with the general guidelines contained in the Annex to the LCIA Rules, as a condition of such representation. In permitting any legal representative so to appear, a party shall thereby represent that the legal representative has agreed to such compliance”.

55. Therefore it is the responsibility of each party to ensure that its legal representatives have agreed to comply with the Annex to the LCIA Rules. Further, when a legal representative appears for a party, that party represents that the representative has agreed to such compliance.

56. A party’s legal representative includes all persons representing a party in the arbitration, including representatives who are not lawyers. Article 18.5 of the LCIA Rules 2014 is therefore applicable to all individuals representing a party in an arbitration.

3.3. Changes to a party’s legal representatives

57. Both the LCIA Rules 1998 and the LCIA Rules 2014 (under Arts. 18.2 and 18.1, respectively) give the arbitral tribunal the power to order any party to provide proof of authority granted to its legal representatives. The LCIA Rules 2014,

however, go further than the LCIA Rules 1998 as the Rules introduce provisions which govern any changes to a party's legal representatives.

58. It is important to stress at the outset that this provision underpins the fundamental right that a party may be represented by a representative of its choice. The amendment of the LCIA Rules 2014 goes to regulating conduct abusing that right.

59. Article 18.3 of the LCIA Rules 2014 provides as follows:

“Following the Arbitral Tribunal's formation, any intended change or addition by a party to its legal representatives shall be notified promptly in writing to all other parties, the Arbitral Tribunal and the Registrar; and any such intended change or addition shall only take effect in the arbitration subject to the approval of the Arbitral Tribunal”.

60. Parties are therefore required under the Rules to notify all parties, the arbitral tribunal and the Registrar of any change to their legal representation. Further, this change will only take effect subject to the approval of the arbitral tribunal.

61. The circumstances in which the arbitral tribunal can withhold such approval are set out in Art. 18.4, which states as follows:

“The Arbitral Tribunal may withhold approval of any intended change or addition to a party's legal representatives where such change or addition could compromise the composition of the Arbitral Tribunal or the finality of any award (on the grounds of possible conflict or other like impediment). In deciding whether to grant or withhold such approval, the Arbitral Tribunal shall have regard to the circumstances, including: the general principle that a party may be represented by a legal representative chosen by that party, the stage which the arbitration has reached, the efficiency resulting from maintaining the composition of the Arbitral Tribunal (as constituted throughout the arbitration) and any likely wasted costs or loss of time resulting from such change or addition”.

62. The circumstances in which the arbitral tribunal can withhold approval of a change to a party's legal representative are therefore limited. The arbitral tribunal may only withhold its approval where the change or addition could compromise the composition of the arbitral tribunal or the finality of any award. It is not therefore a blanket provision contradicting the right to be represented by representatives of one's choice. The Rules also do not contain a substantive standard expressing when there shall or shall not be a “compromise” to the composition of the arbitral tribunal and when a situation of conflict of interest can be said to exist. That is not something that can be spelled out in absolute terms in the arbitration Rules but is dependent on the facts and circumstances of each case, to be evaluated by the arbitral tribunal.

63. The new provisions lay down a positive, pragmatic approach to changes to a party's legal representatives, and empower the arbitral tribunal to respond and take measures, where necessary, to such a change.

3.4. Ethical guidelines

64. The Annex to the LCIA Rules 2014 codifies “General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives”. These guidelines establish core substantive principles which regulate the conduct of parties’ legal representatives, and, as stated in para. 1 of the Annex, are intended to promote the good and equal conduct of the parties’ legal representatives appearing by name in the arbitration.

65. The principles contained in the Annex are as follows:

(i) a legal representative should not engage in activities intended unfairly to obstruct the arbitration or to jeopardise the finality of any award;

(ii) a legal representative should not knowingly make any false statement to the arbitral tribunal or the LCIA Court;

(iii) a legal representative should not knowingly procure or assist in the preparation of or rely upon any false evidence presented to the arbitral tribunal or the LCIA Court;

(iv) a legal representative should not knowingly conceal or assist in the concealment of any document (or any part thereof) which is ordered to be produced by the arbitral tribunal; and

(v) a legal representative should not engage in any unilateral contact relating to the arbitration or the dispute with the arbitral tribunal or any member of the LCIA Court making any determination or decision in regard to the arbitration (but not including the Registrar), which has not been disclosed in writing prior or shortly after the contact to all parties, members of the arbitral tribunal and the Registrar.

66. These basic ethical guidelines safeguard procedural fairness and the integrity of the arbitral process in arbitrations under the LCIA Rules. Further, by subjecting all legal representatives in LCIA arbitrations to the same guidelines, the provisions create a level playing field amongst the parties.

3.5. Sanctions for breach of ethical guidelines

67. Paragraph 7 of the Annex to the LCIA Rules 2014 provides as follows:

“In accordance with Articles 18.5 and 18.6, the Arbitral Tribunal may decide whether a legal representative has violated these general guidelines and, if so, how to exercise its discretion to impose any or all of the sanctions listed in Article 18.6”.

68. Further, Art. 18.6 of the LCIA Rules 2014 provides:

“In the event of a complaint by one party against another party’s legal representative appearing by name before the Arbitral Tribunal (or of such complaint by the Arbitral Tribunal upon its own initiative), the Arbitral Tribunal may decide, after consulting the parties and granting that legal representative a reasonable opportunity to answer the

complaint, whether or not the legal representative has violated the general guidelines. <...>”.

69. It is therefore for the arbitral tribunal to decide whether a legal representative has violated the general guidelines. Such decision may be made, in the event of a complaint, either by one party against another party’s legal representative or by the arbitral tribunal on its own initiative. However, in deciding whether there has been such violation, the arbitral tribunal must consult the parties and grant the legal representative against whom the complaint is made a reasonable opportunity to answer the complaint.

70. If the arbitral tribunal finds that a legal representative is in violation of the general guidelines, Art. 18.6 provides for a number of sanctions which the arbitral tribunal may order against the legal representative. It has the discretion to decide whether to order: (i) a written reprimand; (ii) a written caution as to future conduct in the arbitration; and/or (iii) any other measure necessary to fulfil within the arbitration the general duties required of the arbitral tribunal under Arts. 14.4(i) and (ii) (that is the duty to act fairly and impartially as between all parties and the duty to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration).

71. Further, while it is not a specific sanction under Art. 18.6, the arbitral tribunal has general discretion, pursuant to Art. 28.4 to take into account the parties’ conduct in the arbitration when making its decisions on both Arbitration Costs and Legal Costs. As the conduct of parties representatives is encompassed in the conduct of the parties it is therefore open to the arbitral tribunal to make an adverse costs order against the party whose legal representative acts in violation of the general conduct guidelines.

4. Potential impact of Russian sanctions on arbitral institutions

72. Since March 2014, the EU and the United States have imposed an array of sanctions in response to the recent events in Crimea, in particular, the annexation of Crimea and pro-Russian separatist violence in eastern Ukraine. The sanctions have subsequently intensified in the absence of de-escalatory steps by Russia.

73. The sanctions imposed by both the EU and the United States in respect of these events, have been broad, and include diplomatic measures (for example the EU-Russia summit was cancelled), asset freezes and visa bans targeting specific individuals and companies, broad restrictions on economic exchanges with Crimea and Sevastopol, economic sanctions which target sectoral cooperation and exchanges with Russia and measures focused on the freezing and recover of misappropriated Ukrainian state funds.

74. The EU sanctions are of particular relevance to the LCIA as an institution based in London, as the EU sanctions apply within EU territory, to any EU national, whether

or not they are in the EU, to companies and organisations incorporated under the law of a member state and to any business done in whole or in part within the EU.

75. The sanctions which are most significant to the services provided by the LCIA are the sanctions imposing the freezing of funds or economic resources. These sanctions target specific individuals and entities and are designed to target the alleged misappropriation of Ukrainian state funds and actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine. All funds belonging to, owned, held, or controlled by any of these designated natural persons or legal persons, entities or bodies associated with them, shall be frozen. Therefore, if an arbitration administered by the LCIA involves a designated person subject to an asset freeze, certain transfers of funds between the LCIA and that person could be restricted by the sanctions.

76. These sanctions are to be distinguished from the broader economic sanctions which have been imposed by both the EU and the United States, targeting sectoral cooperation and exchanges in Russia. These sanctions are in addition to, and separate from, the asset freeze regimes in force.

77. While the scope of the EU and United States sanctions is wide-reaching, and the existence of the sanctions requires additional effort and administrative action, to date the LCIA has seen few cases in which the administration of the case has been directly affected by the sanctions. Rather, the practical impact of the sanctions has been that they require administrative steps to be taken, both by institutions and by counsel. And obviously, the sanctions laws and regulations affect and potentially have an effect on the substance of numerous cases.

78. In practice, arbitration institutions therefore check the application of the sanctions and re-check when they change. When the LCIA receives a new request for arbitration, all parties subject to the arbitration must be checked against a list of sanctioned individuals and entities. Furthermore, where additional individuals or entities are designated as sanctioned or the scope of the sanctions changes, the LCIA takes steps to check current cases, to assess whether any individual or entities have now become subject to a sanction.

79. Where an individual on a case administered by the LCIA is subject to a sanction, the LCIA will assess whether the services provided by the LCIA fall within the scope of the sanction. In the event that LCIA's ability to administer the arbitration could be compromised by a sanctioned individual, or entity, the LCIA will, and does, liaise with the relevant domestic body responsible for the implementation and administration of international financial sanctions. In the case of the UK, Treasury is responsible for licencing exemptions to EU financial sanctions.

80. The recent sanctions imposed in response to the Ukrainian crisis are therefore clearly an issue to consider, imposing the requirement on the LCIA pro-actively to check and ensure compliance. This is very much a burden shared with all

stakeholders in the arbitration process, not in the least counsel involved in representing parties, and arbitral tribunals.

5. Conclusion

81. Arbitral institutions must be responsive to current challenges, many of which face all institutions globally. In particular, arbitral institutions must respond effectively to user concerns, changes in the international arbitration community, and to external developments in the international commercial environment.

82. The new LCIA Rules introduced in 2014 serve as a strong example of the way in which the LCIA as an institution has practically addressed many of these challenges. The Rules introduce a range of new provisions aimed at enhancing the efficiency of arbitral proceedings and reducing delay, throughout all stages of the arbitration. Further, the LCIA Rules 2014 take a pragmatic approach in respect of the regulation of ethics in international arbitration by introducing a core set of guidelines applicable to all representatives in LCIA arbitrations. Such guidelines are unique to the LCIA.

83. A corollary of an institution having an international caseload, involving parties from a range of nationalities and companies incorporated all over the world is that due regard must be had to financial sanctions introduced worldwide. All sanctions, including the Ukrainian related sanctions, require that administrative action be proactively taken to ensure comprehensive compliance. Such compliance in this administration of international arbitrations is a burden that is shared with all stakeholders in the arbitration process.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРИНУДИТЕЛЬНАЯ ИСПОЛНИМОСТЬ МИРОВЫХ СОГЛАШЕНИЙ В ФОРМЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ НА СОГЛАСОВАННЫХ УСЛОВИЯХ

Д.Л. ДАВЫДЕНКО,

к.ю.н., адвокат коллегии «Муранов, Черняков и партнеры»,
докладчик МКАС и МАК при ТПП РФ,
редактор CIS Arbitration Forum

В статье рассматриваются некоторые особенности применения положений ст. V Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г. 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция) к арбитражным решениям, вынесенным на согласованных условиях. Проводится анализ того, насколько применимы к такого рода решениям положения п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции о невозможности для стороны представить свои объяснения, п. 1(c) ст. V о наличии в решении постановлений по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, п. 2(b) ст. V о неарбитрабельности спора и п. 2(b) ст. V о публичном порядке, и в частности исследуется вопрос о том, в каких случаях признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений на согласованных условиях (далее — согласованные решения) могут противоречить публичному порядку.

Стороны частноправовых споров не так уж и редко достигают в ходе арбитражного разбирательства их мирного урегулирования. В этих случаях одним из эффективных и достаточно распространенных на практике инструментов закрепления дружественного урегулирования спора являются согласованные решения. Они позволяют обеспечить упрощенный порядок приведения в исполнение мировых соглашений сторон.

Согласованные решения могут приводиться в исполнение по общему правилу на тех же условиях, что и прочие арбитражные решения. Вместе с тем возникает ряд важных вопросов в отношении международной принудительной исполнимости согласованных решений, которые вызваны их особенной природой.

Некоторые из таких вопросов рассмотрены в данной статье, включая особенности применения к согласованным решениям положений ст. V Нью-Йоркской конвенции. Следует сразу отметить, что в «Travaux préparatoires» к Нью-Йоркской конвенции вопрос о том, в какой мере и каким образом ее положения применимы к такого рода арбитражным решениям, не разъясняется¹.

1. Может ли согласованное решение считаться вынесенным «против» какой-либо из сторон по смыслу Нью-Йоркской конвенции?

Если «обыкновенное» арбитражное решение выносится полностью или в части «против» какой-либо из сторон (содержит положения о полном или частичном удовлетворении исковых требования или отказе в нем), то с согласованным решением на первый взгляд дело обстоит иначе. Действительно, в таком решении состав арбитража только лишь фиксирует условия достигнутого между сторонами мирового соглашения. В этой связи следует процитировать п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции:

«В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что
<...>

б) *сторона, против которой вынесено решение*, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения» (курсив мой. — Д.Д.).

Можно ли считать, что та сторона, **против которой направлено признание и приведение в исполнение** согласованного решения, является по смыслу приведенного положения «*стороной, против которой вынесено решение*»? Ответ на этот вопрос представляется неочевидным. Согласованное решение может приводиться в исполнение только в том случае, если оно закрепляет какое-либо согласованное в мировом соглашении обязательство стороны совершить в пользу другой стороны определенные действия, например уплатить денежную сумму (и эти действия не были совершены добровольно). В этом смысле арбитражное решение фиксирует право стороны требовать от другой стороны совершения определенных действий, т.е. фактически направлено в этом отношении «против» первой стороны.

¹ www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html

С другой стороны, мировое соглашение нередко предусматривает взаимные обязательства сторон. Тогда получается, что согласованное решение направлено «против» обеих сторон? На первый взгляд, арбитражные решения против обеих сторон в принципе невозможны. Однако это не так: например, если ответчиком был подан встречный иск в иной валюте, чем основной иск, и арбитраж полностью или в части удовлетворил оба иска.

В мировом соглашении, условия которого зафиксированы в своем решении арбитраж, стороны также могут предусмотреть встречные обязательства по платежам в различных валютах. Поэтому логично, что согласованное решение следует считать вынесенным «против» обеих сторон.

Исполнительный лист на согласованное решение может быть выдан любой из сторон, в пользу которой в нем предусмотрена обязанность осуществить исполнение¹.

Следовательно, сторона, против которой направлено признание и приведение в исполнение согласованного решения, действительно является по смыслу п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции «стороной, против которой вынесено решение». Другим словами, понятие «решение, вынесенное против стороны» к согласованному решению все же применимо.

Представляется в этой связи, что сторона, которая возражает против признания и приведения в исполнение согласованного решения, не сможет обосновать свои возражения ссылкой на п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции. Действительно, по смыслу данного положения, оно направлено на защиту ответчика в ситуации, когда он не имел возможности представить свои объяснения по иску, а состав арбитража вынес против него решение. Между тем согласованное решение выносится только в случае направления сторонами составу арбитража соответствующего ходатайства². Следо-

¹ См., например, определение Арбитражного суда Ульяновской области от 23 октября 2008 г. № А72-6563/08-22/298 о выдаче исполнительного листа на согласованное решение МКАС при ТПП РФ от 12 мая 2008 г. по делу № 122/2007. В данном деле арбитражное решение предусматривало встречные денежные обязательства сторон: с ответчика подлежали взысканию в пользу истца основной долг и расходы по уплате регистрационного и арбитражного сборов; с истца в пользу ответчика — сумма иной задолженности. Ответчик обратился в суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительно исполнение данного решения МКАС при ТПП РФ в части взыскания с истца установленной в арбитражном решении суммы задолженности. При этом заявитель (ответчик) представил доказательства исполнения со своей стороны данного арбитражного решения. Суд выдал исполнительный лист в пользу ответчика.

² Законодательство о международном арбитраже, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ 1985 г., прямо предусматривает, что согласованное решение выносится только по взаимному ходатайству сторон. См., например, п. 1 ст. 30 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА): «Если в ходе арбитражно-

вательно, если сторона не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения по иску, то о вынесении согласованного решения речи быть не может.

Таким образом, п. 1(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции не является применимым к признанию и приведению в исполнение согласованных решений.

Если стороны, представив арбитражу мировое соглашение, просто информируют его о состоявшемся примирении, то арбитраж прекращает разбирательство без вынесения согласованного решения¹. В то же время гипотетически возможна и следующая ситуация: стороны в ходе арбитражного разбирательства достигают мирового соглашения, истец без согласования с ответчиком или ответчик без согласования с истцом представляет его составу арбитража с ходатайством о вынесении согласованного решения. Если в такой ситуации состав арбитража, в отсутствие соответствующего ходатайства от другой стороны, все же вынесет согласованное решение, то основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений будет, как представляется, иное положение ст. V Нью-Йоркской конвенции, а именно, ее п. 1(d):

«...арбитражный процесс не соответствовал соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж.»

Действительно, в такой ситуации состав арбитража обязан выяснить волю другой стороны, а именно желает ли ответчик, чтобы арбитраж вынес согласо-

го разбирательства стороны урегулируют спор, третейский суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях» (курсив мой. — Д.Д.).

¹ «Если мировое соглашение достигнуто и стороны лишь уведомляют арбитра, который затем прекращает производство по делу, то мировое соглашение может приводиться в исполнение только путем возбуждения полностью нового разбирательства того или иного рода, в зависимости от условия и предмета мирового соглашения» (*Polichar B. Enforcing Settlement Agreements in Arbitration Proceedings // Arbitration. 2012. Vol. 78. Issue 2. P. 156*); «Если более не имеется никаких текущих или подлежащих рассмотрению исковых требований, тогда возникает вопрос, имеет ли арбитраж какое-либо материальное основание для проведения дальнейшего разбирательства по данному делу, помимо прекращения производства по делу... Факт существования мирового соглашения, по-видимому... не оставляет арбитра ничего, кроме как издать постановление о прекращении производства по делу, исключаящее последующее обращение с идентичным иском, если только стороны не предоставили арбитра полномочия вынести арбитражное решение путем включения специальной формулировки в мировое соглашение» (*Ibid. P. 158*) (курсив автора. — Д.Д.).

ванное решение¹. В противном случае арбитражная процедура будет серьезно нарушена. Это нарушение будет, как представляется, безусловным основанием для отказа в признании и приведении в исполнение такого арбитражного решения.

2. Будет ли основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения наличие в фиксируемом им мировом соглашении сторон положений, которые выходят за рамки предмета арбитражного соглашения?

Не так уж и редко мировые соглашения сторон содержат обязательства сторон, которые выходят за рамки арбитражного соглашения, содержащегося в первоначальном договоре сторон: например, в нем могут быть отражены обязательства ответчика, принятые им в качестве отступного, или условия о новации². В этой связи следует процитировать п. 1(с) ст. V Нью-Йоркской конвенции:

«В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что
<...>

с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или *содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре*, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение.» (курсив мой. — Д.Д.).

¹ «...Состав арбитража не может вынести арбитражное решение на согласованных условиях без согласия другой стороны. ...В решении Апелляционного суда Мюнхена от 21 февраля 2007 г., где одна из сторон просила суд привести в исполнение мировое соглашение... суд отклонил такую просьбу и справедливо признал, что он может привести в исполнение лишь арбитражное решение на согласованных условиях, но не само мировое соглашение» (The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2007. — Wolters Kluwer, 2008. P. 53).

² Например, истец отказывается от своих денежных требований к компании-ответчику, взамен приобретая определенный пакет ее акций или право их приобретения по льготной цене.

Может ли сторона, против которой направлено признание и приведение в исполнение арбитражного решения, сослаться на данное положение на том основании, что мировое соглашение, которое зафиксировано в арбитражном решении, содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре?

Представляется, что такое право у стороны имеется в силу буквального толкования приведенной статьи.

Следует отметить, что подобный подход практике российских государственных арбитражных судов известен. Так, ФАС Московского округа передал на новое рассмотрение дело по заявлению о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решения третейского суда о передаче в собственность воздушных судов, так как суд первой инстанции не выяснял, укладываются ли в рамки арбитражной оговорки условия утвержденного третейским судом мирового соглашения, касающиеся передаваемого имущества¹.

Что же касается частичного признания и приведения в исполнение арбитражного решения (на основании приведенной выше оговорки в п. 1(с) ст. V Нью-Йоркской конвенции «с тем, однако, что...»), то оно представляется в рассматриваемом случае невозможным: действительно, можно ли придавать принудительную силу лишь некоторым, но не всем условиям мирового соглашения? Ведь мировое соглашение являет собой неразрывное целое: одна из сторон не принимала бы на себя обязательства, если бы не рассчитывала на встречные обязательства другой стороны. Иными словами, встречные обязательства сторон мирового соглашения являются взаимообусловленными.

Здесь уместна аналогия с государственными судами: они не утверждают мировое соглашение сторон в части, а либо утверждают его полностью, либо отказывают в его утверждении². Третейские суды также не вправе фиксировать в своем решении лишь часть условий мирового соглашения сторон: они либо фиксируют мировое соглашение во всей совокупности его условий, либо отказывают в этом. Таким образом, применительно к согласован-

¹ Постановление от 24 августа 2000 г. № КА-А40/3800-00.

² Пункт 16 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 июля 2014 г. № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе»: «Кодексом [АПК РФ. — Д.Д.] не предусматривается возможность утверждения мирового соглашения в части, изменение или исключение из мирового соглашения каких-либо условий. Следовательно, в целях соблюдения принципов диспозитивности и добровольности примирения сторон арбитражный суд, рассматривая вопрос об утверждении мирового соглашения, *не вправе утверждать такое соглашение в части, изменять или исключать из него какие-либо условия, согласованные сторонами*. Вместе с тем суд вправе предложить сторонам исключить из мирового соглашения отдельные условия, противоречащие закону или нарушающие права и законные интересы других лиц» (курсив мой — Д.Д.).

ному решению, постановления (если даже понимать под ними положения мирового соглашения) по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, **не могут** быть отделены от тех его положений, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой. По этой причине согласованное решение не может быть признано и приведено в исполнение в части постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре.

Представляется также, что само ходатайство сторон о вынесении согласованного решения может быть истолковано в качестве их соглашения, дополнительно наделяющего состав арбитража соответствующей юрисдикцией. Действительно, согласно ст. 7 ст. 30 Закона о МКА

«[а]рбитражное соглашение... считается заключенным... если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами... либо путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает»¹.

Заявляя ходатайства о вынесении согласованного решения, каждая из сторон тем самым подразумеваемым образом утверждает о наличии соответствующего арбитражного соглашения. В свете этого представляется логичным, что арбитражное соглашение может быть заключено и путем заявления сторонами ходатайств о вынесении согласованного решения.

Таким образом, третейский суд, решая вопрос о приведении в исполнение согласованного решения, не вправе отказывать сторонам в этом на том лишь основании, что условия мирового соглашения выходят за рамки арбитражного соглашения сторон.

3. Применимо ли положение п. 2(а) ст. V Нью-Йоркской конвенции (о неарбитрабельности спора) к признанию и приведению в исполнение согласованных решений?

Представляется, что к признанию и приведению в исполнение согласованных решений полностью применимо положение п. 2(а) ст. V Нью-Йоркской конвенции: *«В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны»*. Действительно, если по закону страны, где испраши-

¹ Кроме того, стороны могут предусмотреть положения о соответствующей компетенции состава арбитража в самом мировом соглашении.

вается признание и приведение решения в исполнение, объект спора вовсе не может быть передан на рассмотрение арбитрам, то с точки зрения этого закона у арбитров нет полномочия выносить любое решение в отношении такого объекта, в том числе согласованное сторонами.

Следует в этой связи отметить, что состав арбитража, решая вопрос о вынесении согласованного решения, должен сначала установить, обладает ли он компетенцией рассматривать данный спор, и может ли объект спора быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с *lex arbitri*¹. Кроме того, в свете обязанности состава арбитража выносить «исполнимое» арбитражное решение, ему имеет смысл учитывать, может ли объект спора быть предметом арбитражного разбирательства по закону страны, в которой данное арбитражное решение будет приводиться в исполнение, в случае если оно не будет исполнено добровольно.

Таким образом, в приведении в исполнение иностранного согласованного решения может быть отказано на том основании, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по *lex fori*, даже если он может быть таковым по *lex arbitri*.

4. Каковы особенности применения положения п. 2(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции (о публичном порядке) к признанию и приведению в исполнение согласованных решений?

Согласно п. 2(a) ст. V Нью-Йоркской конвенции «*[в] признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.*»

Сама идея примирения сторон и сама возможность признавать его как юридический факт не могут противоречить публичному порядку какой-либо страны. Действительно, благоприятствование примирению сторон — *favor conciliationis* — является универсальным принципом, известным самым разным правовым системам как современности, так и прошлого². Поэтому принцип благоприятствования примирению, который лежит в основе инсти-

¹ И действительно, в практике МКАС при ТПП РФ арбитры проверяют наличие у них компетенции рассматривать данный спор, прежде чем разрешать вопрос о вынесении согласованного решения (см., например, решения МКАС при ТПП РФ от 26 октября 2007 г. (дело № 14/2007) и от 19 ноября 2007 г. (дело № 40/2007) (СПС «КонсультантПлюс»)).

² Давыденко Д.Л. Примирительные процедуры в европейской правовой традиции. — М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 189—190.

тута согласованного решения, является неотъемлемой частью национальных публичных порядков и не может сам по себе им противоречить.

Однако представляется, что в виде исключения суд который рассматривает вопрос о признании и приведении в исполнение согласованного решения, может установить противоречащим публичному порядку признание и приведение в исполнение тех или иных конкретных условий мирового соглашения, зафиксированных в арбитражном решении. При этом такой суд должен принимать во внимание последствия как для стороны, против которой направлены признание и приведение в исполнение, так и для любых третьих лиц.

Противоречие публичному порядку может иметь место в исключительных случаях, если стороны злоупотребляют согласованным решением или используют его в заведомо незаконных целях. Так, одна из сторон может обратиться в международный арбитраж с иском, который производит впечатление добросовестного, однако в действительности основан на заведомо противоречащей закону сделке¹. Другая сторона при этом не оспаривает этот иск (или только делает вид, что оспаривает). Затем стороны урегулируют «спор» мировым соглашением об уплате ответчиком истцу определенной денежной суммы, и по их просьбе состав арбитража фиксирует их мировое соглашение в согласованном решении. Потом сторона, в пользу которой предусмотрена обязанность другой стороны уплатить деньги по мировому соглашению, приводит такое арбитражное решение в исполнение, например, в другом государстве. Тем самым платежу придается видимость правомерного, притом что он основан на заведомо незаконной сделке². Если иностранный суд при приведении такого арбитражного решения в исполнение установит заведомую незаконность сделки, то он может отказать в приведении в исполнение данного арбитражного решения ввиду нарушения публичного порядка своей страны.

Таким образом, возможна ситуация, когда стороны лишь создают видимость спора и инициируют арбитражное разбирательство с последующим «примирением» сторон и его закреплением в арбитражном решении с целью прикрытия незаконных сделок или отмывания денег³. Практике известны

¹ Либо же сам договор, например купли-продажи, может быть вполне законным, но его цена — несоразмерно высокой с целью прикрыть платеж по иной, заведомо незаконной сделке. См.: *Hiber D., Pavi V. Arbitration and Crime // Journal of International Arbitration. 2008. Vol. 25 Issu 4. P. 461—478.*

² См. подробнее: *Karsten K., Money Laundering: How it Works and Why You Should be Concerned // Arbitration — Money Laundering, Corruption and Fraud. K. Karsten, A. Berkley (eds). — Paris: ICC Publishing, 2003. P. 15—28.*

³ *Cremades B.M., & Cairns D.J.A., Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators // Dispute Resolution Journal. 2004. Vol. 58. № 4. P. 84.*

даже случаи использования институтов арбитража и примирения для отмыwania денег организованной преступностью¹.

Разумеется, состав арбитража, как правило, может и не подозревать о том, что арбитражное разбирательство используется с заведомо незаконной целью. Если такие обстоятельства будут установлены на стадии приведения решения в исполнение за границей, то в нем должно быть отказано в силу п. (b) ст. V Нью-Йоркской конвенции (разумеется, при условии ее применимости).

Также вопрос о нарушении публичного порядка может возникнуть, если речь идет о приведении в исполнение решения третейского суда об утверждении мирового соглашения, объект которого принадлежит третьему лицу, не участвовавшему в деле².

Другими примерами таких экстраординарных обстоятельств являются злоупотребление правами основного общества³, коммерческий подкуп⁴, финансирование терроризма⁵, заключение соглашения в нарушение законодательства о конкуренции или с иной противоправной целью.

Здесь снова уместна некоторая аналогия с государственными судами. Так, в ходе обобщения практики Арбитражного суда Свердловской области были сформулированы в том числе следующие правила:

«1. Мировое соглашение не должно выполнять функцию юридического «прикрытия» сделок, в отношении которых не исключен фактор злоупотребления правом.

<...>

2. Мировое соглашение может быть заключено во исполнение только реальных сделок и не должно прикрывать увод имущества юридических лиц как радикальный способ решения корпоративного конфликта.

<...>

¹ См.: The Lawyer, Wising Up to the Wise Guys, 19 March 2012 (доступно в Интернете по адресу: www.thelawyer.com/wising-up-to-the-wise-guys/1011854.article).

² Постановление ФАС Московского округа от 14 марта 2001 г. № КА-А40/760-01.

³ Например, если мажоритарный акционер инициирует арбитражное разбирательство против своего дочернего общества, а затем понуждает это дочернее общество согласиться не оспаривать иск по существу (*Kiyue Co. Ltd. v. Aquagen International Pte. Ltd.*, [2003] High Court, Singapore, 3 SLR 130).

⁴ Конвенция по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок 1997 г. // Бюллетень международных договоров. 2012. № 7. С. 72—85.

⁵ См., например: Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (принята Генеральной Ассамблеей ООН, резолюция № 54/109 от 9 декабря 1999 г.) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 5. С. 10—23.

3. Мировое соглашение есть способ компромиссного решения конфликта, а не инструмент создания искусственной правовой ситуации, позволяющей в дальнейшем предъявлять реальные имущественные претензии другим участникам экономического оборота.

<...>

7. Не может быть заключено мировое соглашение по иску с явно надуманным основанием и предметом, направленное на прекращение законного (и при этом — преимущественного) материального права другого лица»¹.

Представляется, что все эти правила могут быть применимы *mutatis mutandis* и к фиксации условий мировых соглашений в согласованных решениях. Нарушение этих принципов следует признать относящимся к нарушению публичного порядка.

Таким образом, применимость положения п. 2(b) ст. V Нью-Йоркской конвенции (о публичном порядке) к признанию и приведению в исполнение согласованных решений зависит от конкретных условий мирового соглашения, а равно того обстоятельства, нарушают ли эти условия права других лиц. Несомненно, отказ в признании и приведении в исполнение согласованных решений по такому основанию допустим лишь при наличии экстраординарных обстоятельств, примеры которых приведены выше.

Объем настоящей статьи заставляет ограничиться приведенными особенностями и проблемами принудительной исполнимости мировых соглашений в форме согласованных решений².

Как видно из изложенного, круг оснований для отказа в признании и приведении в исполнение согласованных решений существенно более узок, чем круг оснований для отказа в признании и приведении в исполнение «обыкновенных» арбитражных решений. В этой связи спорящим сторонам необходимо особенно тщательно подходить к согласованию условий мирового урегулирования споров, чтобы они в полной мере отвечали их намерениям и интересам, так как в дальнейшем противостоять принудительному исполнению согласованного решения будет в целом сложнее, чем принудительному исполнению «обыкновенного» арбитражного решения.

¹ *Скуратовский М.Л.* Мировое соглашение: проблемы правоприменительной практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 3. С. 21—26.

² Другие важные аспекты исследуемой проблематики освещаются в следующей публикации: *Kryvoi Y., Davydenko D.* Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement (March 18, 2015) // *Brooklyn Journal of International Law*. 2015 (forthcoming) (доступно в Интернете по адресу: <http://ssrn.com/abstract=2580572>).

ВЫБОР АРБИТРАЖНОГО ФОРУМА РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ В СВЕТЕ САНКЦИЙ ПРОТИВ РОССИИ

И.М. МУТАЙ,

адвокат
Адвокатской палаты Московской области,
LL.M. [Manchester], к.ю.н.;

Е.В. Биллебру,

адвокат Адвокатской палаты г. Москвы,
LL.M. Стокгольмского университета,
LL.M. Центрального европейского
университета

1. Введение

С марта 2014 г. США¹, ЕС и ряд других стран, включая Австралию², Канаду³, Швейцарию⁴, ввели санкции против России «в связи с ситуацией на Украине». Украина также ввела санкции против России и определила ста-

¹ См. Указы Президента США, в том числе: the President Executive Order 13660 — Blocking Property of Certain Persons Contributing to the Situation in Ukraine (March 6, 2014) и др. (www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/ukraine.aspx). См. также: Revised Guidance on Entities Owned by Persons Whose Property and Interests in Property are Blocked (www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/ukraine.aspx).

² Autonomous Sanctions (Designated Persons and Entities and Declared Persons — Ukraine) Amendment List 2014 (<http://203.6.168.66/sanctions/sanctions-regimes/ukraine.html>).

³ Special Economic Measures (Russia) Permit Authorization Order (SOR/2014-59), Special Economic Measures (Russia) Regulations (SOR/2014-58) и др. (www.international.gc.ca/sanctions/countries-pays/russia-russie.aspx?lang=eng).

⁴ Ordonnance instituant des mesures visant à empêcher le contournement de sanctions internationales en lien avec la situation en Ukraine du 27 août 2014 (Etat le 16 décembre 2014) (www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20142202/index.html).

Выбор арбитражного форума разрешения споров в свете санкций против России

тус Крыма и Севастополя как «временно оккупированная территория»¹. Россия ответила запретом на ввоз отдельных товаров из ряда стран, принявших санкции в отношении России².

На рынке арбитражных услуг на фоне ситуации с санкциями разразилась настоящая паника, рефреном которой стали толки о массовом изменении арбитражных оговорок, исключении из них традиционных форумов в Париже, Лондоне и Стокгольме и о необходимости включения в них арбитражных ссылок на *terra incognita* для российских компаний в виде Гонконга и Сингапура.

В настоящей работе авторы ставят своей целью рассмотреть некоторые вопросы касательно рисков выбора в пользу традиционных европейских арбитражных форумов (Лондона, Парижа, Стокгольма, Женева) в условиях указанных санкций.

Ввиду того, что рассмотрение споров с участием российских компаний в арбитражных форумах США — скорее исключение, нежели правило, авторы не рассматривают в настоящей статье риски выбора арбитражных форумов в США.

2. Содержание санкций против России

Детальный анализ характера санкций и вопросы их законности не являются предметом настоящей статьи. Но для понимания влияния санкций на рынок международного коммерческого арбитража в Европе необходимо дать обзор некоторых из введенных санкций.

Обобщенно санкции предполагают издание **списка «запрещенных лиц»** (в данном случае санкции направлены против конкретных физических и юридических лиц) и **секторальные санкции** (меры, направленные против банковского, оборонного и энергетического секторов экономики России)³.

¹ См.: Закон Украины «Об обеспечении прав и свобод граждан и правовой режим на временно оккупированной территории Украины» и др. (перевод на русский доступен по адресу: <http://jurinform.com.ua/poleznaya-informaciya/zakonodatelstvo-ukrainy/zakony-ukrainy/188-zakon-ukrainy-ob-obespechenii-prav-i-svobod-grazhdan-na-vremenno-okkupirovannoy-territorii-ukrainy.html>).

² Указ Президента РФ от 6 августа 2014 г. № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 32. Ст. 4470.

³ Секторальные санкции США предусматриваются в том числе в: Directives 1 and 2 Pursuant to EO 13662 (Issued July 16, 2014) и др. (www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/ukraine.aspx).

Санкции США инициировали издание списка «запрещенных лиц», в отношении которых предусматриваются блокировка имущества, счетов, запрет на оказание услуг и запрет на въезд в США.

В соответствии с секторальными санкциями США на территории США или лицами из США запрещаются:

1) сделки с запрещенными лицами, предоставление финансирования для запрещенных лиц;

3) любая деятельность в отношении долговых обязательств и акционерного капитала в отношении запрещенных лиц;

4) сделки, направленные на обход санкций США;

5) предоставление, экспорт, ре-экспорт, прямой или косвенный, товаров, услуг или технологий для обеспечения глубоководной разведки или добычи нефти, разведки или добычи на шельфе Арктики или сланцевых проектов в РФ или в морских районах, на которые претендует РФ, в которые вовлечено запрещенное лицо. Этот запрет имеет обратную силу и распространяется на ранее заключенные договоры.

6 августа 2014 г. США издали **дополнительные секторальные санкции**¹. В соответствии с этим регулированием ограничивается экспорт, ре-экспорт и передача продукции, которая:

1) подпадает под Экспортный регламент (*Export Administration Regulation*, далее — *EAR*);

2) соответствует определенным техническим требованиям (перечислены в качестве приложения);

3) предполагается для использования в области добычи нефти и газа.

Новые правила вводят обязанность экспортера, ре-экспортера или иного лица получать лицензии на экспорт, ре-экспорт или передачу определенной продукции (товары, программное обеспечение, технологии и т.п.), произведенной в США. Правила предусматривают презумпцию отказа в выдаче лицензии, если продукция будет использоваться **для глубоководной разведки и добычи нефти (более 500 футов), разработки шельфа Арктики, сланцевых проектов в РФ**.

Для экспорта, ре-экспорта или передачи любого товара, подпадающего под *EAR* требуется лицензия Бюро промышленности и безопасности США (*Bureau of Industry and Security*, далее — *BIS*), если экспортер, ре-экспортер или передающее лицо знает, что эти товары будут использоваться для запрещенных целей либо если поставщик не может определить цель конечного их использования.

¹ Russian Oil Industry Sanctions and Addition of Person to the Entity List (www.bis.doc.gov/index.php/component/content/article/9-bis/carousel/775-frequently-asked-question-on-bis-s-russia-sanctions).

24 декабря 2014 г. США ввели **санкции в отношении Крыма**¹, запрещающие лицам из США любые инвестиции на территории Крыма, импорт и экспорт между Крымом и США любых товаров, услуг, технологий, а также финансирование или предоставление обеспечения в отношении подобных сделок.

Более того, США запрещают поставку в РФ любого оборудования для определенных работ любыми лицами, если 25% и более его составляющих изготовлены в США (American content), независимо от того, кто и из какой страны осуществляет такую поставку.

Этот запрет не распространяется на:

1) выполнение обязательств, возникающих из контрактов и рамочных соглашений, заключенных до 12 сентября 2014 г., или вспомогательных контрактов, необходимых для выполнения таких контрактов;

2) случаи, когда оказание услуг необходимо для срочного предотвращения или снижения негативных последствий для здоровья и безопасности человека или экологии.

Вслед за США ЕС также ввел санкции против российских физических лиц и предприятий.

25 июня 2014 г. ЕС принял санкции в отношении Крыма и Севастополя².

Секторальные санкции ЕС также затронули нефтегазовый и финансовый сектор РФ и направлены на введение процедуры лицензирования³.

В области **нефтегазового сектора** ЕС был введен режим лицензирования поставок и технического обслуживания оборудования, перечисленного в Приложении II к указанному Регламенту ЕС. Если такие технологии будут использоваться в РФ, лицензия может быть выдана для исполнения обязательств из контракта, заключенного до 1 августа 2014 г. Также запрещены ряд услуг в нефтегазовом секторе и поставка специальных плавучих средств для них.

В области **финансового сектора** ЕС были введены запреты в отношении отдельных российских лиц: приобретать, продавать, оказывать инвестиционные услуги или помощь в выпуске, осуществлять иные сделки в отно-

¹ The President Executive Order 13685 — Blocking Property of Certain Persons and Prohibiting Certain Transactions with Respect to the Crimea Region of Ukraine (December 19, 2014); доступно по адресу: www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/ukraine.aspx (последний раз просмотрено 28.02.2015).

² Council Decision (EU) № 629/2014 of 23 June 2014, Council Regulation (EU) № 692/2014 of 23 July 2014 и др.

³ Council Regulation (EU) № 833/2014 of 31 July 2014, Council Decision № 2014/659/CFSP of 08 September 2014, Council Regulation № 960/2014 of 08 September 2014. См. также: Council Decision 2014/145/CFSP of 14 February 2014 and Annex I to Council Regulation (EU) 269/2014.

шении ценных бумаг со сроком погашения свыше 30 дней и выпущенных после 12 сентября 2014 г.; выдавать новые займы или кредиты запрещенным лицам, за исключением кредитов и займов со специальной задокументированной целью обеспечить финансирование незапрещенного импорта и экспорта товаров и нефинансовых услуг между ЕС и РФ¹.

В области **оборонного сектора** ЕС был запрещен экспорт и импорт в РФ / из РФ оружия и связанных с ним материалов и товаров двойного назначения (с некоторыми исключениями).

Отдельно санкциями ЕС установлен общий запрет на удовлетворение любых требований в связи с любым контрактом или сделкой, исполнение которых прямо или косвенно, полностью или частично связано с санкциями, включая требования о компенсации убытков или любые другие аналогичные требования, если они заявлены лицами из России, их аффилированными лицами или лицами, действующими от их имени².

27 августа 2014 г. Швейцария тоже ввела санкции в отношении РФ³. Санкции Швейцарии предусматривают аналогичные ЕС запреты и ограничения неретроспективного характера, предполагающие полный запрет на инвестиционную деятельность в Крыму, уведомление Государственного секретариата по экономике (SECO) о некоторых видах сделок и запрет вступать в деловые отношения. При этом имеющиеся деловые отношения с крымскими компаниями не запрещены.

На основе вышеизложенного описания режима санкций можно выделить следующие их характеристики:

- 1) не все санкции имеют ретроспективное действие⁴;
- 2) существуют серьезные сомнения в законности введенных санкций⁵;

¹ 5 декабря 2014 г. Европейский союз разрешил европейским дочерним компаниям российских банков, подпавших под санкции, привлекать кредиты на срок более 30 дней, если тем нужно «экстренное финансирование». См.: Council Decision (EU) 2014/872/CFSP of 4 December 2014.

² См., например, ст. 6 Регламента Совета ЕС № 692/2014 от 23 июня 2014 г. и ст. 11 Регламента Совета ЕС № 833/2014 от 31 июля 2014 г.

³ Ordonnance instituant des mesures visant à empêcher le contournement de sanctions internationales en lien avec la situation en Ukraine du 27 août 2014 (Etat le 16 décembre 2014) (www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20142202/index.html).

⁴ См. ст. 3а(2) Council Regulation (EU) № 833/2014.

⁵ Вводившиеся ранее санкции в связи с иными странами (отдельные решения о включении в санкционные списки ЕС) успешно оспаривались в судебном порядке, например, в делах: *Samir Hassan v. Council* (T-572/11), 16 July 2014; *NIOK v. Council*, (T-578/12) 16 July 2014 и др. В деле *Kadi II v. Council* (C-584/10 P, C-593/10 & C-595/10 P), 18 July 2013, успешно оспаривалась имплементация в ЕС санкций ООН.

3) деятельность, подпадающая под санкции, может быть дозволенной на основании лицензий;

4) санкции носят точечный характер и распространяются не на всю экономическую активность, имеющую отношение к российским лицам;

5) толкование норм о санкциях может быть весьма вариативным и осуществляется национальными органами соответствующей страны;

6) санкции США в виде таможенных ограничений в отношении американского контента применяются экстерриториально¹;

7) санкции США, ЕС и отдельных стран сходны по предмету, но различны по содержанию;

8) санкционные запреты США распространяются на «*US persons*», европейские — «*EU persons*». Буквальное толкование этих норм не позволяет распространить понятие «*US person / EU person*» на дочерние компании американских или европейских корпораций или компании с американским / европейским капиталом, зарегистрированные в третьих государствах. В части США правильность этого толкования подтверждается Управлением контроля иностранных активов (*Office of Foreign Assets Control*, далее — *OFAC*)², однако в части ЕС существует весьма обоснованная точка зрения о том, что в свете понятия “*direct or indirect*” дочерние компании компаний ЕС должны соблюдать санкции ЕС³;

9) санкционные запреты не распространяются на ситуации, когда указанные действия необходимы для предотвращения события, представляющего угрозу для здоровья и жизни человека или окружающей среды⁴.

Данные характеристики санкций могут лежать в основе подхода к выбору арбитражного форума для разрешения споров.

Таким образом, санкционные запреты носят точечный характер и на значительную часть коммерческой практики прямо не влияют. В случае ЕС к таким спорам, в частности, относятся споры из договоров, заключенных до введения

¹ Об отказе голландского суда применять нормы США экстерриториального действия см.: *Armand L. C. De Mestral, T. Gruchalla-Wesierski* Extraterritorial Application of Laws of Export Control Legislation: Canada and the U.S.A. Pp. 145 — 146 (1990).

² В прессе появилась информация об участии американских Shlumberger и Baker Hughes в тендере на разработку арктического месторождения Приразломное Газпрома через дочерние фирмы, зарегистрированные за пределами США. Компании не выиграли тендеры и не получили заказы и им не предъявляли обвинения в нарушении санкций регуляторы из США и Европы. См.: www.rbc.ru/rbcfreenews/54e2ee399a79474ed55fefb6 (последний раз просмотрено 28 февраля 2015 г.).

³ *Russian Manual. Doing business with Russia, dealing with sanctions // The Netherlands Ministry of Foreign Affairs, 27 August 2014, p. 19.*

⁴ Часть 3 ст. 3a Regulation (EU) № 833/2014.

соответствующих санкций, споры из действий, осуществленных в условиях предотвращения угрозы причинения вреда здоровью людей или окружающей среде, споры, вытекающие из действий, на осуществление которых в ЕС была получена лицензия.

Во всех остальных случаях уместен анализ возможности арбитражного разбирательства и приведения в исполнение вынесенного решения с точки зрения сверхимперативных норм и публичного порядка.

3. Риски проведения арбитражного разбирательства в европейских форумах в свете санкций

На фоне ситуации с санкциями активно зазвучали предложения о необходимости пересмотра арбитражных оговорок и переноса рассмотрения споров с участием российских лиц из европейских (Лондон, Париж, Стокгольм, Женева) в азиатские форумы (Гонконг, Сингапур). Эти предложения основывались на следующих гипотезах:

1) санкционными нормами запрещается сама возможность рассмотрения спора в арбитраже¹;

2) отношения физического или юридического лица с международным коммерческим арбитражем, арбитрами и адвокатами могут быть квалифицированы как сделка и даже «техническая поддержка» по смыслу актов о санкциях, в связи с чем:

— арбитры будут заявлять самоотводы, находясь под риском уголовной ответственности за «техническую поддержку»;

— адвокаты откажутся представлять лиц, в отношении которых введены санкции, по мотивам запрета вступления с ними в возмездные сделки: это будет возможно только на основе *pro bono*;

3) в случае вынесения международным коммерческим арбитражем решения в пользу лица, в отношении которого введены санкции, это решение невозможно будет привести в исполнение в ЕС или в США по мотивам публичного порядка.

Эти аргументы — и одновременно предполагаемые риски — можно разбить на две категории:

а) риски, связанные с самой возможностью проведения арбитражного разбирательства, и

б) риски, связанные с исполнением вынесенных арбитражных решений.

¹ См., например: *Dmitry Kurochkin, Francesca Albert The Future of Commercial Arbitration with Russian Parties in the World of Sanctions* // <http://whoswholegal.com/news/features/article/32061/the-future-commercial-arbitration-russian-parties-world-sanctions>.

3.1. Риски неопределенности и расширительного толкования санкционных норм

Важным моментом является то, что полномочия выдавать лицензии на осуществление деятельности, запрещенной санкциями, принадлежат национальным органам соответствующих стран. Из этого следует, что и толкование санкционных норм ЕС, помимо непосредственно органов ЕС, будет осуществлять компетентный национальный орган соответствующей страны – члена ЕС.

Наибольший интерес представляет толкование двух положений санкционных норм: положения о запрете на удовлетворение требований, вытекающих из подпадающих под санкции контрактов, а также правила о «технической поддержке».

3.1.1. Возможность обращения с иском в арбитраж

Запрет на удовлетворение требований, вытекающих из подпадающих под санкции контрактов, установлен, в частности, ст. 11 Регламента Совета ЕС № 833/2014. Швейцарские санкции ничего подобного не предусматривают.

Эта норма сама по себе достаточно одиозна ввиду того, что посредством нее, похоже, осуществляется недозволительное вмешательство в деятельность как национальных судов, так и международных арбитражных институтов. На практике она пока что еще не применялась, но все же допустимо утверждать, что нормы ст. 11 Регламента № 833/2014 не имеют почвы в Договоре о функционировании ЕС.

Основным вопросом, возникающим при толковании указанной статьи, является вопрос о толковании понятия «требование» (claim): понимается ли под «требованием» требование к контрагенту или третьим лицам (например, гаранту) или имеется в виду требование в форме искового заявления в суд (арбитраж) и, соответственно, кто адресат указанной нормы? Особую сложность при толковании вызывает тот факт, что в отличие от Регламента Совета ЕС № 833/2014 (секторальные санкции) Регламент Совета ЕС № 692/2014 (крымские санкции) дает в ст. 1 «расшифровку» понятия «требование» (claim).

В силу ст. 1 Регламента Совета ЕС № 692/2014 под «требованием» (claim) понимается «требование», заявленное как в рамках, так и вне рамок формальной правовой процедуры, как до, так и после 25 июня 2014 г., на основании или в связи с контрактом или сделкой, в частности:

- 1) требование об исполнении в натуре любого обязательства, вытекающего из контракта или сделки или в связи с ними;
- 2) требование о пролонгации или об оплате по векселю, финансовой гарантии или компенсации любого вида;
- 3) требование о возмещении в отношении контракта или сделки;

4) встречное требование;

5) требование о признании и исполнении, включая выдачу экзекватуры, судебного решения, арбитражного решения или аналогичного решения независимо от даты его вынесения.

Исходя из указанного определения понятия «требование» в Регламенте Совета ЕС № 692/2014, под ним может пониматься как исковое заявление, так и требование, заявленное контрагенту (третьему лицу).

Остается неясным, почему аналогичная норма с определением понятие «требование» отсутствует в Регламенте Совета ЕС № 833/2014 (секторальные санкции), особенно учитывая, что данный Регламент был принят позднее Регламента Совета ЕС № 692/2014. С одной стороны, указанное можно было бы объяснить «забывчивостью» разработчиков, с другой – сознательным выбором, основанным на более жестких **крымских санкциях** по сравнению с **санкциями секторальными**. Можно предположить, однако, что до официальных комментариев по данному вопросу органов ЕС правоприменители в странах ЕС будут склонны толковать понятие «требование» в рамках Регламента Совета ЕС № 833/2014 так же, как оно определено в Регламенте Совета ЕС № 692/2014.

Если презюмировать, что под «требованием» в рамках вышеуказанных норм понимается в том числе исковое заявление в арбитраж, можно ли истолковать ст. 6 и 11 соответственно Регламента Совета ЕС № 692/2014 и Регламента Совета ЕС № 833/2014 как запрещающие подавать иски в арбитраж, и есть ли риски, что арбитражные институты будут отказывать в принятии к производству таких исков?

Ряд авторов приходит именно к такому выводу (о запрете подавать иски¹), что представляется не совсем обоснованным.

Вывод о невозможности подать иск в арбитраж не поддерживается и буквальным толкованием рассматриваемых норм. Первые пункты указанных статей предусматривает, что «требования» (*claims*) «не должны быть удовлетворены», а не «не могут быть поданы». То есть буквальное толкование указанных статей, напротив, позволяет сделать вывод, что сама подача такого иска и его рассмотрение не запрещается, но арбитры обязаны будут отказать в иске при подпадании требований под санкционные запреты.

Если исходить из толкования ст. 11 как норм, предписывающих арбитражу вынести отрицательное решение по спору с участием стороны, находящейся под санкциями, то на вопрос о том, найдутся ли желающие создать прецедент, устраняющий недоразумение между европейской конституционной законностью и ст. 11, в одном из международных арбитражных цен-

¹ См.: *Kurochkin D., Albert F. Op.cit.*

тров внутри ЕС, можно сразу ответить, что желающих не будет. Даже если процент вероятности неблагоприятного для стороны исхода дела, подпадающего под ст. 11, будет низок, нет сомнений, что эта сторона может предпочесть любой другой форум вне ЕС (Гонконг, Сингапур, Израиль, ОАЭ и т.п.) и будет права. Вместе с тем указанная норма в ст. 11 не будет влиять на форумы в Швейцарии.

Вместе с тем в соответствии с разъяснениями *LCIA* нормы ст. 11 имеют специальное значение и порядок применения в системе законодательства о санкциях. Согласно информации, прозвучавшей в ходе телемоста с *LCIA*, в последнем существует отработанная схема работы в условиях санкций, и для рассмотрения спора в нем для *LCIA* необходимо получение лицензии. При этом именно в отношении арбитражных споров выдача лицензии осуществляется без задержек. Кроме того, в случае получения лицензии на рассмотрение дела арбитражным институтом вынесенное им арбитражное решение подлежит исполнению¹.

Таким образом, санкции не делают невозможным рассмотрение споров в арбитражных институтах ЕС и последние с высокой степенью вероятности будут ходатайствовать о получении лицензий на рассмотрение дел, причем эта процедура будет во многом, по-видимому, носить формальный характер и, кроме того, не будет подлежать применению в арбитражных институтах Швейцарии. Вместе с тем по спорам, вытекающим из нарушения правил ЕС о санкциях, в избрании форума вне ЕС может быть практический смысл (однако с учетом указываемых ниже важных нюансов)².

3.1.2. Риски распространения санкционных норм на услуги арбитражных институтов, арбитров и адвокатов

Представляющим особый интерес вопросом является возможное толкование понятий «техническая поддержка» и «связанные услуги», используемых в санкционных нормах, как распространяющихся на деятельность арбитражных институтов, арбитров и адвокатов, а также на взаимодействие последних с «запрещенными лицами».

Именно этот фактор является одним из ключевых для целей выбора форума. Что, если арбитры или адвокаты, ведущие процесс, придут к выводу, что нормы о «связанных услугах» или «технической поддержке» к ним применяются? Они уклонятся от процесса или заявят самоотвод³.

¹ Телемост с *LCIA* 18 марта 2015 г.

² Разные подходы к обязанности арбитражей применять сверхимперативные нормы ЕС будут рассмотрены ниже.

³ См.: *Ходыкин Р.* Итоги 2014 года: гипотеза, диспозиция, санкции // *Legal insight*. 2014. № 10 (36). С. 64.

Арбитражные институты, зарегистрированные в ЕС, являются субъектами, для которых соблюдение санкционных норм обязательно, но нельзя однозначно утверждать, что то же самое относится к арбитрам и адвокатам (не являющимся гражданами ЕС и не практикующими на территории ЕС). Существует, однако, риск расширительного толкования норм о «технической поддержке» и «связанных услугах» как распространяющихся на услуги арбитров и адвокатов, когда место арбитража (*seat of arbitration*) или место оказания услуги находится на территории страны ЕС.

Регламент ЕС определяет понятие «техническая поддержка» следующим образом: это «любая техническая поддержка, имеющая отношение к ремонту, усовершенствованию, производству, монтажу, испытанию, поддержанию в надлежащем состоянии, или иная техническая услуга, которая может принимать такие формы, как инструкции, совет, обучение, передача знаний или умений или консалтинг, включая вербальные формы помощи»¹. Понятие «связанные услуги» в санкционных нормах отсутствует.

На первый взгляд деятельность юридических советников, так же как и арбитров, очевидно, имеет совершенно самостоятельный предмет по отношению к сделке, запрещенной санкциями. Деятельность по разрешению правового спора ни формально, ни по содержанию не сопряжена ни с глубоководным, ни с арктическим бурением, не имеет прямого отношения к сланцевым проектам по смыслу запрещенных «связанных услуг».

Однако с учетом отсутствия сложившейся в этой области практики имеется тенденция к расширительному толкованию данных норм. Например, разъяснения Департамента бизнеса и инноваций Великобритании по вопросам санкций распространяют действие санкций в отношении «связанных услуг» на прикомандированный в Россию персонал. Весьма логично было бы толковать разъяснения Департамента бизнеса и инноваций как положения именно о техническом персонале, однако такого специального уточнения разъяснения не содержат.

Как указывалось выше, эта трудность в арбитражных институтах ЕС решается путем получения лицензии ЕС на рассмотрение дела, а в институтах Швейцарии такие проблемы вовсе отсутствуют.

Но, как бы то ни было, в данном случае перенос форума вне ЕС может оказаться малопродуктивен: ряд трудностей, стоящих перед арбитрами европейских форумов и связанных со спорными трактовками понятий «техническая поддержка» и «связанные услуги», с неизбежностью встает и перед

¹ См., например, ст. 1 Council Regulation (EU) № 833/2014 (в ред. Council Regulation (EU) № 960/2014).

значительным числом арбитров любых других форумов, включая Гонконг и Сингапур, в силу того, что многие арбитры этих форумов натурализованы в соответствующих странах, издавших санкции против России (в США, Австралии, Великобритании и т.п.).

Одновременно получение лицензии ЕС арбитражным институтом вне ЕС не предполагается. Соответственно, логично заключить, что в случае с арбитражными форумами вне ЕС и США, если арбитры натурализованы в ЕС или США, получение той или иной лицензии применительно к их деятельности становится их личной заботой, что может существенно осложнить рассмотрение дела.

Следует признать, что санкции в мировой истории вводились неоднократно, но случаи толкования услуг арбитража или арбитров как запрещенного технического содействия, поддержанные судебными инстанциями, до сих пор неизвестны.

Трудности в этой части возможно решить с помощью альтернативной арбитражной оговорки, указав в ней традиционные форумы и условие, что в случае заявления арбитрами самоотвода или отказа арбитражного института в ЕС рассматривать дело по причинам санкций дело будет подлежать рассмотрению в ином арбитражном институте вне ЕС.

Таким образом, перенос форума рассмотрения споров из Европы в третьи государства может не помочь разрешить проблемы доступа к арбитражу. Получение лицензии европейским арбитражным институтом на территории ЕС скорее не вызовет проблем. И наоборот, если избранные арбитры для разбирательства в азиатских арбитражных форумах окажутся натурализованными в США или ЕС, то, вероятно, им потребуется решать вопрос лицензирования в индивидуальном порядке.

3.2. Риски применения санкционных норм арбитрами

В силу ст. 288 Договора о функционировании ЕС регламенты ЕС являются нормами прямого действия для стран – членов ЕС и частью правовых систем таких стран.

Существуют два основных варианта квалификации норм о санкциях: как сверхимперативных норм (ст. 9 Регламента ЕС № 593/2008 от 17 июня 2008 г. «О праве, применимом к контрактным обязательствам», аналог ст. 1192 ГК РФ) или как норм международного публичного порядка (ст. 21 Регламента ЕС № 593/2008 «О праве, применимом к контрактным обязательствам», аналог ст. 1193 ГК РФ).

Существует гораздо больше аргументов в пользу того, что санкции относятся к сверхимперативными нормами, нежели к институту публичного

порядка¹. Как справедливо отмечает В. Шалева, «[в]се правила публичного порядка с необходимостью являются по своему характеру сверхимперативными, поскольку они отражают основные устои морали и справедливости. Но не все сверхимперативные нормы достигают уровня публичного порядка, поскольку защищаемые ими интересы могут и не касаться фундаментальных ценностей конкретного общества»².

Помимо правила о публичном порядке в ст. 21 упомянутого Регламента ЕС, еще в свете рассматриваемой проблематики наиболее релевантным является положение о публичном порядке, содержащееся в Нью-Йоркской конвенции³. Вопрос об относимости норм о санкциях к нормам публичного порядка будет рассмотрен ниже.

3.2.1. Санкционные нормы и *lex arbitri*

При анализе рисков выбора арбитражных институтов с местом арбитража (*seat of arbitration*) в ЕС одним из основных вопросов, который очевидно возникает, является вопрос о том, обязаны ли арбитры применять санкционное законодательство ЕС как часть права места арбитража (*lex arbitri*), даже если применимым к существу спора является материальное право иного государства.

Ответ на указанный вопрос может отличаться в зависимости от квалификации санкционных норм как сверхимперативных или как норм публичного порядка страны, которая ввела санкции.

Если признать, что санкционные нормы являются сверхимперативными, то вопрос об обязанности арбитров по месту арбитража учитывать сверхимперативные нормы страны места арбитража (*lex arbitri*) зависит, в свою оче-

¹ Сам по себе вопрос о соотношении института публичного порядка и сверхимперативных норм является достаточно дискуссионным. См., например: Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Монография. Книга 1 / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А.Трунка (СПС «КонсультантПлюс»); Крохалев С.В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе (СПС «КонсультантПлюс»); Курочкин С.А. Нарушение публичного порядка Российской Федерации для отказа признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (СПС «КонсультантПлюс»).

К сверхимперативным нормам санкции относит, например, М. Блессинг (M. Blessing). См. также: Асоков А.В. Основы коллизионного права (СПС «КонсультантПлюс»).

² *Shaleva V.* The “Public Policy” Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia // *Arbitration International*. 2003. Vol. 19. № 1. P. 72.

³ Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (СПС «КонсультантПлюс») (далее – Нью-Йоркская конвенция).

редь, от того, какой доктринальный подход к природе международного коммерческого арбитража превалирует в стране места арбитража¹:

1) с точки зрения **монолокального подхода** к природе арбитража «для арбитража... является обязательным применение сверхимперативных норм *lex arbitri*»²;

2) в рамках **мультилокального подхода** арбитраж также должен принимать во внимание национальные сверхимперативные нормы;

3) **транснациональный подход** исходит из того, что арбитры должны руководствоваться только правилами так называемого транснационального (действительно международного) публичного порядка (*transnational (truly international) public policy*), но не национальными сверхимперативными нормами отдельных стран³.

Если признать, что санкционные нормы являются сверхимперативными и опираться на транснациональный подход к природе арбитража, то можно прийти к выводу, что при месте арбитража в стране, которая ввела санкции, арбитры не обязаны применять санкционные нормы. Если же признать, что санкционные нормы являются нормами публичного порядка, то, по превалирующему мнению, арбитры обязаны будут применить указанные нормы⁴.

Ряд авторов, однако, полагает, что игнорирование сверхимперативных норм страны места арбитража может привести к отмене арбитражного решения, что, в свою очередь, может затем препятствовать признанию и приведению в исполнение арбитражного решения в ином месте⁵.

Хотя вопрос о возможности отмены арбитражного решения в связи с тем, что арбитры не учли сверхимперативные нормы страны места арбитража, не рассматривается в настоящей работе и заслуживает отдельного внимания, следует обратить внимание на два момента.

Во-первых, поскольку вопрос об отмене арбитражного решения разрешается на основании права страны, в которой вынесено арбитражное решение (*lex arbitri*), перед выбором форума разрешения спора необходимо ознакомиться с соответствующими нормами и желательно судебной практикой в ней. Большинство европейских стран инкорпорировали нормы Модель-

¹ Подробнее об указанных подходах из отечественных авторов см., например: *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств (СПС «КонсультантПлюс»).

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ См.: ст. V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции; *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств.

ного закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже¹, в котором отсутствует такое основание для отмены арбитражного решения, как неприменение арбитрами сверхимперативных норм страны места арбитража².

Во-вторых, в силу ст. IX Женевской конвенции³ отмена арбитражного решения может явиться основанием для отказа в признании и приведении в исполнение отмененного арбитражного решения согласно ст. V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции, только если такая отмена произошла по основаниям, установленным в ст. IX Женевской конвенции. В свою очередь, ст. IX Женевской конвенции такого основания для отмены, как нарушение публичного порядка или сверхимперативных норм, не содержит⁴.

Это дает основание предполагать, что, похоже, заинтересованные стороны, исходя из транснационального подхода к природе арбитража, имеют возможность обосновать неприменение сверхимперативных норм к спору по конкретному договору и убедить арбитров арбитражного института их не применять даже в случае с арбитражем на территории ЕС.

3.2.2. Санкционные нормы и нормы применимого материального права

В дискуссии о выборе форума арбитражного разбирательства вопросу о применимом праве уделяется необоснованно мало внимания.

Помимо применения санкционных норм как сверхимперативных норм *lex arbitri*, пристального внимания заслуживает вопрос о применении санкционных норм как норм материального права, применимого к контракту.

Нередко российские лица выбирают в качестве применимого к их контрактам право Англии, Германии, Швейцарии и Швеции вместе с выбором арбитражного форума в них. В свете введенных санкций становится актуальным вопрос о последствиях выбора применимого материального права к контракту: есть ли риски применения арбитрами санкционных норм, если применимым

¹ См., например, ст. 24 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» № 5338-1 от 7 июля 1993 г.

² В то же время А.В. Асосков приводит противоречивую практику отмены арбитражных решений при игнорировании арбитрами сверхимперативных норм со ссылками судов на норму о публичном порядке (см.: *Асосков А.В.* Указ.соч.).

³ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.) (СПС «КонсультантПлюс») (далее – Женевская конвенция).

⁴ К настоящему моменту Женевскую конвенцию ратифицировала 31 страна, включая Австрию, Бельгию, Болгарию, Францию, Германию, Италию, Люксембург, Польшу и др. Женевскую конвенцию не ратифицировали, в частности, Швеция, Нидерланды и Великобритания. Статус Женевской конвенции см.: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&lang=en.

к контракту правом является право страны, введшей санкции, когда место арбитража находится в «несанкционных юрисдикциях» (или, например, форум имеет место в Швейцарии при применимом праве одной из стран ЕС)?

Если механически поменять форум или привычных юридических консультантов еще как-то возможно, то быстро изменить применимое к ряду сложных сделок с несколькими участниками право весьма проблематично, а иногда невозможно.

В настоящее время в подходах к вопросу об обязанности арбитров применять сверхимперативные нормы применимого к контракту права единства точек зрения не наблюдается. Тогда как ряд авторов¹ полагает, что сверхимперативные нормы избранного сторонами права подлежат автоматическому применению арбитрами, иные исследователи² подвергают указанный подход критике и считают, что арбитры должны применять ряд фильтров (по сути, направленных на выявление наличия связи между сверхимперативной нормой и правоотношением сторон) для установления необходимости применения сверхимперативных норм в конкретному правоотношению сторон.

Также не наблюдается и единства в подходах к вопросу о том, должны ли арбитры применить сверхимперативные нормы избранного сторонами материального права контракта, когда применение сверхимперативных норм приводит к недействительности самого контракта.

Два основных, прямо противоположных подхода достаточно подробно изложены в работе А.В. Асоскова «Коллизионное регулирование договорных обязательств»³. Согласно первому подходу, который разделяют многие европейские страны, издавшие санкции против России (например, Германия, Швейцария, Англия), арбитры обязаны будут применить нормы выбранного сторонами права, которые приводят к недействительности контракта⁴. Согласно второму подходу, который превагирует в США, Канаде и который разделяет также А.В. Асосков (с оговоркой о необходимости применения ряда фильтров⁵), арбитры должны будут проигнорировать такие нормы и «дать жизнь» договору.

¹ См., например: *Lew J., Mistelis L., Kröll St.* Op. cit. P. 420.

² См., например: *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств.

³ Там же.

⁴ См., например: *Ebrahim Shoarian, Farshad Rahimi* Sanctions and Their Effects on Contractual Obligations: From the Perspective of International Instruments and Iranian Law // *Nordic Journal of Commercial Law*. 2014, № 1. P. 11.

⁵ При необходимом, по мнению А.В. Асоскова, применении фильтра при решении вопроса о применении или отказе в применении таких сверхимперативных норм. Точка зрения о компетенции арбитров применять определенного рода фильтры при решении вопроса о применении или игнорировании сверхимперативных норм разделяется также и другими авторами. См., например: *Dmitry Kurochkin, Francesca Albert* Указ.соч.

Таким образом, санкционные нормы допустимо считать сверхимперативными нормами соответствующих стран ЕС, что, однако, не означает автоматическую обязанность арбитров применять указанные нормы при рассмотрении спора в арбитраже, место которого находится в стране, которая ввела санкции. Однако такая перспектива в случае обнаружения арбитрами тесной связи между сверхимперативной нормой и правоотношениями сторон существует.

3.3. Риски неисполнимости арбитражного решения

Применительно к санкциям вопрос исполнимости касается прежде всего такого потенциального основания для отказа в приведении в исполнение решения, как противоречие публичному порядку в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией¹.

К настоящему моменту общепризнано, что ссылка на публичный порядок является последним из возможных аргументов против приведения в исполнение решения международного коммерческого арбитража, который применяется в экстраординарных обстоятельствах и в отсутствие каких-либо иных доводов в пользу того, что решение не подлежит исполнению по иным основаниям².

Единообразия в вопросе распространения нормы Нью-Йоркской конвенции о публичном порядке на сверхимперативные нормы в настоящее время не наблюдается.

Согласно первому подходу, основание «нарушение публичного порядка», заложенное в ст. V(2)(b) Нью-Йоркской конвенции должно включать в себя и нарушение сверхимперативных норм.

Так, например, А.В. Асосков указывает: «Прежде всего, игнорирование сверхимперативных норм может привести к тому, что арбитражное решение будет отменено или ему будет отказано в принудительном исполнении. В Нью-Йоркской конвенции 1958 г. отсутствует прямое указание на то, что нарушение арбитрами сверхимперативных норм может выступать основанием для отказа в признании и принудительном исполнении иностранного арбитражного решения. Это выглядит достаточно естественным, с учетом того что в 50-е гг. институт сверхимперативных норм еще только зарождался и к тому времени не получил широкого распространения. Тем не менее судебная практика последних лет, ориентируясь на тесную связь между институтом сверхимперативных норм и публичным порядком, исхо-

¹ В рамках настоящей работы авторы рассматривают вопрос исполнимости арбитражных решений в ЕС.

² Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards / By Herbert Kronke, Patricia Nacimien-
to. — 2010, P. 365.

дит из того, что при нарушении сверхимперативных норм арбитражному решению может быть отказано в принудительном исполнении со ссылкой на противоречие публичному порядку данного государства»¹.

Указанное мнение находит поддержку в том числе и в российской судебной практике. Так, в «Обзоре практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основании отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»² дано следующее определение публичного порядка: «...под публичным порядком в целях применения названных норм понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192... ГК РФ), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц».

Однако существует и второй подход, согласно которому нарушение обязанности испрашивать разрешение на осуществление каких-либо действий от государственных органов и даже состояние войны между странами контрагентов не являются основаниями для отказа в приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража по мотивам публичного порядка³. Указанный подход также поддерживается практикой иностранных судов, когда последние признают арбитражные решения несмотря на санкционные нормы и не применяют положение статьи Нью-Йоркской конвенции о публичном порядке⁴.

Другим известным примером является приведение в исполнение Верховным Судом Швейцарии решения иранского арбитражного института по иску иранской компании к швейцарской компании с израильским капита-

¹ См.: *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств.

² Пункт 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 156.

³ *Herbert Kronke, Patricia Nacimiento* Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. — 2010. P. 395, 403, 405. См. также: *Mau-ro Rubino-Sammartano* International Arbitration Law and Practice. Third Edition. P. 1368; *Symeon Symeonides* American Private International Law (2008). P. 772.

⁴ Например, дело *Ministry of Defence of Iran v. Cubic Defense*, 665 F.3d 1091 (9th Cir. 2011); *[X. Ltd. V. Societe Z., 4 A_250/2013, January 21, 2014*. См. также: *Ахмедов Айбек* Особенности «санкционного» арбитража в Швейцарии // www.arbitrations.ru/press-centr/news/osobennosti-sanktsionnogo-arbitrazha-v-shveysarii/ (последний раз просмотрено 28 февраля 2015 г.).

лом в условиях действующих санкций ООН против Ирана. Решение было приведено в исполнение, несмотря на ссылки на риски уголовной ответственности в соответствии с правом Израиля¹.

Интересный случай приводится в книге Б.Р. Карабельникова. В 2004 г. «Аэрофлот» пытался со ссылкой на публичный порядок воспрепятствовать исполнению в США решения шведского арбитража, вынесенного против него в пользу американской компании, которая оказывала «Аэрофлоту» различные услуги. Ответчик считал, что сделка (и основанное на ней арбитражное решение) нарушают американский публичный порядок, так как услуги американской компании касались бизнеса «Аэрофлота» в Иране и, по его мнению, тем самым нарушали эмбарго, наложенное США на Иран. Американский суд решил, что даже если предположить, что заключенное им с истцом соглашение действительно нарушало такое эмбарго США, «Аэрофлот» не смог доказать, что приведение в исполнение шведского арбитражного решения нарушит «самые основные понятия морали и справедливости» США и что нарушение внешней политики США не нарушает публичный порядок, как это предусмотрено в ст. V Нью-Йоркской конвенции².

В связи с вышеуказанным вторым подходом ряд авторов полагает, что для российских компаний в свете санкций целесообразнее разрешать споры в международных арбитражах, нежели в государственных судах, так как вероятность признания этих решений в американских и английских, а также в швейцарских судах очень высока³.

Бывали в истории международного правосудия и примеры полного — и вполне обоснованного — игнорирования сверхимперативных норм в виде санкций, как противоречащих международному публичному порядку (речь шла о бойкотах, объявленных некоторыми арабскими странами против израильтян на дискриминационной основе)⁴.

Особый интерес, однако, в вопросе о рисках отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений в странах ЕС представляет ст. 1 и ст. 6 Регламента Совета ЕС № 692/2014.

¹ *Leo Szolnoki* Swiss Court Rejects Award Challenge over Iran Sanctions, 6 March 2014.

² *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 337. См. также: *MGM Productions Group, Inc. v. Aeroflot* // Yearbook Commercial Arbitration. Vol. XXVIII; *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)* // Yearbook Commercial Arbitration. Vol. I (1976). P. 205 (US № 7), цит по: *Карабельников Б.Р.* С. 337.

³ Ахмедов Айбек. Особенности «санкционного» арбитража в Швейцарии // www.arbitrations.ru/press-centr/news/osobennosti-sanktsionnogo-arbitrazha-v-shveysarii/ (последний раз просмотрено 28 февраля 2015 г.).

⁴ *J.-H. Moitry* L'arbitre international et l'obligation de boycottage impose par en Etat // JDI, 181 (1991). Pp. 349 — 370.

В силу ст. 1 Регламента Совета ЕС № 692/2014 (крымские санкции) под «требованием» (claim), которое запрещено к удовлетворению в силу ст. 6, понимается, в частности, требование о признании и исполнении, включая выдачу экзекватуры, судебного решения, арбитражного решения или аналогичного решения независимо от даты его вынесения¹.

Возникает вопрос: насколько указанное положение внутреннего законодательства стран ЕС соответствует международно-правовым обязательствам указанных стран, принятых на себя при присоединении к Нью-Йоркской конвенции и станем ли мы свидетелями изменений в толковании Нью-Йоркской конвенции? Вряд ли. Пока развитие европейской конституционной законности, в том числе и в области регулирования правосудия и альтернативных способов разрешения коммерческих споров, развивалось в соответствии с духом и буквой Нью-Йоркской конвенции.

Таким образом, нельзя однозначно утверждать, что государственные суды стран, которые ввели санкции, будут автоматически отказывать в исполнении арбитражных решений, если последние противоречат указанным санкциям. Указанный риск, вероятно, зависит от толкования понятия «публичный порядок» каждой отдельно взятой страной, конкретного дела и убедительности соответствующей аргументации.

4. Выводы

Предложения массово переносить разрешение споров в иные (прежде всего азиатские) юрисдикции не учитывают следующие чрезвычайно важные моменты:

1) правовые последствия санкций для арбитражных институтов ЕС сильно преувеличены, так как такие санкции носят точечный характер и затрагивают лишь отдельные отрасли в рамках отдельных, хотя и чрезвычайно важных, проектов. При определенных обстоятельствах для осуществления соответствующих работ делаются исключения, а для рассмотрения дел в арбитражных институтах ЕС существует процедура лицензирования, носящая скорее технический характер;

2) вопрос смены форума затмил собой вопрос о смене применимого права и приведения в исполнение арбитражных решений: при применимом праве одной из стран, издавших санкции против России, а также при приведении в исполнение на территории таких стран арбитражного решения, выне-

¹ Как указывалось ранее, аналогичное положение в Council Regulation (EU) № 833/2014 (секторальные санкции) отсутствует.

сенного в Сингапуре или Гонконге, при применении монолокального или мультилокального подходов к международному коммерческому арбитражу возникнут те же проблемы, что и при приведении в исполнение решения, вынесенного в стране, издавшей санкции против РФ¹;

3) значительное число арбитров арбитражных институтов Сингапура и Гонконга являются гражданами США, подданными Великобритании и других «санкционных стран», что приведет к тем же результатам, которых стороны пытались избежать путем изменения форума, в виде возможного заявления самоотвода арбитра или необходимости для них получать лицензии на рассмотрение дела в индивидуальном порядке².

Представляется, что нет серьезных оснований для пересмотра арбитражных оговорок и отказа от передачи споров на разрешение в традиционные европейские арбитражи:

1) в отношении контрактов, по которым получены лицензии в соответствующих странах и, соответственно, не подпадающих под санкционные запреты;

2) в отношении контрактов, заключенных до введения в действие санкций;

3) в отношении контрактов, по которым те или иные действия осуществлялись / осуществляются в целях предотвращения причинения вреда здоровью человека или окружающей среде.

В свою очередь выбор иного (не европейского) форума для разрешения споров компаний, подпадающих под санкции ЕС, при применении монолокального и мультилокального подходов к международному коммерческому арбитражу, вероятнее всего, не даст значимого практического результата, если:

1) компания нарушает положения о санкциях ЕС;

2) применимым материальным правом к контракту является право ЕС;

3) исполнение арбитражного решения будет иметь место в странах ЕС.

В последнем случае также очевидно, что этот вопрос в контексте консервативного подхода может возникнуть ввиду неполучения арбитражным институтом Гонконга или Сингапура соответствующей лицензии ЕС.

Кроме того, если контракт предусматривает передачу оборудования с 25% американского контента, санкции США могут быть применены экстерриториально органами США, независимо от выбора форума. Выбор форума вне ЕС может дополнительно осложнить такую ситуацию, поскольку в ЕС,

¹ С той лишь разницей, что при вынесении решения в «санкционной юрисдикции» существует еще и риск отмены арбитражного решения (set aside).

² В то же время, например, Стокгольмский арбитражный институт не имеет перечня арбитров, и выбор сторон при назначении арбитра практически неограничен.

Выбор арбитражного форума разрешения споров в свете санкций против России

в отличие от многих других стран существуют некоторые правовые основания исключать экстерриториальное действие норм США¹.

Наконец, хотелось бы предостеречь от некоторых «ответных санкциям мер», предложения о которых звучат сегодня со стороны России, как, например, о запрете зарубежным консультантам консультировать российские госкомпании или о запрете их практики вообще². Все подобные шаги не обогатят, а обеднят отечественную юридическую практику, снизят стандарты работы, будут препятствовать конкуренции. В условиях же, когда в большинстве крупных контрактов применимым правом является право зарубежных государств, такой шаг может обернуться настоящей проблемой. Скорее всего, от этого шага не выиграет никто.

Совет, который можно дать в такой сложной ситуации, достаточно простой. Необходимо соблюдать действующее законодательство ЕС, в том числе законодательство о санкциях, независимо от оценки степени его конструктивности. Если не нарушать правила получения лицензий в отношении санкционных действий и правил их осуществления – не потребуются искать в срочном порядке альтернативные форумы. А если нарушать – исходя из монолокального или мультилокального подхода к международному коммерческому арбитражу и при применении к договору праве одной из стран ЕС, никакой перенос арбитражного форума с высокой степенью вероятности не поможет.

¹ См., например: Council Regulation 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom.

² Багаев В. «Это вопрос суверенитета» // 20-летие российского юрбизнеса отметили предложением закрыть рынок для иностранцев (http://zakon.ru/Blogs/eto_vopros_suvereniteta__20letie_rossijskogo_yurbiznesa_otmetili_predlozheniem_zakryt_rynok_dlya_ino/12333).

ASIA'S ARBITRATION CENTRES: CREDIBLE ALTERNATIVES FOR RUSSIAN PARTIES?

KENT PHILLIPS,

Co-Head of International Arbitration,
Partner, Berwin Leighton Paisner LLP
(Singapore)

1. Overview

The success in recent years of the leading Asia based arbitral institutions is well known. This paper surveys the current position with key centres in Asia — in Singapore, Hong Kong and PRC — and concludes that the leading centres in Asia now have a global status. As such they are credible alternatives for Russian parties and their counterparties.

1.1. Context

International disputes involving Russian parties are routinely resolved in the leading dispute resolution centres outside Russia. Sometimes foreign counterparties insist on a neutral venue and London, Paris and Stockholm have all benefitted from this. Sometimes Russian parties themselves bring their disputes to these centres out of choice, holding them in high regard.

The London courts have long been particular favourites, with much of their case load from foreign parties, and a succession of high profile cases involving one or more Russian litigants. High stakes cases involving oligarchs in particular attract huge and high quality legal teams in London, and have reflected a degree of comfort with London and confidence in the English legal system. High profile examples include *Berezovsky v. Abramovich* and *Cherney v. Deripaska* but there are many others.

With advantages in terms of privacy and ease of enforcement through the New York Convention arbitration has also flourished. London seat arbitrations are routinely involving Russian transactions, and the caseload of the leading arbitral insti-

tutions have an important Russian component. The LCIA¹ reports that Russia is in its top 5 jurisdictions; although just 3.4% of its cases are for Russian parties this excludes entities from jurisdictions such as Cyprus which are in substance Russian interests. Anecdotally these cases tend to be larger than the average.

London has not been the only international beneficiary, with a sizeable caseload in Stockholm's SCC, Paris (home to the ICC), Geneva and Zurich amongst others.

1.2. Recent developments

Following some high profile trials and settlements there are signs that the faith of Russian parties in the English legal system is — rightly or wrongly — not as absolute as it once was. From October 2011 the *Berezovsky v. Abramovich* case saw London's Commercial Court in its new state of the art Rolls Building packed with lawyers and reporters for some 11 weeks, hearing details of Russian business at an intriguing time in its history. Culminating in a 500 page judgment and reported legal fees of over GBP 100m² it may have been the high water mark in terms of Russians choosing London for their disputes. This is plainly a high stakes game. Others have preferred to settle this kind of litigation before hearings and it may be that trials like this have had their heyday.

More recent developments at a geo-political level with EU and US sanctions have not helped. Some have called into question whether a fair result can be obtained for Russian parties in this climate — something which will come as a surprise to practitioners and arbitrators alike in London, Paris and Stockholm. There has been a good deal of press coverage relating to Rosneft's recent statements about no longer agreeing to dispute resolution in foreign seats³. Rosneft is not alone.

At the same time there seem to be some positive developments with arbitration in Russia, which are beyond the scope of this paper. This may lead to more Russian related disputes being resolved in Russia, even if foreign parties remain concerned about the approach to arbitration taken by local courts.

Against this backdrop it is significant that there has never been more competition internationally between seats and institutions. At a time when Russian parties might be looking for alternatives the leading arbitration centres in Asia now offer credible solutions.

¹ LCIA 2013 Report.

² "Honey Trapped" / *The Economist*, 22 May 2014.

³ Kommersant, 29 October 2014.

2. Arbitrating in Asia

This paper focuses on three jurisdictions of interest which are at the centre of arbitration growth in Asia. Of course these are not the only options, and the growth of centres in many other countries in Asia is also considered below.

2.1. Emergence of Singapore and Hong Kong as international hubs

Growth in international disputes in the region has gravitated to Singapore and Hong Kong. Their leading institutions — SIAC and HKIAC — publish annual reports confirming this.

HKIAC handled 260 new arbitrations in the most recent year for which statistics are available (2013), with 81 being fully administered cases and a total value of US\$ 2b. All figures are a substantial increase on 2012. International cases comprised over 90%.

For SIAC the statistics for 2014 show 222 cases — up 200% in 10 years — which puts it in a similar scale to SCC or LCIA. More than US\$ 4b was at stake. SIAC's most recent statistics (2014) show 147 cases involving a Singapore party, but more often than not (81 of those) this is a branch of a multinational business. Other key users are PRC parties (Singapore benefiting from the misperception that Hong Kong is 'home town' for PRC parties), USA, India (where SIAC has a representative office) and Hong Kong. Parties came from 58 jurisdictions, with over 80% having at least one foreign party. The ICC's statistics rate Singapore as the third most popular seat, with other studies showing SIAC as the fourth most popular institution worldwide after LCIA, ICC and ICDR¹.

The ICC itself is also active in both Singapore and Hong Kong, and its statistics add to these considerably².

There are other excellent centres in Asia, particularly Kuala Lumpur with the KLRCA, and some larger, but none have managed to broaden their appeal to international parties in the same way by attracting predominantly cases with parties and subject matter unrelated to the arbitral seat. In this way they are truly international hubs, rather than merely regional arbitration centres. It also distinguishes them from other arbitral centres emerging in the region and puts them in the same category as leading European institutions such as LCIA, SCC and ICC.

2.2. Reasons for success

The success of Hong Kong and Singapore is a product of many factors, some of them common to both.

¹ White & Case International Arbitration Survey, 2010.

² All statistics are quoted from the institutions' annual reports, available on respective websites.

This is founded on the strength of the rule of law itself, with fair, neutral and independent courts being at the heart of this. It is no coincidence that both rank very well in terms of perceptions, with Hong Kong rated 4th out of 148 countries in an index of judicial independence¹ and Singapore being 7th out of 175 countries in “Transparency International’s Corruption Perceptions Index 2014”. They are the principal beneficiaries of the practical and perceived difficulties in terms of fairness and efficiency faced by those litigating commercial disputes in many parts of this region.

It is also an advantage that both Singapore and Hong Kong inherited the English legal system, with their domestic laws being common law based and generally closely following English law. International business is comfortable with English law and many cases are common law based. SIAC’s statistics show 49% of cases has Singapore law, 25% English law and 4% Indian law². For Singapore at least, most senior arbitration practitioners will have had at least some experience with civil law, particularly with Indonesian applicable law (to take an example, based as it is on Dutch Law).

Both jurisdictions are New York Convention signatories of long standing, backed with UNCITRAL Model Law based arbitration legislation, and have well established pro-arbitration stances.

Hong Kong (with HKIAC) and Singapore (with SIAC) have also benefitted from having their own national champion arbitral institutions. They have marketing presences in key jurisdictions, and are routinely involved in education and training in the jurisdictions they serve. The panels of the leading arbitral institutions feature some of the world’s leading arbitrators. Other eminent arbitration figures at a global level also feature prominently in their governing bodies, with SIAC recently appointing Gary Born as its new President.

Singapore and Hong Kong have also opened their legal markets to foreign law firms for arbitration, and have legal professions containing a mix of local and international lawyers. Increasingly these are drawing talented individuals from Europe, Australia, New Zealand, the USA and Asia who are making longer term commitments to the region than was once the case. Those lawyers are also more specialized as arbitration lawyers. This tracks the similar trends some time ago in London and Paris. Both centres also draw on senior arbitration lawyers visiting from other centres in Europe (London in particular) and Asia.

¹ World Economic Forum’s Global Competitiveness Report for 2013/14.

² 2014 Annual Report.

3. The Singapore option: key features

Singapore is probably also the most internationalized in the region terms of the breadth of its appeal to business not connected with Singapore. It serves a number of jurisdictions, and is widely used in India, where the concerns about delays in the court system (from appeals in particular) are acute and despite recent developments¹ foreign parties remain reluctant to agree to India seated arbitration. Singapore has been the main beneficiary, and its reliance on a number of states for work has helped it internationalize.

The Model Law based arbitration legislation — the International Arbitration Act (Cap. 143) — is kept up to date with the latest thinking. It is also kept in line with developments in institutional rules — with the introduction of the emergency arbitrator provisions in the SIAC rules the definition of “arbitral tribunal” in the Act² was amended to include an award by an emergency arbitrator to help address concerns about enforcement.

SIAC is just one of the institutions present in Singapore. The ICC has an office in Singapore but does not administer arbitrations there. The AAA’s ICDR has a presence there, as do specialist institutions such as the Singapore Chamber of Maritime Arbitration and WIPO. *Ad hoc* arbitrations are still common. Separately Singapore increasingly hosts a number of investor state arbitrations³.

The development of Singapore as an arbitration centre has had government support. There are excellent facilities in at Maxwell Chambers, a dedicated facility for arbitration.

Efforts have also been made to ensure that parties looking to bring their disputes to Singapore have a full range of integrated dispute resolution options. In that regard the Singapore International Mediation Centre (SIMC) is a new mediation centre with an excellent set of rules.

Another new initiative is the Singapore International Commercial Court (SICC), a new division of the High Court which a distinguished international panel of judges. It has its own set of rules, including a disclosure provisions and other procedures which do not follow domestic litigation processes and a flexibility which is not unfamiliar to arbitration lawyers. An advantage over arbitration is in relation to multi-

¹ Largely resolved in Supreme Court of India’s decision in *Bharat Aluminum Co. v. Kaiser Aluminum Technical Services Inc.*, Civil Appeal № 7019 of 2005, over-ruling its earlier decision given in *Bhatia International v. Bulk Trading S.A.*, (2004) 2 SCC 105.

² Section 2(1).

³ For example, *White Industries v. India*, an UNCITRAL arbitration under an Australia-India Bi-lateral Investment Treaty.

party situations, one answer to the lack of consolidation / joinder provisions in the SIAC Rules and IAA.

It will deal with cases where the parties have chosen it or where the domestic division of the court refers a case where certain criteria are met¹. So far there are understood to have been several transfers from the domestic division to the SICC, and no doubt there will be more clauses written in for the SICC once those cases have been resolved.

Questions remain over enforcement of the SICC's judgments, which do not enjoy the advantages of arbitral awards have under the New York Convention. Work is underway to assist with enforcement of the judgments, including through Singapore's proposed accession to the (to date unutilised) Hague Convention on Choice of Court Agreements (2005).

Establishing the SICC demonstrates the commitment made to attract disputes unrelated to Singapore, emulating the experience the Commercial Court has had in London, particularly with Russian cases. It may, in time, also develop an important supporting role to arbitration, with it having powers of interim relief in support of arbitration².

There is a long track record of the Singapore courts adopting a pro-arbitration stance in terms of enforcing agreements to arbitrate, and enforcing awards³. It is itself significant that cases on challenges to awards and relating to enforcement are closely watched, with commentators looking at each new decision to discern any signs of deviation from the pro-arbitration stance. A recent example is *AKN v. ALC*⁴. On its face the result may be concerning with a SIAC award from a distinguished international tribunal substantially set aside on grounds of natural justice and excess of jurisdiction. However the terms of the judgment are in fact an affirmation of minimal curial intervention, with the Chief Justice at pains to maintain that the bar for challenge is high, and that the facts in that case were strong. From time to time awards are set aside in every seat⁵.

Singapore's focus was once shipping, insurance and commodities. These areas are still important but the type of cases being resolved in Singapore has expanded considerably⁶.

¹ Supreme Court of Judicature Act (Cap. 322).

² Section 18I Supreme Court of Judicature Act (Cap. 322).

³ For example, *BLC v. BLB*, [2014] 4 SLR 79.

⁴ [2015] SGCA 18.

⁵ In *Secretary for State for Home Department v. Raytheon Systems Ltd.*, [2015] EWHC 311 (TCC) the English Court was critical of award by an eminent international panel.

⁶ SIAC's 2014 Report indicates 40% of its cases are corporate or commercial, with a further 12% construction cases.

4. The Hong Kong option: key features

As noted above, Hong Kong has Model Law based legislation, which has been amended to ensure that the legislation meets the latest needs of the institutional arbitration.

Hong Kong has its own institution in the form of the HKIAC, set up in 1985. It is nominated as the appointing authority under local arbitration legislation, the Arbitration Ordinance 2013. It has seen significant growth in recent years, notwithstanding the substantial increases in Chinese institutional arbitration noted below. It is amongst the most innovative of institutions, with some of the key developments in its latest (2013) rules noted below, the provisions for multi-party arbitrations being a notable example. It is also known for its relatively light touch in terms of administration, without (for example) the centralization of CIETAC or scrutiny of awards seen with the ICC.

Hong Kong also is the home in Asia for the ICC, which administers arbitrations there under the same rules as it does elsewhere. CIETAC has opened a sub-commission in Hong Kong, to which Hong Kong curial law applies. *Ad hoc* arbitrations (some under the UNCITRAL Rules) are common and will be familiar to those used to arbitrating in London.

The Hong Kong Courts have a long established supportive stance towards international arbitration, a point covered in more detail below.

Hong Kong's traditional appeal has been in commodities and construction sectors. While these remain important the scope of disputes now resolved in Hong Kong is much broader, with 47% of cases for 2013 being commercial and another 27% corporate¹. Often seen from the outside as the gateway to China, Hong Kong is truly a global hub for international disputes. Its caseload is still biased towards China related work. It is sometimes perceived that Hong Kong is not a "neutral" seat for those doing business with China; this does not reflect the reality.

5. Arbitrating in China

The officially reported figures for the consolidated caseloads for the Chinese arbitral institutions (termed commissions) are remarkable. Foreign related arbitration cases alone account for 2012 and 2013 are reported at over 1500 *per annum* — more than the main institutions in Singapore and Hong Kong combined. Even this number is only 2% of the total, suggesting that arbitration is thriving in China. However for reasons noted below there have been some difficulties, and for now

¹ HKIAC website.

at least China's appeal to Russian and other international parties is more limited than statistics would suggest.

China's Arbitration Law became effective on 1 September 1995. It departs materially from the Model Law, providing generally for less party autonomy. China is a signatory to the New York Convention, effective since 1987, and the Arbitration Law gives effect to this.

There are some differences between international and domestic arbitration, with scope for more juridical intervention in with domestic arbitration. Disputes between Chinese entities must be resolved in China, and parties may be caught by the domestic regime advertently if their business in China is being conducted via a local subsidiary.

One key feature of the Arbitration Law is that China seated arbitrations must be institutional, and China seated *ad hoc* clauses are likely to be treated as invalid. Another key difference is that arbitrators must generally be chosen from the relevant institutional panel. Foreign arbitrators are permitted¹ and the leading institutions feature some respected international names, with CIETAC having over 200 foreign arbitrators on its panel of over 1000. The relatively low fee structure can deter international arbitrators from accepting appointments, and parties sometimes agree in their arbitration clauses that the arbitrator's usual international market rates will apply. There are no requirements in CIETAC rules for the chairperson to be of neutral nationality, something which is often considered desirable to the foreign party arbitrating in China.

Arbitrations are administered by arbitral commissions, of which there are some 200. International work is spread across some 55 of them, but there are several particularly high profile institutions.

The most high profile is the China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC). CIETAC's reported figure for foreign cases for 2013 was 375 of its 1 256 cases. CIETAC in particular has international ambitions, including attracting cases seated outside PRC. As noted above it has opened a subcommission in Hong Kong, allowing it to administer Hong Kong seat arbitrations. It has also introduced (2014) amendments to its 2012 rules, adopting some of the features found in other institutional rules. This includes: addition of an emergency arbitrator provision (though the Arbitration Law does not yet recognise emergency arbitration this may work well for the HK sub-commission), consolidation provisions (now possible without all parties' consent)² and establishment of arbitration "courts" for scrutinising awards.

Two other institutions have effectively separated from CIETAC in recent years — the Shenzhen Court of International Arbitration (SCIA) and the Shanghai International Arbitration Center (SHIAC) — and no longer bear CIETAC branding. These

¹ Article 67 of Arbitration Law.

² Article 19.

have implemented modern rules, with relatively progressive approach to matters such as joinder / consolidation.

The separation of these new two organisations from CIETAC has caused a great deal of controversy, with disputes about whether clauses specifying CIETAC Shanghai or CIETAC Shenzhen referred to the local subcommissions of Beijing CIETAC, or to the new “breakaway” organisations in those two cities. The lower courts have not adopted a uniform approach to disputes about this¹. The higher courts have been consistent, adopting a pro-enforcement approach, yet doubts remain as to the approach any particular court will take. Hundreds of cases are thought to be affected.

The highest court — the Supreme People’s Court (SPC) — has responded with a “pre-reporting” mechanism² designed to ensure that lower courts adopt a co-ordinated approach on this issue. The SPC has not itself issued a definitive guidance, though it was assumed that this would become clear from the cases which followed. This took some time, but a decision on 31 December 2014³ effectively confirmed that the break-away institution had jurisdiction. A further decision in Shenzhen⁴ appears consistent with this, though it is no definitive reasoning to provide guidance for the future. Added to this, CIETAC’s own representative offices in Shenzhen and Shanghai are being re-designated as sub-commissions, which may cause further scope for confusion.

Another large institution is the Beijing Arbitration Centre, recently renamed the Beijing International Arbitration Centre. The BAC accepted 1 627 cases in 2013, only 44 being classified as foreign, and statistics suggesting a smaller average case size.

The role of foreign institutions in China seated arbitrations is not completely free from doubt, and it caused a great deal of concern where an ICC clause with a Shanghai seat was found to be invalid because it was administered by ICC and not a domestic arbitral institution⁵. There have been cases which have gone the other way⁶. The ICC has responded with amended wording for its model clause, though the author understands this may still be untested and the advice often given for a China seat arbitration remains to use a local institution.

¹ Suzhou Intermediate People’s Court [2013], Su Zhong Shang Zhong Shen Zi № 4, Ningbo Intermediate People’s Court [2013], Zhe Yong Zhi Cai Zi № 1, Taizhou Intermediate People’s Court [2013], Zhe Tai Zhi Cai Zi № 2.

² Notice on relevant issues concerning correct handling of judicial review of arbitration matters, 4 September 2013.

³ Hu Er Zhong Min Ren (Zhong Xie) Zi № 5.

⁴ Reported on the SCIA website on 9 January 2015.

⁵ *Züblin International GmbH v. Wuxi Woke General Engineering Rubber Co.* SPC 2006, with the need for an arbitral commission in article 16 of the Arbitration Act referring only to domestic institutions.

⁶ *Longlide packaging Co. Ltd. v. BP Agneti SRL*, SPC 2013 Min Ta Zi № 13.

Most institutions have time limits on arbitrations, running 6 months from constitution of Tribunal. These are very routinely extended. Some, such as CIETAC, have expedited procedures, though the limits are lower than for example SIAC¹.

In practice procedure is more inquisitorial, less adversarial than in many centres, particularly when no common law trained arbitrator is involved. The tribunal has flexibility as to rules of evidence, though some more flexible variant of local civil procedure is often applied. The IBA Rules on the Taking of Evidence are increasingly being applied with parties' agreement. The arbitrations are generally heavily administered through centralized bureaucracy rather than through the tribunal.

Chinese parties often accept conciliation and arbitration-mediation — where the arbitrator functions to mediate, before resuming his duties as arbitrator — is more common². Foreign parties are generally less comfortable with this and arbitration clauses sometimes require any conciliation to take place by a neutral third party other than the arbitrator.

Many of the cases are in Chinese language and the CIETAC rules default to Chinese language. The parties' choice as to a different language is respected, though there are real practical barriers to conducting arbitration in a language which is not English or Chinese. It is possible though not always easy to move hearings offshore. While hearings outside China are not prohibited, agreement of parties, tribunal and in some cases the institution itself is required³.

There have been commitments at government and judicial level to adopt a pro-arbitration policy to allow arbitration to develop⁴.

The SPC has imposed important restrictions on the ability of the local courts to set aside foreign and foreign-related arbitral awards. Lower courts seeking to set aside or refuse to enforce a foreign-related or foreign arbitral award, must obtain the approval of the SPC⁵.

The SPC has maintained a narrow view of the public policy ground for refusal to enforce foreign awards⁶. It maintains that a mere breach of mandatory provi-

¹ Recently increased from ¥ 2m to ¥ 5m — about US\$ 800,000 — with SIAC's at about US\$ 4m.

² *Colin Wall* "Does combining mediation and arbitration really work?" presentation to CIARB — Singapore branch, 28 May 2014.

³ CIETAC, for example.

⁴ Address from Mr Zhou Qiang, President of SPC, June 2013, APRAG Beijing.

⁵ Notice Regarding the Local People's Court Setting Aside the Foreign-related Arbitral Award, issued on 23 April 1998 by the SPC, and the Notice Regarding the Local People's Court Handling Foreign-related Arbitral Awards and Foreign Arbitral Awards, issued on 28 August 1995.

⁶ Article V(2)(b) of New York Convention.

sions of Chinese law or regulations does not violate public policy¹. Even then the focus is on the consequences of enforcement in China, not the content or substantive issues in the award.

HKIAC reports that its awards have an excellent track record in terms of enforcement in China². It is said that the Chinese Courts have not refused to enforce any of its awards in the last 5 years. No statistics are given for the number of awards which were enforced, but this is an encouraging statistics and there is no reason that the position should be confined to HKIAC awards.

Conclusion. In practice commercial cases of any scale are not often resolved in China unless there is a Chinese party involved, and cases which have no connection with China are few. Many foreign commercial parties prefer not to arbitrate large disputes in China, as even if the legislative and institutional framework is in place it does not enjoy all the most important advantages of Singapore and Hong Kong. This is less about the arbitral institutions — though these too have had a troubled recent history — than it is about exposure to an unfamiliar legal system which may not have the same traditions in terms of transparency and respect for the arbitral process. There are undeniably positive developments, but it is concerning that there are many quite fundamental questions (for example, the role of foreign institutions in a PRC seat, the CIETAC split) which are either unresolved, or were only resolved very recently, and the position even now cannot be stated definitively. For these reasons foreign parties still see arbitration in China as carrying risk.

All this has meant that China does not yet have a long track record in attracting international disputes unconnected with China, and despite the statistics it has not transitioned to being a global centre in the same way as the major international arbitral seats in Asia or elsewhere.

6. Rapid development in other Asian centres

It is beyond the scope of this paper to conduct a full survey of the other centres now found across Asia.

Institutions of regional importance include Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) and Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRC). Anecdotally much of their work is either domestic, or arises out of a contract with a government related party which — if it cannot negotiate local litigation — insists on

¹ See, for example, *SPC's Reply to Request for instructions regarding Haikou Intermediate People's Court's refusal to Recognise and Enforce Arbitral Award of SCC* (13 July 2005).

² There is an Arrangement for the Reciprocal Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and Hong Kong (2000), which places Hong Kong awards effectively on the same footing as awards from New York Convention countries.

local arbitration. KLRCA in particular is being promoted very effectively with an excellent set of rules incorporating the UNCITRAL rules and access to top facilities. It has a growing caseload, some 20% of it relating to foreign parties. Korea and Japan also have arbitration centres, but to date their appeal has been limited to disputes involving a local party, usually in particular sectors.

Beyond these is another tier of centres which are perhaps less well established. Examples are found in Vietnam, Cambodia, Thailand and Mongolia. These have tended to form along national lines, in part as the result of local efforts to promote the use of arbitration. These are at various stages of development and there are dangers in generalizing. Some of these have excellent rules and arbitrations are well administered, sometimes drawing on a panel of international arbitrators. Others suffer from the relatively small pool of local arbitrators. On the whole they perform a useful function in promoting confidence in arbitration within the local profession and business community. No matter how good the institution a common problem is the court system, which can be inefficient or perceived as partial or unfair.

7. Key developments in Asian arbitration centres

Across a large number of jurisdictions it is impossible to generalize about developments, and there is no uniformity of approach. That said there are some common themes.

7.1. Institutions are at the cutting edge in terms of innovation

The leading Asian arbitral institutions have been at the forefront of the latest thinking, keen to anticipate the user's needs.

7.1.1. Emergency arbitration

One example is the emergency arbitrator provisions now found in many institutional rules, including ICC rules, SCC rules and Swiss Rules. Notwithstanding concerns about enforcement of such awards SIAC adopted these early and has now had the longest track record, with 42 appointments and a number of arbitrators who now have experience of the procedure. This has proved to be one area which works well with the additional scrutiny of awards SIAC provides, in just a few hours for emergency cases. It is increasingly the default option for parties needing interim relief pre-constitution of the Tribunal and has met with success in practice. HKIAC (amongst others) has also adopted this process in its latest amendments, adding a comprehensive set of emergency arbitrator rules¹.

¹ Article 23.1 and schedule 4.

Both seats have also amended their arbitration legislation so that the orders made by emergency arbitrators are capable of enforcement in the same way as final awards of arbitrators¹.

7.1.2. Expedited procedures

SIAC², HKIAC³ and CIETAC⁴ have all added expedited procedures to their rules. For cases below a certain value threshold which meet particular criteria streamlined procedures in terms of number of arbitrators and a fast tracked timetable applied. SIAC's are probably the most progressive, with a presumption in favour of a single arbitrator and an award with summary reasons. The time limit is 6 months, possibly made on a documents only basis (the presumption in HKIAC rules, but the opposite in SIAC rules). Expedited processes are either agreed in advance (for example in the arbitration agreement itself) or imposed by the institution once a dispute has started. SIAC's 2014 report shows 159 requests from 2010 to date, with SIAC accepting 107. There appears to be a trend for more cases to fall within these procedures, with eth HKIAC rules recently amending the threshold from US\$ 250,000 to approximately US\$ 3m.

It is sometimes said that such expedited procedures are a serious interference with a parties' rights, particularly where they were not contained in the rules which applied when the agreement was reached. SIAC's expedited procedures have recently been tested and approved in the Singapore courts⁵ in a challenge to an award made on an expedited basis. These procedures are now here to stay.

7.1.3. Multi-party arbitration

Another example is the efforts to deal with multiparty arbitration. This can be an area of weakness for arbitration. The consent of parties to the arbitration and the third party is invariably required either to bring in a third party, or for a third party to join. That consent is often impossible to obtain once a dispute has arisen. It can lead to parallel sets of proceedings on the same issues, leading to duplication of costs and risk of inconsistency of findings.

HKIAC's response⁶ addressing this complex issue is arguably the most comprehensive and innovative seen to date. It vests powers of joinder and consolida-

¹ Sections 22A and 22B of the Arbitration Ordinance.

² Rule 5.

³ Article 41.

⁴ Chapter 5.

⁵ *AQZ v. ARA*, [2015] SGHC 49.

⁶ Articles 27—29.

tion in the HKIAC (pre-constitution of the Tribunal) or the Tribunal itself without the need for consent of all parties.

SIAC has not adopted a similarly expansive approach, and its joinder provisions continue to require consent of all parties¹. In practice SIAC often deals with this by appointment of common arbitrators. Singapore's solution may be to leave multi-party situations for its new SICCC noted above.

7.1.4. Fee structures

A great deal of thought has gone into fee structures. The ICC and SIAC fee structures are conventional and generally depend on claim value, but HKIAC has rules which expressly allow the parties to choose between claim value and hourly rate (Arts. 9 and 10, Schedules 2 and 3). An hourly rate fee cap is also in place (HKD 6 500) to apply unless the parties otherwise agree or in exceptional circumstances. SIAC approaches fees on a claim value basis, although at the conclusion of the arbitration the Registrar assesses the fees, with the figures routinely coming in under scale. Its rules feature a little used rule allowing the parties to depart from the scale in the tribunal's fees at any time prior to the constitution of the tribunal².

7.1.5. Arb-med-arb

In Singapore SIMC with SIAC has initiated a formal arb-med-arb protocol. This allows parties to arbitration to refer their dispute to mediation, with any resulting settlement taking the form of an award in the arbitration, to assist with enforcement under arbitration legislation and through New York Convention means.

7.2. Pro-arbitration climate

For an arbitral seat to function as effectively as the traditional seats the support of the courts is required, in terms of leaving arbitration to run its course, enforcing awards in accordance with New York Convention, and supporting it as required with interim relief.

As noted above, both Hong Kong and Singapore have consistently taken strongly pro-arbitration stance. The Hong Kong courts now apply stricter costs sanctions against parties which bring unsuccessful challenges to awards, with costs being awarded on the more generous "indemnity" basis³. The policy is to deter weak or strategic challenges, signaling the court's discouragement of them.

¹ Rule 24.1.

² Rule 30.1.

³ See, for example, *Pacific China Holding Ltd. v. Grand Pacific Holdings Ltd.*, [2013] HKEC 248, confirming that the threshold for setting aside an award on grounds of due process is high, with the breach being serious or egregious.

The courts in both Singapore and Hong Kong are also eager to ensure that foreign awards are consistently enforced. In *Astro v. Lippo*¹ the Singapore Court refused to enforce a SIAC award against parties who were not parties to the arbitration agreement. However the courts in Hong Kong — noting that the award had not been set aside in Singapore — enforced the award in accordance with its New York Convention obligations². The courts also take a narrow approach to the public policy exception; see, for example *X Chartering v. Y HCCT 20* of 2013, noting that the breach must be “shocking to the court’s conscience”.

Beyond Singapore, Hong Kong and one or two other Asian jurisdictions the news is more mixed, and there can be a gap between the theory and the reality. Some countries — like Myanmar, a recent signatory of the New York Convention — is still using arbitration legislation from 1944, though a draft replacement has been prepared. In other countries the legislation is in place but relatively untested, and there is not yet an established practice in favour of enforcement. An example is Mongolia, which has long had Model Law based legislation in place, and is currently revising it in light of the 2006 revision. Indonesia’s Law on Arbitration³ tracks the New York Convention and has some track record of enforcement, though practical difficulties with enforcement are common. There was an application to enforce the *Lippo* award discussed above; while the Hong Kong courts enforced the award the Indonesia courts refused to do so, noting it was against Indonesian public policy.

7.3. Key arbitration issues are being resolved in this region

It will be clear from the above that cases noted above that London and Paris are not the only places where key arbitration issues are being resolved.

To take a recent example, the questions raised in the decisions from the Singapore Court of Appeal and the High Court in Hong Kong relating to a SIAC award in the *Astro v. Lippo* dispute raise matters of fundamental importance to the arbitration community globally.

The enforcement case in Hong Kong has been described as Asia’s *Dallah*, referring to the significant litigation in England⁴.

Following cases in Singapore, India and Hong Kong it has become important to specify the law applying to the arbitration agreement itself to avoid scope for disputes about it. These have now been dealt with by amendment to the standard HKIAC arbitration clause which specifically resolves the question of which law governs the arbitration agreement itself.

¹ *PT First Media v. Astro Nusantara Indonesia BV*, [2013] SGCA 57.

² *Astro Nusantara v. PT First Media*, HCCT 45/2010.

³ Law № 30 of 1999.

⁴ GAR, “Astro award divides Asia’s two dragons”, 19 February 2015.

7.4. *More choice*

It is sometimes said that Asia's leading arbitration centres are developing their own distinctive international arbitration cultures, distinct from each other and from Europe, providing the discerning user with every possible variety. Perhaps the differences can be over-stated; the author's experience is that arbitration in Asia is not unfamiliar to those used to resolving disputes in London (particularly), Paris or Stockholm. In key areas there is, if anything, a broad convergence in the rules of leading institutions internationally and Asia is not exempt.

The diversity in Asia gives parties the choice they have in the more traditional seats in Europe. For example parties can choose HKIAC (perceived as a light touch administration, probably the most progressive rules) or SIAC (with some scrutiny of awards, and innovative rules), ICC (administered, well tested rules) and CIETAC or BAC (heavily administered, innovation in rules but some areas remain untested).

8. Conclusions

For Russian related disputes the leading arbitration centres in Asia offer all the advantages of European arbitration — in some ways some advantages over European arbitration — and few disadvantages. The disadvantages are practical: distance from Russia and fewer resident Russian speakers. The significance of these can be overstated.

Singapore and Hong Kong, and their arbitration centres are at leading edge of thinking and developments in international arbitration, and key arbitration issues are being resolved in Asia. Both are now mature, credible alternatives to London, Paris, Stockholm and other European centres. They benefit from the rule of law, neutral independent court system with a tradition of respect for arbitration, sound legislative framework, institutions with a track record of promoting arbitration and progressive thinking, a choice of professionals available (locally and from Europe), arbitration friendly infrastructure and choices as to language. Hong Kong has the larger case load but Singapore is faster growing. Other centres are not far behind and China in particular remains one to watch, with some encouraging recent developments but still limited appeal for cases unrelated to China.

At a time when Russian parties are looking for other dispute resolution solutions, Asian arbitration has never had more to offer.

Раздел 2

ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ГОСУДАРСТВА ЗА ДЕЙСТВИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО УЧАСТНИКА МЕЖДУНАРОДНОГО КОНСОРЦИУМА

Д.А. Пенцов,
к.ю.н., старший юрист
фирмы «Frogier»
(Женева)

В статье рассматриваются основания возможной ответственности государства за действия государственного участника международного консорциума, различия между требованиями иностранных участников консорциума к государственному участнику о нарушении договора и их требованиями к государству о нарушении соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений, а также возможные действия иностранных участников в случае нарушения их прав.

1. Введение

Международные консорциумы (иногда также называемые международными договорными совместными предприятиями), в которых их участники объединяют свои усилия и материальные ресурсы для достижения определенной общей цели, не создавая при этом нового самостоятельного юридического лица¹, остаются популярной формой организации крупномасштабных инвестиционных проектов. Хотя собрать по данному вопросу какую-либо точную статистику представляется затруднительным, анализ арбитражной практики Международного центра по урегулированию инвестиционных споров

¹ См., например: *Hewitt on Joint Ventures*. 4th ed. — Sweet & Maxwell, 2008. P. 59—60; *Reece Thomas K., Ryan C.I. The Law and Practice of Shareholders' Agreements* / D. Baylis (ed.). 3rd ed. — Lexis Nexis, 2009. P. 275.

(далее — МЦУИС)¹ показывает, что на протяжении последних нескольких десятилетий эта организационно-правовая форма неоднократно использовалась при реализации самых разнообразных проектов на различных континентах. Обширный перечень подобных проектов включает в себя строительство гидроэлектростанции на реке Инд вниз по течению от плотины Тарбела в Северном Пакистане²; совместное осуществление землечерпательных работ в Суэцком канале в соответствии с договором, право на заключение которого было предоставлено Администрацией Суэцкого канала³; проект «Терра Нова» по разработке нефтяного месторождения у берегов провинции Ньюфаундленд и Лабрадор в Канаде⁴; совместную эксплуатацию научно-гостиничного комплекса в Украине⁵; проекты Петрозуата и Гамака по добыче сверхтяжелой нефти в регионе Венесуэлы, известном как «нефтяной пояс Ориноко» (*Faja Petrolífera del Orinoco*)⁶, а также смешанный проект по строительству коммерческой и жилой недвижимости, известный под названием «Испартакуле III» («*Ispartakule III*»), в Стамбуле (Турция)⁷.

В тех случаях, когда инвестиционный проект осуществляется в сфере экономики, рассматриваемой принимающим государством в качестве страте-

¹ Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) — это входящее в состав Группы Всемирного банка учреждение, созданное для разрешения международных инвестиционных споров в соответствии с Конвенцией по урегулированию инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) (так называемой Вашингтонской конвенцией) (см.: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx>).

² *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (April 22, 2005). С текстами арбитражных решений, вынесенных под эгидой МЦУИС, можно ознакомиться в Интернете по адресу: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>.

³ *Jan de Nul N.V. & Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case № ARB 04/13, Decision on Jurisdiction (June 16, 2006).

⁴ *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case № ARB (AF)/07/4, Decision on Liability and Principles of Quantum (May 14, 2012).

⁵ *Bosh International Inc. and B & P Ltd. Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case № ARB/08/11, Award (October 22, 2012).

⁶ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. & ConocoPhillips Company v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case № ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and the Merits (September 3, 2013).

⁷ *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case № ARB/11/28, Award (February 25, 2014).

гической, например в области добычи природных ресурсов, строительства инфраструктуры или телекоммуникаций, в нем весьма вероятно наличие государственного участника¹. Его вовлечение в подобные проекты может рассматриваться в качестве наглядного проявления идеи государственного вмешательства в экономическую деятельность, которое в современную эпоху обычно оправдывается необходимостью облегчить социальные преобразования, стимулировать экономический рост или обеспечить защиту жизненных интересов общества². Появление государственного предприятия в крупном инвестиционном проекте становится еще более вероятным, когда само государство в силу тех или иных причин не обладает необходимыми ресурсами для его осуществления и вынуждено привлекать иностранного инвестора, но желает при этом сохранить контроль над его реализацией и последующей эксплуатацией.

Присутствие государственного предприятия в международном консорциуме имеет двойственную природу. Так, с одной стороны, ввиду наличия определенной связи с государством это предприятие может рассматриваться в качестве «представителя» суверенной власти, обладающего более значительными полномочиями по сравнению с остальными участниками консорциума. С другой стороны, несмотря на наличие контроля со стороны государства, государственное предприятие продолжает оставаться самостоятельным субъектом права, обладающим обособленным имуществом и выступающим в гражданском обороте от своего имени. С этой точки зрения государственный участник международного консорциума может рассматриваться в качестве обычного коммерческого партнера, связанного с остальными участниками условиями договора о совместном предприятии.

Наличие у государственных предприятий самостоятельной правосубъектности признавалось в арбитражной практике Внешнеторговой арбитражной комиссии при Торгово-промышленной Палате СССР (далее — ВТАК), а также в юридической литературе применительно к советским внешнеторговым объединениям, даже несмотря на общепризнанное наличие тесной связи между ними и Советским государством³. Так, в своем решении по делу израильской

¹ См., например: *Feit M.* Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity // *Berkeley Journal of International Law*. 2010. Vol. 28. Issue 1. P. 142 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1379&context=bjil>).

² См., например: *Badia A.* Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration. — *Wolters Kluwer*, 2014. P. 4—5.

³ См., например: *Луц Л.А.* Курс международного частного права. В 3 т. Т. 2. — М.: Спарк, 2002. С. 375—376; *Berman H.J.* Force Majeure and the Denial of an Export License Under Soviet law: A Comment on *Jordan Investments Ltd. v. Soiuznefteksport* // *Harvard Law Review*. 1960. Vol. 73. P. 1128, 1137.

фирмы «Jordan Investments» против В/О «Союзнефтеэкспорт» ВТАК признала, что запрещение со стороны Министерства внешней торговли СССР исполнения заключенного между сторонами договора и отказ в выдаче лицензии на вывоз из СССР нефтепродуктов, будучи обязательным для ответчика, являлись обстоятельствами форс-мажора, освобождающими «Союзнефтеэкспорт» от ответственности за непоставку¹. Отвечая на доводы истца о том, что ответчик не вправе рассматривать запрещение исполнения договора со стороны Министерства как форс-мажорное обстоятельство, поскольку «Союзнефтеэкспорт» и Министерство внешней торговли якобы являются органами одного и того же государства, в своем решении ВТАК отметила, что в силу ст. 19 ГК РСФСР и своего Устава «Союзнефтеэкспорт» являлся организацией, состоящей на хозяйственном расчете, самостоятельным субъектом прав — юридическим лицом, выступающим в обороте от своего имени и выражающим в правоотношениях свою волю. Объединение не являлось органом государственной власти. Поэтому, по заключению ВТАК, попытки истца отождествить ответчика с Министерством были лишены всякого основания².

Двойственность положения государственного участника в международном консорциуме наглядно проявляется при совершении им действий, приводящих к нарушению прав иностранных участников консорциума. В зависимости от характера этих действий, а также условий соответствующего соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений между государством иностранного инвестора и принимающим государством (двустороннее инвестиционное соглашение (bilateral investment treaty)) ответственность за них может возлагаться как на самого государственного участника, так и на государство. Тем самым, столкнувшись с необходимостью защиты своих прав в подобной ситуации, иностранные участники могут оказаться перед выбором: предъявить иск о нарушении договора о совместном предприятии непосредственно к государственному участнику, предъявить иск о нарушении двустороннего инвестиционного соглашения к принимающему государству или же одновременно предъявить два параллельных иска к обоим ответчикам.

Принимая во внимание увеличение числа крупномасштабных инвестиционных проектов с государственным участием, осуществляемых в форме международных консорциумов, правильная юридическая квалификация действий государственного участника, понимание характера допускаемого им нарушения, а также выбор надлежащей формы защиты прав иностранных инвесторов в подобных ситуациях приобретают большую актуальность.

¹ Луц Л.А. Указ. соч. С. 375.

² Там же. С. 375—376.

Соответственно, целью настоящей статьи является рассмотрение оснований возможной ответственности государства за действия государственного участника международного консорциума, различий между требованиями иностранных участников консорциумов на основании договора о совместном предприятии и их требованиями на основании двустороннего инвестиционного соглашения, а также возможных действий иностранных участников в случае нарушения их прав.

2. Общие принципы ответственности государства за действия государственного участника международного консорциума

Поскольку государственный участник консорциума является самостоятельным субъектом права, по общему правилу государство не несет международно-правовой ответственности за его действия¹. Именно поэтому для возложения на государство ответственности за действия государственного участника на основании международного права иностранному инвестору нужно установить, что само государство совершило международное правонарушение. Общие принципы этой ответственности сформулированы в проекте Правил об ответственности государства за международные правонарушения, принятом Комиссией международного права ООН в 2001 г. (далее — Правила об ответственности государства)². Согласно ст. 2 Правил об ответственности государства международно-противоправное деяние государства имеет место, когда какое-либо поведение, состоящее в действии или бездействии: а) присваивается государству по международному праву; б) представляет собой нарушение международно-правового обязательства этого государства.

Другим принципиально возможным способом возложения на государство международно-правовой ответственности за действия государственного предприятия является так называемое «снятие корпоративной вуали» (*piercing the corporate veil*), когда самостоятельная юридическая личность компании игнорируется и ее действия присваиваются ее должностными лицами

¹ См.: *Crawford J.* The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries. — Cambridge University Press, 2002. P. 112.

² Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. Текст на русском языке доступен в Интернете по адресу: <http://docs.cntd.ru/document/901941379>. Правила об ответственности государства часто применялись судами и арбитражными трибуналами в качестве международно-правового обычая (см.: *EDF Services (Limited) v. Romania*, ICSID Case № 05/13, Award (October 8, 2009), para. 187 (n. 7)).

или акционерам¹. Хотя после решения Международного суда ООН по делу *Barcelona Traction, Light & Power Co.*² данная идея прочно заняла место в международном праве, ее практическое применение в инвестиционном арбитраже столкнулось со значительными затруднениями³. Их можно объяснить высоким уровнем требований для применения данной теории, а именно необходимостью установления факта использования государством корпоративной структуры исключительно с целью мошенничества (fraud) или уклонения от обязательств (evasion)⁴. Поскольку применительно к международным консорциумам с государственным участием подобный сценарий представляется маловероятным, последующее изложение концентрируется на рассмотрении двух элементов международно-противоправного деяния государства по Правилам об ответственности государства.

3. Возложение на государство ответственности за действия государственного участника международного консорциума

Согласно Правилам об ответственности государства, случаи, когда ответственность за действия третьих лиц может возлагаться на государство, включают в себя поведение органов государства (ст. 2), поведение лиц или образований, осуществляющих элементы государственной власти (ст. 5), а также поведение под руководством или контролем государства (ст. 8). Так, ст. 4 рассматривает поведение любого органа государства в качестве деяния данного государства по международному праву независимо от того, осуществляет ли этот орган законодательные, исполнительные, судебные или какие-либо иные функции, независимо от положения, которое он занимает в системе государства, и независимо от того, является ли он органом центральной власти или административно-территориальной единицы государства. В свою очередь ст. 5 Правил об ответственности государства предусматривает, что поведение лица или образования, не являющегося органом государства в соответствии со ст. 4, но уполномочен-

¹ См., например: Black's Law Dictionary. 6th ed. — West Pub., 1990. P. 1147—1148.

² *Belgium v. Spain — Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (New Application: 1962), Judgment of 5 February 1970, Second Phase — Judgments, [1970] ICJ Rep. 1 (доступно в Интернете по адресу: www.worldlii.org/cgi-bin/download.cgi/cgi-bin/download.cgi/download/int/cases/ICJ/1970/1.pdf).

³ *Fadallah I. Are States Liable for the Conduct of Their Instrumentalities?* ICSID Case Law // *State Entities in International Arbitration* (= IAI Series on International Arbitration. № 4) / E. Gaillard, J. Younan (eds.). — Juris Pub., 2008. P. 24.

⁴ См.: *Crawford J. Op. cit.* P. 112.

ного правом этого государства осуществлять элементы государственной власти, рассматривается как деяние этого государства по международному праву, при условии что данное лицо или образование действуют в этом качестве.

Наконец, в соответствии со ст. 8 поведение лица или группы лиц может рассматриваться как деяние государства по международному праву, если это лицо или группа лиц фактически действуют по указаниям либо под руководством или контролем этого государства при осуществлении такого поведения. Присвоение государству поведения по этой статье требует не только наличия общего контроля со стороны государства, но и фактического осуществления контроля над поведением в конкретном случае, а также признания совершаемых лицом или группой лиц действий в качестве составной части рассматриваемого поведения¹. Данная статья представляет собой исключение из основополагающего принципа международно-правовой ответственности, согласно которому государство по общему правилу не отвечает за поведение частных лиц и организаций².

Как отмечается в Комментариях к Правилам об ответственности государства, один лишь факт первоначального создания государством юридического лица на основании специального закона или иным образом не является достаточным основанием для присвоения государству последующего поведения данного лица³. Поскольку юридические лица, находящиеся в собственности государства и в этом смысле подлежащие его контролю, рассматриваются в качестве самостоятельных субъектов права, предполагается, что их поведение при осуществлении ими своей деятельности не присваивается государству, если только они не осуществляют элементы государственной власти в значении ст. 5 Правил об ответственности государства⁴. Подобный подход был использован, например, в отношении фактического изъятия имущества находящейся в государственной собственности нефтяной компании в случае отсутствия доказательств использования государством своего права собственника в качестве механизма для побуждения компании к изъятию собственности⁵.

¹ *Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. 2nd ed. — Oxford University Press, 2012. P. 222.*

² *Hobér K. State Responsibility and Attribution // The Oxford Handbook of International Investment Law / P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer (eds.). — Oxford University Press, 2008. P. 557; Schicho L. State Entities in International Investment Law (=Studien zum Internationalen Investitionsschutzrecht. Bd. 4). — Nomos, 2012. P. 148.*

³ *Crawford J. Op. cit. P. 112.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ *Ibidem* (цитаты из: *SEDCO Inc. v. National Iranian Oil Co.*, (1987) 15 Iran-U.S.C.T.R. 23; *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 9 Iran-U.S.C.T.R. 206; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, (1986) 12 Iran-U.S.C.T.R. 335, 349).

С другой стороны, в тех случаях, когда имеются доказательства осуществления корпорацией публичных полномочий или использования государством своего права собственности в корпорации или контроля над ней специально для достижения определенного результата¹, рассматриваемое поведение может быть присвоено государству². В то же время нельзя не отметить, что практика арбитража под эгидой МЦУИС допускает применение ст. 8 Правил об ответственности государства к любому поведению контролируемых государством лиц, вне зависимости от того, является ли оно по своему характеру коммерческим (так называемые *acta iure gestionis*) или же связанным с осуществлением государственной власти (так называемые *acta iure imperii*)³. Вместе с тем даже наличие у государства 100%-ной доли в уставном капитале государственного участника международного консорциума само по себе не является достаточным основанием для присвоения государству ответственности за его действия по ст. 8 Правил об ответственности государства⁴. Для присвоения такой ответственности требуется наличие эффективного контроля со стороны государства в отношении конкретного акта противоправного поведения государственного участника⁵.

Хотя арбитражной практике известны случаи признания государственных предприятий в качестве органа государства⁶, а также в качестве лица, осуществляющего элементы государственной власти⁷, поведение государственного участника международного консорциума, не наделенного какими-либо властными полномочиями, вероятнее всего, будет подпадать под категорию «поведение под руководством или контролем государства», предусмотрен-

¹ *Ibidem* (цитаты из: *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, (1986) 10 Iran-U.S.C.T.R. 228; *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*, (1986) 12 Iran-U.S.C.T.R. 170).

² *Ibidem* (цитаты из: *Herzberg at al. v. Finland*, decision of 2 April 1982, G.A.O.R., Thirty-fifth Session, Supplement № 40 (A/37/40), p. 61 (para. 9.1); *X v. Ireland* (App. 4125/69) (1971), 14 Yearbook E.C.H.R. 198; *Young, James and Webster v. United Kingdom*, E.C.H.R., Series A, № 44 (1981)).

³ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case № ARB/01/11, Award (October 5, 2005), para. 82; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/03/29, Award (August 27, 2009), para. 129.

⁴ *Badia A.* Op. cit. P. 169.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Gallus N.* State Enterprises as Organs and BIT Claims // *The Journal of World Investment & Trade*. 2006. Vol. 7. № 5. P. 777—779.

⁷ *Limited Liability Company Amt v. Ukraine*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration № 080/2005, Final Award (March 26, 2008), para. 102 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>).

ную ст. 8 Правил об ответственности государства. При этом иностранным участникам консорциума следует учитывать, что практика международного инвестиционного арбитража весьма осторожно подходит к присвоению государству ответственности за действия государственных предприятий на основании ст. 8 Правил об ответственности государства, рассматривая подобное присвоение в качестве «исключительного»¹. Присвоение ответственности на данном основании имело место, например, в случае решения расторгнуть контракт с иностранным инвестором, получившим прямое разрешение со стороны правительства²; конкретных предписаний, сделанных министерством, которое направляло действия представителей государства в совете директоров и общем собрании акционеров компании³, а также формирования органов управления предприятия преимущественно⁴ или исключительно из государственных чиновников⁵.

Именно поэтому с целью усиления своей позиции путем возможного использования ст. 5 Правил об ответственности государства в качестве альтернативного основания для присвоения поведения государству иностранным инвесторам еще на стадии ведения переговоров по созданию международного консорциума следует внимательно проанализировать статус государственного участника с точки зрения наличия у него властных полномочий. Признаками наличия подобных полномочий могут являться, например, отсутствие коммерческой свободы государственного предприятия на рынке электроэнергии в сочетании с использованием его в качестве инструмента для исполнения государственных решений, касающихся установления цен на электроэнергию⁶.

¹ *EDF Services (Limited) v. Romania*, ICSID Case № 05/13, Award (October 8, 2009), para. 200.

² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/03/29, Award (August 24, 2009), para. 125.

³ *EDF Services (Limited) v. Romania*, ICSID Case № 05/13, Award (October 8, 2009), paras. 208—209.

⁴ *Salini Construttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case № ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (July 23, 2001), para. 32.

⁵ *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case № ARB/05/3, Award (November 12, 2008), paras. 107—108.

⁶ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award (December 16, 2003), para. 4.2 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0570.pdf>).

4. Нарушение договора, одновременно представляющее собой нарушение международно-правового обязательств государства

Возможность возложения на государство ответственности за поведение государственного участника международного консорциума, выразившееся в нарушении договорных обязательств перед его иностранными участниками, само по себе не является достаточным основанием для наступления международно-правовой ответственности государства. Для возложения на государство такой ответственности иностранному инвестору необходимо установить, что действия государственного участника представляют собой нарушение международно-правовых обязательств государства. При этом, как неоднократно признавалось в решениях международного инвестиционного арбитража, далеко не каждое нарушение договора представляет собой нарушение двустороннего инвестиционного соглашения¹.

Так, как было отмечено в решении о юрисдикции по делу *Impreglio v. Islamic Republic of Pakistan*, для того чтобы предполагаемое нарушение договора могло представлять собой нарушение двустороннего инвестиционного соглашения, оно должно являться результатом поведения, выходящего за рамки поведения рядового контрагента по договору². Состав арбитража указал, что только государство в процессе осуществления своей суверенной власти (*puissance publique*), а не в качестве стороны по договору может нарушить обязательства, принятые по соответствующему инвестиционному соглашению. Иными словами, соглашение о взаимной защите капиталовложений предоставляет инвестору средство правовой защиты только в том случае, когда инвестор продемонстрирует, что заявляемые убытки явились результатом поведения принимающего государства, действующего в нарушение обязательств, принятых на себя по данному соглашению³. Согласно данному решению, подобные нарушения потенциально могут представлять собой «несправедливый и неравноправный режим» или «неоправданные или дискриминационные меры»⁴, а также «экспропри-

¹ *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, (April 22, 2005), para. 260; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/03/29, Award (August 24, 2009), para. 180.

² *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, para. 260.

³ *Ibid.*, para. 260; см. также: *Biwater (Gauff) Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case № ARB/05/22, Award (July 24, 2008), para. 489.

⁴ *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, para. 270.

ацию или меры, равные по последствиям экспроприации»¹ в значении соответствующего двустороннего инвестиционного соглашения.

Аналогичным образом в решении по делу *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan* отмечалось, что нарушение двустороннего инвестиционного соглашения отличается от нарушения договора: арбитражный трибунал должен установить состав нарушения, по своей природе отличающегося от простого нарушения договора, другими словами, такое нарушение, которое государство совершает в процессе осуществления суверенной власти. По мнению рассматривавшего данное дело трибунала, подобный взгляд согласуется с целым рядом дел, включая *RFCC v. Kingdom of Morocco*², *Waste Management*³, *Impreglio v. Islamic Republic of Pakistan*⁴ и *Duke Energy v. Republic of Ecuador*⁵, хотя другие трибуналы оказались менее требовательными⁶.

Примерами нарушений договора, которые могут влечь за собой международно-правовую ответственность государства, являются «явное и дискриминационное отступление» от права, регулирующего договор, или «необоснованное отступление от принципов, признаваемых основными мировыми правовыми системами»⁷. Так, государство может нести международно-правовую ответственность, когда оно преждевременно прекращает договор и когда такое прекращение осуществляется «путем осуществления суверенной власти вместо осуществления права по договору»⁸. Государство может также нести международно-правовую ответственность за нарушение договора в тех случаях, когда оно делает бесполезным механизм разрешения споров, возникающих из договора, оставляя иностранного инвестора без воз-

¹ *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, para. 274.

² *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case № ARB/00/6, Award (December 22, 2003), para. 48.

³ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case № ARB (AF)/00/3, Award (April 30, 2004), para. 115.

⁴ *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, paras. 266—270.

⁵ *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Republic of Ecuador*, ICSID Case № ARB/04/19, Award (August 18, 2008), para. 345.

⁶ См., например: *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/03/29, Award (August 24, 2009), para. 180.

⁷ *Alexandrov S. Breach of Treaty Claims and Breach of Contract Claims: Is It Still Unknown Territory? // Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues / K. Yannaca-Small (ed.). — Oxford University Press, 2010. P. 336.*

⁸ *Ibidem*.

возможности использовать договорные средства правовой защиты для восстановления нарушенных прав¹.

Наличие возможной ответственности государства в подобных случаях было признано арбитражными трибуналами в решении по делу *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*² и в решении по делу *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*³, отметившими, что требование о нарушении двустороннего инвестиционного соглашения может быть заявлено, если иностранный инвестор был лишен возможности разрешить возникший спор в рамках предусмотренной договором процедуры. Аналогичным образом в деле *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* арбитражный трибунал пришел к заключению, что наличие и действенность механизма разрешения споров, предусмотренного договором, имеют решающее значение при установлении того, являются ли те или иные действия нарушением положений двустороннего инвестиционного соглашения⁴.

Вышесказанное позволяет сделать вывод о том, что для возложения на государство международно-правовой ответственности за нарушение договора консорциума, совершенного государственным участником, требуется, чтобы поведение участника выходило за рамки возможного поведения рядового контрагента по договору и результатом такого поведения являлось нарушение одного из материально-правовых стандартов двустороннего инвестиционного соглашения. К числу подобных стандартов, нарушение которых наиболее вероятно в случае нарушения договора международного консорциума, относятся, в частности, требование о предоставлении справедливого и равноправного режима⁵, недопущение национализации, экспроприации и мер, равных им по последствиям, за исключением случаев, когда такие

¹ *Alexandrov S.* Op. cit.

² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction (August 6, 2003), para. 172.

³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case № ARB/02/6, Decision on Objections to Jurisdiction (January 29, 2004), paras. 154–155, 170.

⁴ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case № ARB(AF)/00/3, Award (April 30, 2004), paras. 115, 175 (<http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0900.pdf>).

⁵ См, например, ст. 3(1) Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 26 августа 1996 г. (Бюллетень международных договоров. 1996. № 6. Ст. 37), ст. 2(2) Соглашения между Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 апреля 1989 г. (<http://treaties.fco.gov.uk/docs/pdf/1992/TS0003.pdf>).

меры принимаются в общественных интересах, не являются дискриминационными и сопровождаются выплатой быстрой, адекватной и эффективной компенсации¹, а также требование обеспечения полной защиты и безопасности капиталовложениям инвесторов одной из Договаривающихся Сторон на территории другой Договаривающейся Стороны².

5. Влияние «зонтичной» оговорки на ответственность государства за нарушение договора

«Зонтичную» оговорку» (umbrella clause) можно определить как положение двустороннего инвестиционного соглашения, в соответствии с которым принимающее государство гарантирует исполнение определенных обязательств по договорам, заключенным им с инвесторами другого договаривающегося государства, или принятых им на себя иным образом, помещая тем самым эти обязательства под защитный «зонтик» инвестиционного соглашения³. Данные положения по сути предусматривают ответственность, которая наступает на основании двустороннего инвестиционного соглашения в случае несоблюдения договоров или других обязательств принимающего государства. Таким образом, нарушение обычного договорного обязательства становится нарушением инвестиционного соглашения⁴.

¹ Статья 4(1) Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений, ст. 5 Соглашения между Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

² Статья 2(2) Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений, ст. 2(2) Соглашение между Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

³ См, например: *Dolzer R., Schreuer C.* Op. cit. P. 166—167; *McLachlan C., Shore L., Weiniger M.* International Investment Arbitration: Substantive Principles. — Oxford University Press, 2007. P. 92—93; *Sinclair A. C.* The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // *Arbitration International*. 2004. Vol. 20. № 4. P. 411—413; *Yannaca-Small K.* What About This “Umbrella Clause”? // *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* / K. Yannaca-Small (ed.). P. 479—480.

⁴ *Alexandrov S.* Op. cit. P. 555, 566—569; *Schreuer C.* Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clause and Forks in the Road // *Journal of World Investment and Trade*. 2004. Vol. 5. № 2. P. 250 (доступно в Интернете по адресу: www.univie.ac.at/intlaw/pdf/68.pdf).

Анализ текстов двусторонних инвестиционных соглашений показывает, что конкретные формулировки «зонтичных» оговорок могут значительно различаться¹. В одних соглашениях каждая из Договаривающихся Сторон обязуется «соблюдать любое обязательство, которое она возьмет на себя в отношении капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны»². В других соглашениях может использоваться более широкая (и, соответственно, менее четкая) формулировка, согласно которой Договаривающаяся Сторона обязуется «постоянно гарантировать соблюдение обязательств, которые она возьмет на себя в отношении капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны»³.

В тех случаях, когда в «зонтичной» оговорке идет речь о соблюдении обязательств Договаривающейся Стороны, которые «она» возьмет на себя, в арбитражной практике возник вопрос о том, может ли такая оговорка применяться к договорам, заключенным между иностранным инвестором, но не самим государством, а его территориальной единицей или государственным предприятием⁴. Мнения арбитражных трибуналов по данному вопросу значительно разделились. Так, с одной стороны, в решении по делу *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* арбитражный трибунал пришел к выводу о том, что два контракта, заключенных между договорным совместным предприятием по швейцарскому праву и Администрацией развития воды и энергии Пакистана (Pakistan Water and Power Development Authority), представляющей собой самостоятельное лицо, не охватывалось действием «зонтичной» оговорки⁵.

Аналогичное по смыслу решение было вынесено в деле *Limited Liability Company Amtov. Ukraine*, в котором арбитражный трибунал не признал действия «зонтичной» оговорки в отношении договора, заключенного с компанией

¹ *Hobér K.* Op. cit. P. 575—576; *Yannaca-Small K.* Op. cit. P. 483—485.

² Статья 2(4) Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений, ст. 2(2) Соглашения между Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Правительством Союза Советских Социалистических Республик о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

³ Статья 11 Соглашения между Швейцарской Конфедерацией и Исламской Республикой Пакистан о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 11 июля 1995 г. (Accord entre la Confédération Suisse et la République islamique du Pakistan concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, du 11 juillet 1995) (www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19983263/index.html).

⁴ *Dolzer R., Schreuer C.* Op. cit. P. 175; *Gallus N.* An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract // *Arbitration International*. 2008. Vol. 24. № 1. P. 157.

⁵ *Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, para. 223.

«Энергоатом», поскольку эта компания являлась самостоятельным юридическим лицом, созданным по законодательству Украины¹. Аргументируя свое решение, трибунал отметил, что «зонтичная» оговорка Договора к энергетической хартии (далее — ДЭХ) имеет широкое действие в том, что она налагает на Договаривающиеся Стороны обязательство «соблюдать все обязательства, которые она приняла в отношении Инвестора или Инвестиции Инвестора другой Договаривающейся Стороны». Это означает, что ДЭХ налагает обязательства не только в отношении инвесторов, что является обычным в контексте инвестиционного соглашения, но также в отношении дочерней компании, учрежденной в принимающем государстве. Тем самым, обязательство Украины договорного характера в отношении украинской компании, доля в которой принадлежала иностранному инвестору, может повлечь за собой применение «зонтичной» оговорки. Тем не менее в рассматриваемом случае договорные обязательства были приняты на себя самостоятельным юридическим лицом, ввиду чего «зонтичная» оговорка не имеет прямого применения².

С другой стороны, в целом ряде решений арбитражные трибуналы пришли к выводу о распространении «зонтичной» оговорки на договоры, заключенные иностранным инвестором с органами государства, такими как Государственное казначейство Польши³, Фонд государственной собственности Румынии⁴, а также с государственной компанией «Латвэнерго»⁵. В частности, как было отмечено арбитражным трибуналом в решении по делу *Noble Ventures Inc. v. Republic of Romania*, хотя положения двусторонних инвестиционных соглашений не могут истолковываться исключительно в пользу инвесторов, анализ текста ст. II(2)(с) двустороннего инвестиционного Соглашения между США и Румынией позволял признать эту норму действительной «зонтичной» оговоркой⁶. Проанализировав, далее, формулировку ст. II(2)(с) с точки зрения наме-

¹ *Limited Liability Company Amt v. Ukraine*, para. 110.

² *Ibidem*.

³ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Ad Hoc Arbitration, Partial Award (August 19, 2005), paras. 244—260 (http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf).

⁴ *Noble Ventures Inc. v. Republic of Romania*, ICSID Case № ARB/01/11, Award (October 12, 2005), para. 85.

⁵ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, para. 4.2; см. также: *Hobér K. Op. cit.* P. 575—582.

⁶ *Noble Ventures Inc. v. Republic of Romania*, para. 52. Статья II(2)(с) Соглашения предусматривает, что «[к]аждая из Сторон обязуется соблюдать любые обязательства, которые она приняла в отношении инвестиций» (“Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”) (см.: Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Romania Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, dated May 28, 1992 (www.state.gov/documents/organization/43584.pdf)).

рений Договаривающихся Сторон, арбитражный трибунал пришел к выводу, что, включая данное положение в текст инвестиционного соглашения, они имели целью приравнять договорные обязательства, регулируемые внутренним правом («муниципальным правом»), к обязательствам по международному договору, предусмотренным в двустороннем соглашении¹. Данные обстоятельства позволили арбитражному трибуналу рассматривать требования истца о нарушении договора в свете того, что любое такое нарушение представляет собой нарушение двустороннего инвестиционного соглашения².

Отсутствие единообразия практики арбитражных трибуналов по данному вопросу должно быть принято во внимание иностранными инвесторами, рассматривающими возможность создания международного консорциума с государственным участником. Если соглашение о защите капиталовложений, заключенное между странами иностранного участника и государственного участника, не содержит «зонтичной» оговорки или же арбитражные трибуналы в прошлом не распространяли ее действие на договоры, заключенные с государственными предприятиями, иностранному участнику целесообразно осуществлять свое вложение в консорциум через промежуточную компанию, созданную в стране, обладающей более «благоприятным» соглашением со страной государственного участника, включая более благоприятную «зонтичную» оговорку.

6. Разграничение между требованиями о нарушении договора о совместном предприятии и требованиями о нарушении двустороннего инвестиционного соглашения

В случае отсутствия или неудовлетворительности «зонтичной» оговорки в двустороннем инвестиционном соглашении далеко не каждое нарушение договора о совместном предприятии его государственным участником может влечь за собой ответственность государства. Именно поэтому, оказавшись в подобной ситуации, иностранные участники могут столкнуться с необходимостью разграничения между требованиями договора о совместном предприятии и требованиями о нарушении двустороннего инвестиционного соглашения. Данный вопрос неоднократно являлся предметом рассмотрения арбитражными трибуналами под эгидой МЦУИС³. Так, в решении

¹ *Noble Ventures Inc. v. Republic of Romania*, para. 61.

² *Ibid.*, para. 62.

³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, ICSID Case № ARB/97/3, Decision on Annulment (October 3, 2001),

Комитета *ad hoc* по делу *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, по-прежнему признаваемого в качестве наиболее авторитетного по данной проблематике¹, отмечалось, что государство может нарушать международное соглашение, не нарушая договора, и наоборот, и это правило было полностью применимо к рассматриваемым положениям двустороннего инвестиционного соглашения между Аргентиной и Францией². Как было отмечено Комитетом *ad hoc* далее, вопросы о том, имело ли место нарушение соглашения о взаимной защите капиталовложений и имело ли место нарушение договора, представляют собой два самостоятельных вопроса. Каждое из этих требований должно рассматриваться на основании своего собственного применимого права. В случае соглашения о взаимной защите капиталовложений таким правом является международное право, в то время как в случае концессионного договора — право, применимое к договору, иными словами, право аргентинской провинции Тукуман³.

В свете данного решения требование иностранного участника о нарушении договора консорциума государственным участником и его требования о нарушении взаимного инвестиционного соглашения государством имеют самостоятельные основания. Из этого следует, что отсутствие нарушения договора консорциума государственным участником само по себе не лишает его иностранного участника права на предъявление отдельного требования к государству о нарушении двустороннего инвестиционного соглашения на самостоятельных основаниях, не связанных с исполнением договора консорциума⁴.

paras. 95—96; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case № ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction (August 6, 2003), paras. 146—148; *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case № ARB/01/02, Decision on Jurisdiction (December 8, 2003), paras. 75—85.

¹ *Crawford J. Treaty and Contract in Investment Arbitration // Arbitration International. 2008. Vol. 24. № 3. P. 351, 358.*

² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic*, paras. 95—96.

³ *Ibidem.*

⁴ *McLachlan C., Shore L., Weiniger M. Op. cit. P. 127.*

7. Возможность предъявления «параллельных» исков к государству и государственному участнику с точки зрения принципа *res judicata*

Международный консорциум с государственным участием может рассматриваться в качестве организационно-правовой формы, обладающей изначальной «предрасположенностью» к порождению множественных разбирательств, основанных на одних и тех же фактических обстоятельствах и проходящих параллельно друг другу. Как и в случае с международной инвестиционной деятельностью в целом, причины подобной «предрасположенности» консорциума включают в себя множественность участников, которые могут быть вовлечены в спор со стороны принимающего государства (государственное предприятие и само государство), множественность возможных оснований для требований иностранного участника (нарушение договора консорциума и нарушение двустороннего или многостороннего инвестиционного соглашения), а также множественность возможных процедур разрешения возникшего спора (процедура, предусмотренная в договоре консорциума, и процедура, предусмотренная в инвестиционном соглашении)¹. Наличие данных факторов позволяет иностранному участнику международного консорциума, столкнувшемуся с нарушением своих прав, одновременно предъявить «параллельные» иски: иск о нарушении договора к государственному участнику консорциума, а также иск о нарушении двустороннего инвестиционного соглашения к принимающему государству.

Одним из традиционных механизмов предотвращения «параллельных» разбирательств в международном коммерческом арбитраже является применение принципа *res judicata*², который близок к российской концепции преюдициальной силы судебного решения. Согласно данному принципу, вынесенное ранее окончательное судебное или арбитражное решение явля-

¹ См., например: *Kaufmann-Kohler G.* Multiple Proceedings — New Challenges for the Settlement of Investment Disputes // Contemporary issues in international arbitration and mediation: the Fordham papers 2013 / A.W. Rovine (ed.). — Brill, 2015. P. 4; *Wehland H.* The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration. — Oxford University Press, 2013. P. 17; *Yannaca-Small K.* Parallel Proceedings // The Oxford Handbook of International Investment Law / P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreurer (eds.). P. 1010—1013.

² См., например: *Galagher N.* Parallel Proceedings, *Res Judicata* and *Lis Pendens*: Problems and Possible Solutions // Pervasive Problems in International Arbitration / L.A. Mistelis, J.D.M. Lew (eds.). — Kluwer Law International, 2006. P. 335; *Radicati di Brozolo L.G.* Res Judicata // Post Award Issues (= ASA Special Series № 38) / P. Tercier (ed.). — Juris Pub., 2011. P. 127—129; *Shell G.R.* Res Judicata and Collateral Estoppel Effects of Commercial Arbitration // UCLA Law Review. 1998. Vol. 35. № 4. P. 639—647.

ется определяющим в последующем разбирательстве по тому же предмету или требованиям, тем же правовым основаниям и между теми же сторонами (так называемые критерии «тройной идентичности»)¹. Появление данного принципа является отражением стремления к процессуальной экономии, направленного на исключение повторного рассмотрения дел, которые уже были решены, и служит цели обеспечения правовой стабильности путем предотвращения возможности вынесения противоречащих друг другу решений по одному и тому же делу².

Несмотря на то что данный принцип применяется в области международного инвестиционного арбитража³, в случае предъявления иностранным участником консорциума двух «параллельных» исков к государственному участнику и к государству стороны данных исков, а также их правовые основания будут различаться. Ввиду отсутствия двух из трех элементов теста «тройной идентичности» возможная ссылка ответчика на принцип *res judicata* в подобных случаях может оказаться затруднительной. Вместе с тем невозможность применения данного принципа не означает, что иностранный участник международного консорциума может претендовать на повторное возмещение понесенных им убытков государством, если он уже получил их возмещение по договорному требованию в рамках процедуры самостоятельного арбитражного разбирательства с государственным участником. Возможными возражениями против требований о таком возмещении, которые может заявить государство (или государственный участник, если первым было вынесено решение по инвестиционному спору), могут являться общий запрет на злоупотребления процессуальными правами⁴, а также принцип недопущения неосновательного обогащения⁵.

¹ *Wehland H.* Op. cit. P. 182—193; *Yannaca-Small K.* Parallel Proceedings. P. 1014.

² *Ibidem.*

³ *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ISCID Case № ARB (AF)/00/3, Decision on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings (June 26, 2002), para. 39 (www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0898.pdf).

⁴ См, например: *Wehland H.* Op. cit. P. 218—226.

⁵ См, например: *Visser D.* Unjustified Enrichment in Comparative Perspective // *Oxford Handbook of Comparative Law* / M. Reimann, R. Zimmermann (eds.). — Oxford University Press, 2006. P. 969 ff.

8. Возможные действия иностранного участника международного консорциума при нарушении договора государственным участником

Столкнувшись с нарушением своих прав, иностранный участник международного консорциума может начать процесс выбора надлежащего способа их защиты с установления возможности присвоения поведения государственного участника консорциума государству на основании Правил об ответственности государства, в частности ст. 8¹. При положительном ответе на данный вопрос следующим шагом будет выяснение того, имело ли место нарушение договора консорциума. В свете решения Комитета *ad hoc* по делу *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic* установление случая нарушения договора консорциума должно производиться на основании права, регулирующего договор консорциума.

В случае, когда иностранный участник придет к выводу о наличии такого нарушения, следующим этапом будет определение того, охватывается ли договор консорциума действием «зонтичной» оговорки, содержащейся в двустороннем инвестиционном соглашении между странами иностранного участника и государственного участника. Если данный договор охватывается действием «зонтичной» оговорки, иностранному участнику целесообразно рассмотреть вопрос о предъявлении иска к государству о нарушении инвестиционного соглашения. Напротив, если договор консорциума не охватывается действием «зонтичной» оговорки, иностранному участнику следует выяснить, является ли нарушение результатом поведения, выходящего за рамки поведения рядового контрагента по договору.

При наличии положительного ответа на данный вопрос иностранному участнику следует изучить возможность предъявления к государству иска о нарушении двустороннего или многостороннего инвестиционного соглашения. Если же поведение государственного участника не выходит за рамки возможного поведения рядового контрагента по договору, иностранному участнику следует рассмотреть вопрос о предъявлении иска непосредственно к государственному участнику в соответствии с процедурой разрешения споров, предусмотренной в договоре консорциума.

Наконец, при невозможности присвоения поведения государственного участника консорциума государству на основании Правил об ответственности государства иностранному участнику следует рассмотреть вопрос о предъявлении иска непосредственно к государственному участ-

¹ «Поведение под руководством или контролем государства».

Ответственность государства за действия участника международного консорциума

нику о нарушении договора консорциума в соответствии с процедурой разрешения споров, предусмотренной в данном договоре. Одновременно он может рассмотреть возможность предъявления иска к государству о нарушении инвестиционного соглашения, не связанного с нарушением договора консорциума.

9. Заключение

Создание международного консорциума с государственным участником требует от его иностранных участников глубокой предварительной проработки вопросов защиты своих прав в случае нарушения договора консорциума. Вопросы, на которые следует обратить самое пристальное внимание еще на подготовительном этапе, включают в себя сбор информации и анализ законодательства страны государственного участника, определяющего его правовое положение с точки зрения возможности применения Правил об ответственности государства. Другим вопросом, на который следует обратить особое внимание, является определение возможности применения к договору консорциума «зонтичной» оговорки, содержащейся в двустороннем инвестиционном соглашении между странами иностранного и государственного участников. В случае невозможности такого применения иностранному участнику целесообразно рассмотреть вопрос об инвестировании в проект через промежуточную компанию, создаваемую в стране с более благоприятным соглашением о защите капиталовложений.

ПЛАНИРОВАНИЕ НАЦИОНАЛЬНОСТИ ИНВЕСТОРА: ВОССТАНОВЛЕНИЕ БАЛАНСА МЕЖДУ ПРАВАМИ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТОРОВ И НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ

Е.В. Плохенко,

д.ю.н. (США), адвокат (штат Нью-Йорк),
юрист фирмы «King & Spalding» (Paris)

В данной статье автор пытается найти баланс между интересами суверенных государств и иностранных инвесторов, вовлеченных в практику планирования национальности или поиска выгодного международного договора. В решениях инвестиционных арбитражей и научной литературе было предпринято множество попыток определить границу между разрешительным планированием национальности и запрещенным поиском выгодного договора. Автор анализирует эти точки зрения и предлагает свой подход к определению данной границы. Более того, в статье подробно рассматриваются возможности, которые государства могут использовать для ограничения доступа нежелательным инвесторам к своим инвестиционным соглашениям.

1. Введение

В данной статье будет рассмотрена проблема, которая в зарубежной литературе получила наименование «*treaty shopping*» и которая заключается в том, что иностранный инвестор организует либо изменяет корпоративную структуру владения своей инвестицией таким образом, который позволяет получить доступ к преимуществам и гарантиям определенного многостороннего инвестиционного договора (далее — МИС) или двустороннего инвестиционного договора (далее — ДИС)¹. В русскоязычной

¹ Schreuer C. Nationality Planning // Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2013 / A.W. Rovine (ed.). — Brill, 2013. P. 18.

литературе единообразного перевода данного термина не существует; мы будем использовать для перевода термины «покупка национальности» или «поиск выгодного договора».

На сегодняшний день проблема поиска выгодного международного договора приобрела значительные масштабы. Несмотря на то что по большей части эта практика позволена и даже одобрена, сложности возникают на нескольких уровнях — от того, в какой форме была проведена корпоративная реорганизация и когда по времени это произошло, до нежелания государств предоставлять защиту и гарантии, предусмотренные в международных договорах. В частности, государства не хотят предоставлять защиту инвесторам которые не осуществляют существенной экономической активности на территории государства своего учреждения, или инвесторам, которые находятся под контролем лиц (организаций) третьих государств. Невозможно отрицать, что хорошо продуманное планирование корпоративной структуры владения инвестицией помогает иностранным инвесторам получить защиту и привилегии, а также подтолкнуть их лучше ознакомиться с существующими международными инвестиционными договорами. Несколько арбитражных трибуналов и ученых отметили, что национальное планирование в допустимой форме является положительным и мудрым шагом со стороны иностранного инвестора. Каждый инвестор имеет полное право сделать все от него зависящее для того, чтобы защитить свои инвестиции. С другой стороны, государства также должны иметь возможность защитить себя от инвесторов, которые пытаются получить доступ к более выгодному форуму или привилегиям инвестиционных договоров посредством реструктуризации своих инвестиций, несмотря на то что у них нет настоящей экономической связи с государством их инкорпорации или они не проводят в нем существенной экономической деятельности. Одной из основных проблем, вызванных подобной реструктуризацией, является отсутствие «взаимности»¹. Часто государства обвиняют иностранных инвесторов, получивших доступ к защите и привилегиям международного соглашения через поиск выгодного международного договора, в злоупотреблении правом. В решениях инвестиционных арбитражей и научной литературе все еще нет согласия по вопросу о том, когда допустимое планирование национальности заканчивается и начинается запрещенная покупка национальности и где стоит провести разделительную линию.

¹ «Взаимность» предполагает, что все государства — участники инвестиционного договора обязуются предоставлять привилегии и определенный уровень защиты лишь в случае, если такие же привилегии и защиты предоставляются их инвесторам другим государством — участником международного договора.

В данной статье мы попытаемся ответить на эти вопросы и найти точку равновесия между интересами обеих сторон. Для начала необходимо определить границу, разделяющую допустимый и недопустимый поиск выгодного международного договора, так же как и факторы и критерии, которые позволят определить, перешел иностранный инвестор эту границу или нет в каждом отдельном случае. Затем стоит взглянуть на различные способы, которыми государства могут воспользоваться, чтобы защитить себя от нежелательной практики покупки национальности. Одним из таких способов является включение определенных критериев, несоблюдение которых выводит иностранного инвестора из зоны действия и защиты международного инвестиционного договора. Другим, возможно, важнейшим способом является толкование инвестиционного соглашения, а точнее, определений основных терминов, используемых в нем. После рассмотрения вышеприведенных проблем и вопросов мы предложим решение, позволяющее найти «золотую середину» в практике планирования национальности, которая позволит установить баланс между иностранными инвесторами и независимыми государствами и предоставить желаемые права и защиты и тем, и другим.

2. Планирование национальности

2.1. Понятие национальности в инвестиционном арбитраже

Основной целью заключения международных инвестиционных соглашений являются поощрение и защита иностранных инвестиций. Такие соглашения предоставляют инвесторам, попадающим в сферу их действия, определенный набор гарантий, среди которых особо следует выделить гарантию разрешения инвестиционного спора посредством международного арбитража. По общему правилу гарантии инвестиционного договора будут распространяться только на физических и юридических лиц, обладающих гражданством государства — участника договора¹. Национальность инвестора будет иметь значение как при решении вопроса о том, распространяются ли на него закрепленные в соглашении гарантии, так и при установлении компетенции арбитров в разрешении спора.

Если инвестор хочет, чтобы его инвестиционный спор с принимающим государством рассматривался в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (далее — МЦУИС), то такой инвестор должен удовлетворять требованиям, предъявляемым к инвестору как в самой

¹ *Schreuer C. Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests // ICSID Review — Foreign Investment Law. 2009. Vol. 24. Issue 2. P. 521 (доступно в Интернете по адресу: www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/nationality_investors.pdf).*

Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) (далее — Вашингтонская конвенция), так и в соответствующем ДИС¹. Статья 25 Вашингтонской конвенции в соответствующей части предусматривает, что юрисдикция МЦУИС распространяется на все непосредственно связанные с инвестициями правовые споры между договаривающимся государством и физическим или юридическим лицом другого договаривающегося государства. Термин «юридическое лицо другого договаривающегося государства» означает любое юридическое лицо, которое имело национальность иного договаривающегося государства, нежели государство, являющееся стороной в споре, на день, когда стороны согласились передать такой спор на примирение или в арбитраж, и любое юридическое лицо, которое имело национальность договаривающегося государства, являющегося стороной в споре, если в силу контроля, осуществляемого иностранными лицами в отношении такого юридического лица, стороны договорились рассматривать такое юридическое лицо как лицо другого договаривающегося государства для целей Вашингтонской конвенции².

Важно отметить, что, несмотря на то что инвестиционные соглашения регулируются международным правом, арбитражные трибуналы обращаются к внутреннему праву государства, принадлежности к которому требует инвестор, для того, чтобы определить его национальность³. Инвесторами в международных соглашениях обычно могут выступать как физические, так и юридические лица. В отношении физических лиц требование о национальности обычно удовлетворяется наличием у них гражданства договаривающегося государства, не являющегося государством-реципиентом⁴.

Например, в деле *Soufraki v. UAE*⁵ трибунал рассмотрел вопрос гражданства истца, пытающегося передать в международный арбитраж спор, возникший на

¹ См.: *Douglas Z.* The International Law of Investment Claims. — Cambridge University Press, 2012. P. 530; см. также: *Sinclair A.* The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration // ICSID Review — Foreign Investment Law. 2005. Vol. 20. Issue 2. P. 358.

² *Шестяков П.* Понятие национальности инвестора в международном инвестиционном праве // *Legea Și Viața*. 2014. Dec. P. 151 (доступно в Интернете по адресу: www.legeasiviata.in.ua/archive/2014/12-2/37.pdf).

³ *Wisner R., Gallus N.* Nationality Requirements in Investor-State Arbitration // *The Journal of World Investment & Trade*. 2004. Vol. 5. P. 927 (доступно в Интернете по адресу: www.biicl.org/files/956_jwit56_wisner_&_gallus_-_nationality.pdf).

⁴ *Yannaca-Small C.* Chapter 1. Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements // *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD, 2008. P. 10 (доступно в Интернете по адресу: www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf).

⁵ *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case № ARB/02/07, Award (July 7, 2004).

основании заключенного господином Суфраки концессионного соглашения с одним из государственных органов Дубая. Несмотря на то что в соглашении было указано, что господин Суфраки является гражданином Канады, в просьбе об арбитраже он ссылаясь на наличие у него итальянского гражданства и основывал свои исковые требования на положениях ДИС между Италией и Объединенными Арабскими Эмиратами (ОАЭ). Ответчик оспорил компетенцию арбитражного трибунала решать данный инвестиционный спор, указав на то, что истец в соответствии с итальянским законодательством потерял итальянское гражданство, когда приобрел постоянное место жительства в Канаде и канадское гражданство. У истца была возможность возобновить свое итальянское гражданство, но он ей не воспользовался, так как вовремя не осуществил определенных действий, требуемых итальянским законодательством для сохранения гражданства страны. Трибунал обратил внимание на то, что компетентные органы Италии упустили этот факт, предоставив господину Суфраки документы, подтверждающие наличие у него итальянского гражданства. Руководствуясь принципом «компетенции-компетенции» трибунал не принял эти документы и рассмотрел вопрос гражданства истца самостоятельно. В итоге, детально проанализировав все фактические обстоятельства и положения итальянского законодательства, состав арбитража пришел к выводу об отсутствии у господина Суфраки итальянского гражданства, а у состава арбитража — компетенции на разрешение спора.

Определение национальности является более сложным для юридического лица, нежели для физического, так как организационно-правовые формы могут значительно различаться. Для определения национальности юридического лица международные инвестиционные соглашения чаще всего используют четыре критерия¹:

1) критерий инкорпорации, согласно которому национальность юридического лица определяется в зависимости от того, на территории и в соответствии с законодательством какого государства оно учреждено². Этот критерий очень часто применяется в МИС и ДИС³;

¹ *Новикова Т.В.* Планирование национальности юридического лица в международном инвестиционном праве // Теория и практика общественного развития. 2013. № 3 (доступно в Интернете по адресу: <http://cyberleninka.ru/article/n/planirovanie-natsionalnosti-yuridicheskogo-litsa-v-mezhdunarodnom-investitsionnom-prave.pdf>).

² *Thorn R., Doucleff J.* Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of “Investor” // *The Backlash Against Investment Treaty Arbitration: Perceptions and Reality* / M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin (eds.). — Kluwer Law International, 2010. P. 5.

³ См. ст. 1.7 Договора к энергетической хартии (ДЭХ), ст. 1.2 ДИС между Литвой и Украиной, ст. 1 ДИС между Нидерландами и Чешской Республикой.

2) критерий места нахождения административного (управляющего) центра, согласно которому национальность юридического лица определяется в зависимости от того, в каком государстве находится его орган управления, также достаточно распространен¹;

3) критерий контроля, согласно которому национальность юридического лица определяется в зависимости от национальности его акционеров, участников или других лиц, прямо или косвенно контролирующих деятельность юридического лица²;

4) критерий места осуществления экономической деятельности, согласно которому для подтверждения своей национальности юридическое лицо должно осуществлять реальную экономическую деятельность на территории государства своей национальности³.

Приведенные критерии используются в международных инвестиционных соглашениях в различных комбинациях. Одни ДИС ограничиваются критерием инкорпорации, в то время как другие используют комбинацию различных критериев⁴.

Таким образом, в международной инвестиционной практике некоторые МИС и ДИС полагаются на широкое определение инвестора, используя лишь критерий инкорпорации, в то время как другие полагаются на более узкое определение инвестора, используя не только критерий инкорпорации, но и критерий контроля или другой дополнительный критерий⁵.

2.2. «Поиск выгодного международного договора» в международном инвестиционном арбитраже

Термины «покупка национальности» или «поиск выгодного договора» относятся к тем ситуациям, где иностранный инвестор организует либо реорганизует свои инвестиции для достижения наибольшей защиты существующих МИС или ДИС⁶. Таким образом, инвестор целенаправленно «планирует» свою национальность посредством учреждения компании в государстве,

¹ *Thorn R., Doucleff J.* Op. cit. P. 6 (см. ст. 1 ДИС между Германией и Индией, ст. 1(b) ДИС между Испанией и Албанией).

² *Ibid.* P. 7 (см. ст. 1(b) ДИС между Нидерландами и Грузией, ст. II(3) ДИС между Италией и Филиппинами).

³ *Шестаков П.* Указ. соч. (см. ст. 1(3)(b) ДИС между Грецией и Алжиром).

⁴ См: ст. 1(b) ДИС между Нидерландами и Боливией.

⁵ *Thorn R., Doucleff J.* Op. cit. P. 7.

⁶ *Schreuer C.* Nationality Planning. P. 18.

имеющем благоприятное инвестиционное соглашение с государством реализации инвестиционного проекта, либо реорганизует уже имеющуюся инвестицию через сеть компаний, созданных или зарегистрированных в стране с таким благоприятным ДИС, либо даже уступает права компании, зарегистрированной в более выгодной юрисдикции (цессия прав)¹.

Сейчас практика поиска выгодного договора является достаточно популярной, и все больше инвесторов используют ее, когда инвестируют в иностранные государства. Как арбитражные трибуналы, так и ученые отмечают, что эта практика сама по себе не является незаконной либо неэтичной². Более того, часто она видится как мудрое экономическое решение со стороны инвестора. Профессор Шреер отметил, что национальное планирование настолько же стало признаком продуманного управления бизнесом, насколько и планирование налогооблагаемости³. Трибунал в деле *HICEE v. Slovakia* отметил, что структурированные инвестиции получили широкое распространение и их целью является получение наибольших привилегий от государства места инкорпорации или реализации⁴.

В то же время государства не считают планирование национальности желательным по вполне понятным причинам: целью ДИС является не только позиционирование государства как благоприятного и притягательного форума для иностранных инвестиций, но и получение выгод двустороннего обязательства, ведь инвесторы обоих государств получают одинаковые права и гарантии. Идея того, что государство будет вынуждено предоставить гарантии ДИС инвестору из третьего государства, не является привлекательной, так как корреспондирующих обязательств и гарантий со стороны государства инвестора в данном сценарии может не существовать.

Кроме того, государства также недовольны ситуациями, где их «внутренний» инвестор учреждает компанию в иностранном государстве и инвестирует свой капитал обратно в свое государство в качестве иностранного капитала, подпадающего под защиту ДИС или МИС, заключенных между

¹ См.: *Os R. van, Knotnerus R.* Dutch Bilateral Investment Treaties: A gateway to “treaty shopping” for investment protection by multinational companies. — Somo, 2011. P. 9 (доступно в Интернете по адресу: http://papers.ssrn.com/abstract_id=1974431); *Nikièma S.H.* Best Practices: Definition of Investor. International Institute for Sustainable Development, 2012. P. 3 (доступно в Интернете по адресу: www.iisd.org/pdf/2012/best_practices_definition_of_investor.pdf).

² *Ibid.* P. 14; *Schreuer C.* Nationality Planning. P. 19.

³ *Schreuer C.* Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests. P. 524.

⁴ *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case № 2009-11, Partial Award (May 23, 2011), para. 103.

государством учреждения компании и государством реализации инвестиционного проекта¹.

Сторонники практики поиска выгодного договора часто отмечают, что инвестиционные соглашения основаны на добровольном отказе государства от части своей независимости в обмен на получение дополнительного капитала в экономику страны², из чего делается вывод, что государствам должно быть безразлично место происхождения иностранного капитала или то, насколько близкую связь инвестор поддерживает с государством, национальность которого он себе присваивает³. С этой точки зрения практика поиска выгодного договора полностью законна и этична, и нет никаких причин для инвестора не воспользоваться ею.

В то же время оппоненты планирования национальности утверждают, что инвестор без каких-либо основательных связей с государством — участником ДИС получает гарантии, привилегии и защиту, предоставленные данным ДИС, в то время как государство инвестора, возможно, не желает предоставить аналогичные права инвесторам государства реализации⁴. Более того, было отмечено, что государства, граждане которых могут легко получить привилегии ДИС других стран, могут быть менее заинтересованными в том, чтобы подписывать свои собственные ДИС и открывать себя для новых международных обязанностей и юридических рисков⁵.

Большинство арбитражных трибуналов придерживаются мнения, что планирование национальности позволено и даже ожидаемо от иностранного инвестора, хотя некоторые отмечают, что оно нежелательно с точки зрения государств. Например, трибунал в *Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia* продемонстрировал свою поддержку этой практике, отметив, что

«расположение своей деятельности в юрисдикции, которая обладает более благоприятной нормативно-правовой базой, включая материальное право и доступ к защите ДИС, не является чем-то редким или противозаконным»⁶.

¹ Новикова Т.В. Указ. соч.

² Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. 2nd ed. — Oxford University Press, 2012.

³ Os R. van, Knottnerus R. Op. cit. P. 10.

⁴ Ibid. P. 11.

⁵ Thorn R., Doucleff J. Op. cit. P. 20.

⁶ *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondents Objections to Jurisdiction, ICSID Case № ARB/02/3 (October 21, 2005), para. 330.

Трибунал в деле *Soufraki v. UAE* также признал приемлемым планирование национальности, сделав интересный комментарий о том, что если бы истец зарегистрировал компанию на территории Италии для своей инвестиции в ОАЭ, то он бы мог подать иск от лица итальянской компании, полагаясь на указанное им двустороннее соглашение между Италией и ОАЭ¹.

Одним из наиболее известных арбитражных дел в области планирования национальности является дело *Tokios Tokelès v. Ukraine*². Истцом выступала компания, учрежденная в соответствии с законодательством Литвы, но на 99% принадлежащая гражданам Украины. Инвестор заявлял, что Украина нарушила положения ДИС между Литвой и Украиной путем неправомерного давления на издательство через налоговые органы, якобы осуществляемого из-за отдельных публикаций издательства, критикующих власть страны. Украина требовала, чтобы арбитражный трибунал постановил, что у него нет компетенции решать этот спор, поскольку указанная компания не является подлинно литовским юридическим лицом и, соответственно, «иностранным инвестором» согласно условиям ДИС между Литвой и Украиной. Трибунал отказал Украине, подчеркнув, что, согласно вышеназванному договору, инвестор Литвы считается любое юридическое лицо, учрежденное на территории Литвы в соответствии с ее законодательством³. Исходя из текста ДИС, трибунал большинством голосов посчитал, что истец имеет право полагаться на гарантии и защиты литовско-украинского ДИС и, соответственно, трибунал имеет компетенцию разрешить данный спор⁴. Председатель состава арбитража написал особое мнение, где раскритиковал решение большинства касательно компетенции, заявив, что механизм правовой защиты Вашингтонской конвенции не предназначен и не должен использоваться гражданами страны — участницы Вашингтонской конвенции для создания или использования иностранных компаний исключительно с целью избежать юрисдикции национальных судов⁵. Однако он остался в меньшинстве.

Аналогичная позиция была принята арбитрами в деле *Saluka v. Czech Republic*⁶. Трибунал полагался на определение инвестора в ДИС между Чешской

¹ *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case № ARB/02/07, Award (July 7, 2004), para. 83.

² *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case № ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (April 29, 2004).

³ *Ibid.*, para. 29.

⁴ *Ibid.*, para. 38.

⁵ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case № ARB/02/18, Dissenting Opinion (Chairman Prosper Weil) (April 29, 2004), para. 30.

⁶ *Saluka Investment BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (March 17, 2006).

Республикой и Нидерландами, в соответствии с которым учреждения юридического лица согласно законодательству государства-участника было достаточно. На этом основании трибунал признал заявителя инвестором Нидерландов и отклонил возражения ответчика о том, что в действительности заявитель являлся фиктивной компанией, контролируемой владельцами из Японии. Трибунал объяснил свою позицию тем, что он не вправе использовать иные критерии определения инвестора, нежели те, которые они сами согласовали. Трибунал выразил симпатию аргументу о том, что юридическое лицо, которое не имеет реальной связи с государством — участником ДИС и которое в действительности является лишь компанией-«пустышкой», контролируемой другой компанией, учрежденной не в соответствии с законами государства, принимающего инвестиции, не должно иметь права ссылаться на положения этого ДИС¹. Однако трибунал установил, что он не может выходить за пределы однозначного текста ДИС, на основании которого был подан иск².

В вышеупомянутом деле *Aguas del Tunari* истцом была боливийская компания, которая приобрела национальность Люксембурга и на 100% принадлежала цепочке компаний, учрежденных в Нидерландах; при этом конечным бенефициаром всех компаний значилась американская компания «Бетчель». Заявитель приобрел благоприятную национальность посредством корпоративной реорганизации, произведенной во время реализации инвестиционного проекта. Поскольку ДИС между Боливией и Нидерландами определяло инвестора Нидерландов как юридическое лицо, контролируемое прямо или косвенно лицами, имеющими национальную принадлежность Нидерландов, заявитель претендовал на национальность Нидерландов и в соответствии с положениями договора на доступ к МЦУИС. Боливия настаивала на том, что цепочка компаний в Нидерландах не осуществляла реального и эффективного контроля над проектом. В этой связи Боливия требовала, чтобы трибунал признал инвестором компанию, которая осуществляет настоящий контроль, — компанию «Бетчель» из США. Трибунал проанализировал значение фразы «прямо или косвенно контролируется» в ДИС и постановил большинством голосов, что там, где юридическое лицо имеет большую часть акций и обладает большинством голосов, оно контролирует компанию и подпадает под определение инвестора в ДИС³, таким образом, признав инвестором голландские компании.

¹ *Saluka Investment BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, para. 240.

² *Ibid.*, para. 241.

³ *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondents Objections to Jurisdiction, para. 264.

В другом деле — *Rompetrol v. Romania*¹ — трибунал подтвердил, что граждане государства реализации инвестиции могут предъявлять иск к своему государству посредством международного арбитражного разбирательства в тех ситуациях, где инвестиции были сделаны через компанию, зарегистрированную за пределами данного государства². Это еще одно решение, где трибунал полагался на буквальное толкование определения инвестора в ДИС и отказался «вписать» в него дополнительные критерии. Румыния полагалась на особое мнение в деле *Tokios Tokelés*, но трибунал отказался следовать ему и отметил, что оно не нашло широкой поддержки ни в научной и профессиональной литературе, ни в последующих решениях по инвестиционным спорам³.

Наконец, в деле *ADC v. Hungary*⁴ трибунал рассматривал спор между кипрским инвестором и Венгрией по ДИС между этими двумя странами. Несмотря на то что инвестор имел национальность Кипра в соответствии с буквальным толкованием ДИС, Венгрия заявляла, что одним из фундаментальных критериев международного права является наличие «истинной связи» между инвестором и государством его национальности. Ответчик также утверждал, что цель МЦУИС требовала принятия во внимание происхождения капитала при рассмотрении национальности инвестора. Трибунал не согласился с подобными аргументами и решил, что поскольку инвестор удовлетворяет требованиям национальности в ДИС, то он квалифицирован подавать иск трибуналу МЦУИС и искать защиту на основании ДИС между Кипром и Венгрией⁵.

2.3. Границы допустимости поиска выгодного договора

В нескольких случаях трибуналы, рассматривая проблему поиска выгодного договора, определили, что инвесторы перешли границу дозволенного планирования национальности и злоупотребили правом. В этих делах трибуналы отказались рассматривать дела, ссылаясь на отсутствие компетенции, поскольку инвесторы, использующие практику злоупотребления пра-

¹ *Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case № ARB/06/03, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (April 18, 2008).

² См. подробнее: *Peterson L.E.* ICSID Tribunal Dismisses Romania's Objections to Investor's Corporate Structure // Investment Arbitration Reporter. 2008. Vol. 1. № 1.

³ *Rompetrol Group NV v. Romania*, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, para. 85.

⁴ *ADC Affiliate Ltd. and ADC & APMC Mgmt Ltd. v. Hungary*, ICSID Case № ARB/03/16, Award (October 2, 2006).

⁵ *Ibid.*, para. 357.

вом и недобросовестности в попытке получить национальность желаемого форума, не могут получить доступ к международному арбитражу. Прежде чем перейти к рассмотрению вышеупомянутых арбитражных решений, стоит отметить, что как сами трибуналы, так и ученые до сих пор пытаются ответить на вопрос, где заканчивается законное планирование национальности и начинается запрещенный поиск выгодного договора. Четкая разделительная линия была бы очень полезной и помогла бы государствам и иностранным инвесторам лучше осознавать, чего они могут ожидать от практики поиска выгодного договора — в какой форме или до какой степени инвестор может реорганизовать или учредить свою компанию таким образом, чтобы получить доступ к наиболее благоприятному ДИС (МИС) режиму и при этом не злоупотребить правом. Государства в свою очередь будут иметь более объективное представление о том, что можно ожидать от подписания того или иного инвестиционного соглашения, каким образом стоит сформулировать условия инвестиционных соглашений и какие дополнительные способы защиты от нежелательного поиска выгодного договора доступны им.

В деле *Nowa Huta v. Republic of Turkey*¹ польская компания приобрела акции двух турецких компаний за 12 дней до того, как Турция прекратила концессию. Трибунал постановил, что вся сделка была сфабрикована². Трибунал отказался признать свою компетенцию, подчеркнув, что даже если бы сделка имела место, она бы не считалась добросовестной (*bona fide*), а рассматривалась бы лишь как попытка сфабриковать международную юрисдикцию там, где ее нет³. Трибунал отметил, что в принципе поиск выгодного договора позволителен, но в некоторых случаях он используется всего лишь как оболочка, чтобы искусственно превратить внутренний спор в международный. Трибунал провел разделительную линию между дозволенным и запрещенным поиском договора, сказав, что инвестиция, сделанная не с целью вовлечения в экономическую деятельность, а с единственной целью получения доступа к международному форуму, не является добросовестной сделкой и не получает защиту и гарантии инвестиционного договора⁴.

Проблема недобросовестности и злоупотребления правом была также рассмотрена в деле *Phoenix v. Czech Republic*⁵, где трибунал столкнулся с вну-

¹ *Cementownia Cementownia “Nowa Huta” SA v. Republic of Turkey*, ICSID Case № ARB(AF)/06/2, Award (September 17, 2009).

² *Ibid.*, para. 156.

³ *Ibid.*, paras. 156—157.

⁴ *Ibid.*, paras. 154—156.

⁵ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case № ARB/06/05, Award (April 15, 2009).

трисемейной реорганизацией, проведенной в разгар инвестиционного спора с Чехией с целью получения доступа к гарантиям ДИС между Израилем и Чешской Республикой. Чешский инвестор после возникновения спора с Чехией учредил компанию по законам Израиля и включил свои чешские компании в ее состав. Сразу после этого он подал иск в МЦУИС на основе ДИС между Израилем и Чешской Республикой. Трибунал постановил, что у него нет компетенции рассматривать данный спор, и предупредил о необходимости защиты системы МЦУИС от различных злоупотреблений. Трибунал отметил, что инвестор злоупотребил системой МЦУИС, так как реструктуризация произошла после возникновения спора и инвестор подал иск еще до того, как зарегистрировал владение чешскими компаниями за своей израильской корпорацией¹. Трибунал отметил, что

«в целом сделка являлась не экономической инвестицией, основанной на оценке настоящей или будущей стоимости компаний, а... просто перегруппировкой активов внутри семьи, имеющей своей целью получение доступа к форуму МЦУИС, недоступному изначальному инвестору»².

Единственным мотивом к реструктуризации было желание инвестора получить доступ к юрисдикции МЦУИС. Соответственно, это была внутренняя инвестиция, замаскированная под международную. Трибунал постановил, что инвестор пытался злоупотребить процедурой и нарушил фундаментальный принцип добросовестности³.

Вышеприведенные решения демонстрируют осторожное отношение трибуналов к инвестициям, которыми формально владеют иностранные юридические лица, но которые по сути являются не международными, а внутренними. Арбитражные трибуналы должны стоять на страже системы МЦУИС и не допускать к рассмотрению чисто домашние споры, так как это будет противоречить цели и смыслу Вашингтонской конвенции. Трибуналам стоит скрупулезно рассматривать все обстоятельства, сопутствующие решению инвестора пройти реструктуризацию. Например, в *Tokios Tokelès* арбитры приняли во внимание даты проведения реструктуризации инвесторами. Трибунал в *Tokios Tokelès* отметил, что инвестиция была произведена за шесть лет до того, как ДИС между Украиной и Литвой было подписано.

¹ *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case № ARB/06/05, Award, paras. 136—141.

² *Ibid.*, para. 140.

³ *Ibid.*, para. 144.

В деле *Mobil v. Venezuela*¹ компания из США инвестировала в два нефтяных проекта в Венесуэле через холдинговые компании, расположенные в штате Делавэр и на Багамских островах. После того как возникли проблемы с новым правительством страны по поводу подоходных налогов и роялти, инвестор реорганизовал свои инвестиции таким образом, что холдинговая компания оказалась в Нидерландах. Важно отметить, что инвестор проинформировал правительство Венесуэлы о реорганизации и не получил никаких возражений по этому поводу. После возникновения новых проблем с Венесуэлой инвестор подал иск в МЦУИС. Ответчик признал, что инвестор соответствовал критериям, предъявляемым к инвестору в соответствующем ДИС, но заявлял, что он злоупотребил системой МЦУИС, создав «корпорацию удобства» с единственной целью получения доступа к форуму МЦУИС. Трибунал постановил, что реорганизация инвестиций с целью их защиты от нарушения государством гарантий ДИС является абсолютно законной практикой, когда это касается будущих споров². Таким образом, трибунал разделил инвестиции на два периода: до и после реорганизации — и постановил, что у него есть компетенция в отношении национализации, произошедшей после реорганизации инвестиций, но нет в отношении роялти и подоходных налогов. Трибунал процитировал дело *Phoenix* в отношении реструктуризации акций, произошедшей после того, как возник спор с Венесуэлой, отметив недопустимость злоупотребления МЦУИС и ДИС³. Таким образом, в данном деле дата поиска удобного договора стала ключевым моментом в решении трибунала.

Трибунал в деле *Pacific Rim v. El Salvador*⁴, так же как и вышеупомянутые трибуналы, поддержал идею того, что практика планирования национальности в международном инвестиционном арбитраже ограничена запретом злоупотребления правом. Трибунал последовал по стопам дела *Mobil v. Venezuela*, рассматривая даты, в которые произошла корпоративная реорганизация инвестиций. Трибунал отметил, что реструктуризация с единственной целью получения доступа к международному форуму ДИС является абсолютно законной, если она произведена до того, как возник спор с государством

¹ *Mobil Corporation, Venezuela Holdings BV; Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd.; Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc.; Mobil Cerro Negro, Ltd.; and Mobil Venezolana de Petroleos, Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case № ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (June 10, 2010).

² *Ibid.*, para. 204.

³ *Ibid.*, para. 205.

⁴ *Pacific Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case № ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (June 1, 2012).

реализации инвестиции¹. Трибунал обратил особое внимание на то, как определить, когда же возник спор в рамках теории защиты от злоупотребления правом. Трибунал постановил, что разделительная линия между законным и недозволенным поиском договора определяется в тот момент, когда инвестор уже знает о будущем конкретном споре или может его предвидеть с высокой степенью точности, а не просто догадывается о возможности возникновения спора². Трибунал отметил, что если данная линия пересечена, то, скорее всего, инвестор будет обвинен в злоупотреблении правом, но отметил, что это нечеткая разделительная линия и в каждом деле все обстоятельства должны быть приняты во внимание для того, чтобы определить произошло нарушение или нет³. В итоге трибунал постановил, что инвестор не злоупотребил правом, так как реструктуризация произошла до того, как инвестор узнал о *de facto* запрете на добычу природных ресурсов в Сальвадоре.

Трибуналы принимают во внимание такие критерии, как уплата налогов, бухгалтерский учет финансовых документов и получение дивидендов от инвестиций на территории страны — участницы ДИС (МИС), когда определяют законность действий инвестора в поиске договора. Большое внимание уделяется трибуналами мотивам корпоративной реорганизации и времени, когда она произошла. Профессор Шроер утверждает, что планирование национальности, нацеленное на будущее, будет, скорее всего, положительно воспринято трибуналом⁴. Таким образом, реорганизация должна быть проведена до того, как возник определенный спор, чтобы считаться «нацеленной на будущее». Трибуналы не признают свою компетенцию в случаях, когда реорганизация была произведена после того, как возник инвестиционный спор с принимающим государством⁵. Считается, что до того, как произошел определенный конфликт, инвестор проводит планирование национальности, чтобы обеспечить лучшую защиту и привилегии своей инвестиции⁶. Когда же инвестор занимается поиском выгодного договора после того, как возник конфликт с государством, единственной его целью является получение доступа к международному инвестиционному арбитражу⁷. Соответ-

¹ *Pacific Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case № ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, para. 2.47.

² *Ibidem*.

³ *Ibid.*, paras. 2.99–2.100.

⁴ *Schreuer C. Nationality Planning*. P. 26.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Os R. van, Knottnerus R. Op. cit.* P. 5.

⁷ *Ibidem*.

ственно, современная практика считает временной фактор определяющим при разграничении допустимого и недопустимого поиска выгодного международного договора.

3. Как установить баланс между правами иностранных инвесторов и независимых государств?

3.1. Исключения из сферы действия международного договора

Исключения из сферы действия международного инвестиционного соглашения тех или иных отношений позволяют государству-ответчику отказать инвестору в защите, которая иначе бы ему предоставлялась на основании международных инвестиционных договоров¹. В то время как особенности формулировок положений международных договоров об исключении отношений из сферы их действия (далее — положения об исключении) могут различаться, в целом они часто используются в качестве инструмента, запрещающего инвесторам предъявлять иски к государству на основании международного договора, при наличии следующих факторов: если юридическое лицо учреждено на территории другого государства — участника договора, но контролируется гражданами третьего государства; если такое юридическое лицо не ведет существенную деловую активность в государстве, где оно учреждено². Первые положения об исключении появились в соглашениях о дружбе, коммерции и навигации, заключенных США после Второй мировой войны³. Есть предположения, что изначально эти положения были включены в текст соглашений, чтобы обезопасить государство от корпораций, пытающихся получить доступ к соглашению через регистрацию в государстве-участнике⁴. Со временем инвесторы стали все более интенсивно практиковать планирование национальности и поиск выгодного договора. Развитие подобной практики заставило государства искать дополнительные способы защиты от нежелательных инвесторов. В результате положения об исключении стали все чаще включаться во множество современных ДИС и МИС.

¹ *Feldman M.* Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration // ICSID Review — Foreign Investment Law Journal. 2012. Vol. 27. Issue 2. P. 282.

² Статья 17.1 ДЭХ, ст. 1113 НАФТА.

³ См. Договор о дружбе, коммерции и навигации между США и Японией от 9 апреля 1953 г.

⁴ *Happ R.E.* Denial of Benefit Clauses and Any Other Mechanisms That Limit the Scope of BITs for Investors // The Determination of the Nationality of Investors under Investment Protection Treaties (= Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht. Heft 106) / The International Law Association German Branch, Sub-Committee on Investment Law. Institut of Economic Law, 2011 (<http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20106.pdf>). P. 62.

Включение такого положения в ДИС или МИС обеспечивает государство-участника дополнительной защитой от нежелательных инвесторов.

Трибуналы, рассматривающие положения об исключении, столкнулись с несколькими проблемами толкования подобного рода положений. Среди основных из них можно назвать следующие: вопрос уведомления инвестора о том, что государство будет применять исключение; покрывает ли такое уведомление уже возникшие споры; на кого ложится бремя доказывания того, что конкретный инвестор подпадает под положение об исключении¹.

Вопрос уведомления государством инвестора об исключении по-разному рассматривался арбитражными трибуналами. Арбитры, рассматривающие споры по Договору к Энергетической хартии (далее — ДЭХ), определили, что государство должно дать подобное уведомление до возникновения спора в публичной и очень легко доступной форме². Большинство трибуналов, рассматривающих вопрос об исключении на основании других ДИС и МИС, установило, что уведомление может быть направлено и после того, как инвестор уведомил о намерении начать арбитражное разбирательство, в официальном ответе государства на обвинения инвестора³. Большинство трибуналов определили, что бремя доказывания лежит на плечах государства в соответствии с принципом *actori incumbit onus probandi*⁴. Хотя во многих ситуациях инвестору будет легче представить доказательства того, кто является владельцем инвестиции либо контролирует ее, а также осуществляет ли инвестор существенную предпринимательскую деятельность на территории государства своей регистрации. Многие эксперты утверждают, что наивно ожидать от государств того, что у них будет иметься конкретная и полная информация о каждом инвесторе и каждом иностранном бизнесе, функционирующем на их территории⁵. Взяв это на заметку, некоторые трибуналы потребовали, чтобы инвестор представил необходимые доказатель-

¹ *Feldman M.* Op. cit. P. 282.

² *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case № ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (February 8, 2005); *Yukos Universal Ltd. v. Russian Federation*, PCA Case № AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (November 30, 2009).

³ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case № ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (June 1, 2012); *Ulysseas Inc. v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Interim Award (September 28, 2010); *Guaracachi America, Inc., Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case № 2011-07, Award (January 31, 2014).

⁴ *Gadelshina E.R.* Burden of Proof Under the "Denial-of-Benefits" Clause of the Energy Charter Treaty: *Actor Incumbit Onus Probandi?* // Journal of International Arbitration. 2012. Vol. 29. Issue 3. P. 271.

⁵ *Thorn R., Doucleff J.* Op. cit. P. 22.

ства. Таким образом, трибуналы провели линию между бременем доказывания, которое лежит на государстве, пытающемся отказать в привилегиях инвестору, и бременем представления конкретных доказательств о составе и деятельности компании, которое может быть возложено на иностранного инвестора по усмотрению трибунала.

К примеру, трибунал в деле *AMTO v. Ukraine*¹ постановил, что бремя доказывания лежит на государстве, но отметил сложность получения конкретных доказательств для государства, особенно в тех случаях, когда компания организована через сеть других компаний, находящихся в разных юрисдикциях². Несмотря на это, трибунал постановил, что подобного рода сложности не позволяют переложить бремя доказывания на инвестора, но отметил, что трибуналы в состоянии принудить инвестора предоставить показатели его деятельности на территории государства, где оно зарегистрировано³. В итоге трибунал отклонил требование Украины отказать инвестору в привилегиях, полагаясь на доказательство существенной деятельности заявителя на территории Латвии, государства организации инвестора.

В *Generation Ukraine v. Ukraine*⁴ трибунал также потребовал от Украины, пытаящейся добиться отказа в защите прав заявителя, доказать это обстоятельство. Трибунал постановил, что Украина не смогла разрешить бремя доказывания, так как она не смогла убедительно показать, что корпорация заявителя, полностью принадлежавшая американским гражданам, на самом деле находилась под контролем канадцев⁵. Интересно отметить, что в данном деле трибунал отказался помогать государству в получении доказательств от инвестора, возложив на последнего бремя представления доказательств того, кто владел либо контролировал компанию, и осуществлялась ли активная предпринимательская деятельность на территории страны организации инвестора⁶.

Одним из основных дел, в котором обсуждалась проблема уведомления и его действия на уже существующий спор, является дело *Plama v. Bulgaria*⁷. Компания «Plama», учрежденная на Кипре, владела 75% акций болгарской

¹ *Limited Liability Company AMTO v. Ukraine*, SCC Case № 080/2005, Final Award (March 26, 2008).

² *Ibid.*, paras. 64—65.

³ *Ibidem*.

⁴ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case № ARB/00/9, Award (September 16, 2003).

⁵ *Ibid.*, paras. 15.8—15.9.

⁶ *Ibid.*, para. 15.7.

⁷ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case № ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (February 8, 2005).

компании «Nova Plama», которая, в свою очередь, являлась владельцем второго по величине нефтеперерабатывающего завода Болгарии. Спор возник на основании закона, принятого в Болгарии в 2002 г., в соответствии с которым государство освобождалось от ответственности за вред, причиненный окружающей среде в 1970-е гг. Освобождая себя от ответственности, Болгария требовала, чтобы «Nova Plama» взяла эту ответственность на себя. «Plama» подала иск в МЦУИС, ссылаясь на различные нарушения норм ДЭХ. Основываясь на ст. 17(1) ДЭХ, Болгария заявила, что она отказывается «Plama» в предоставлении привилегий на основании того, что последняя являлась компанией-«пустышкой». Состав арбитров отметил, что договаривающееся государство может отказывать в преимуществах, предоставляемых ДЭХ, только если соблюдаются требования ст. 17(1), которые включают контроль (владение) и существенную предпринимательскую деятельность. Трибунал отклонил аргумент Болгарии о том, что ст. 17 не предполагает каких-либо действий с ее стороны, и сослался на то, что наличие исключений отличается от осуществления прав. Трибунал постановил, что ст. 17 предоставляет договаривающемуся государству право в соответствии с ДЭХ отказать инвестору, на которого распространяется действие договора, в предоставлении преимуществ, но не обязывает его осуществлять такое право. Государство может никогда не осуществить это право, если у него нет на это желания¹. Далее трибунал постановил, что даже когда государство-ответчик осуществляет свое право в соответствии с упомянутой статьей 17(1), такой отказ не будет иметь обратной силы — не будет покрывать те события, которые произошли до того, как государство официально уведомило инвестора об исключении, и будет иметь эффект лишь в отношении будущих споров. По мнению трибунала, в соответствии с целями и духом Энергетической хартии осуществление права не должно иметь обратного действия². Более того, трибунал подчеркнул, что государство должно осуществить свое право на исключение в очень четкой и публичной манере, чтобы иностранный инвестор точно знал, чего ожидать, инвестируя в это государство, и как организовать свою инвестицию³.

Принимающее государство часто осознает, что ему следовало осуществить право на исключение лишь после получения уведомления о споре, а это слишком поздно, согласно решению по делу *Plama*. Маловероятно, что принимающее государство знает о каждой инвестиции, осуществляемой на его терри-

¹ *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case № ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, para. 155.

² *Ibid.*, para. 162.

³ *Ibid.*, para. 157.

тории, а если и так, оно может не знать о государственной принадлежности инвестора, масштабе его коммерческой деятельности в государстве его происхождения или о государственной принадлежности его конечных владельцев¹.

Согласно контраргументу, если принимающее государство хочет отказать инвестору в предоставлении преимуществ, оно может осуществить свое право на исключение, приняв закон, содержащий общий абстрактный отказ от предоставления привилегий². Однако было отмечено, что такой закон будет противоречить предмету и цели самого ДЭХ. Согласно ст. 2 ДЭХ его целью является определение правовых рамок для оказания содействия долгосрочному сотрудничеству в области энергетики на основе взаимодополняемости и взаимной выгоды.

Трибунал в деле *Yukos v. Russian Federation*³ последовал по стопам дела *Plama* при рассмотрении аргумента ответчика о том, что большинство инвесторов, владеющих и контролирующих «Юкос», являлись гражданами России. Трибунал постановил, что ст. 17(1) не имеет автоматического действия и право на исключение должно быть осуществлено государством⁴. Даже после того, как государство осуществило право на исключение в публичной и понятной манере, оно будет распространяться лишь на будущие споры⁵.

Другой результат был в деле *Pacific Rim*, где трибунал рассматривал заявление Сальвадора об исключении на основании ст. 10(12)(2) Соглашения о свободной торговле Центральная Америка — США — Доминиканская Республика. Трибунал подчеркнул, что в оговорке об исключении не было определенного временного срока, руководствуясь которым государство должно было осуществить данное право⁶. В результате осуществление этого права имеет обратную силу, и, соответственно, уже возникший спор подпадает под его действие, если государство исключило определенные отношения из числа защищенных по инвестиционно-

¹ *Sinclair A. Investment Protection for “Mailbox Companies” under the 1994 Energy Charter Treaty // Transnational Dispute Management. 2005. Vol. 2. Issue 5. P. 5.*

² *Essig H. Balancing Investors’ Interests and State Sovereignty: The ICSID-Decision on Jurisdiction Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria // Transnational Dispute Management. 2007. Vol. 4. Issue 5. P. 10.*

³ *Yukos Universal Ltd v. Russian Federation, PCA Case № AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (November 30, 2009).*

⁴ *Ibid.*, para. 456.

⁵ *Ibid.*, para. 458.

⁶ *Pacific Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections, para. 4.83.*

му договору в рамках сроков, установленных в МЦУИС, по подаче возражений против компетенции трибунала.

Несмотря на то что ДЭХ также не содержит определенного временного срока на осуществление права на исключение, трибуналы, рассматривающие дела по Хартии, пришли к иному решению. Недавно вышедшее решение трибунала МЦУИС в деле *Guarachi v. Bolivia* последовало по пути решения в *Pacific Rim* и постановило, что право исключения имеет обратную силу и, соответственно, государство может осуществить его применительно к рассматриваемому спору¹.

3.2. Важность «буквы» международных инвестиционных договоров: использование продуманных и четких определений

Одним из основных средств защиты от нежелательного поиска выгодного международного договора является четкая и продуманная работа по выработке международного инвестиционного соглашения. Особое внимание должно быть уделено определению исключений из сферы действия соглашения, формы и порядка уведомления об исключении, будущей либо обратной силы его действия, распределению бремени доказывания и, конечно, четким и продуманным определениям понятий, таких как «инвестор», «инвестиция», «прямой и косвенный контроль» и т.д.

Трибунал в деле *Plama* сравнил оговорку об отказе от привилегий в ДЭХ и в Рамочном соглашении об услугах АСЕАН и пришел к следующему выводу:

«В защите по этому Соглашению должно быть отказано исполнителю услуг, который является гражданином третьего государства либо юридическим лицом, принадлежащим или контролируемым гражданами третьего государства, но зарегистрирован в соответствии с законодательством государства — участника Соглашения и не вовлечен в существенную предпринимательскую деятельность на его территории»².

Трибунал подчеркнул, что в АСЕАН уведомление об исключении не требуется, потому что в оговорке используются слова «должен отказать», а не «может отказать», как в ДЭХ³. Трибунал в *Tokio Tokelès* отметил отсутствие исключений, так же как и очень широкое определение инвестора в ДИС⁴.

¹ *Guaracachi America, Inc., Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case № 2011-07, Award (January 31, 2014).

² *Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 156.

³ *Ibidem*.

⁴ *Schreuer C. Nationality Planning*. P. 20.

Трибунал в деле *Rompetrol* признал, что при заключении международного договора государства обладают полномочиями указать в качестве окончательного критерия определения национальности юридического лица любые импонирующие им критерии¹. Если бы государства пожелали, они могли бы выйти за рамки механического применения критерия инкорпорации и установить критерии, которые учитывают экономические реалии за пределами формальной правосубъектности инвестора.

Важность «буквы» инвестиционного соглашения была также отмечена в деле *Rumeli v. Kazakhstan*², где две турецкие компании подали иск против Казахстана на основании ДИС между Турцией и Казахстаном. Ответчик попросил трибунал «снять корпоративную вуаль» инвесторов в силу того, что они являлись фиктивными компаниями, а настоящий инвестор был государственным органом Турции. Трибунал отверг просьбу ответчика и заявил, что обе компании полностью соответствовали определению инвестора в ДИС³. Трибунал отметил, что компании не были созданы в целях поиска удобного договора, так как были зарегистрированы задолго до того, как возник спор с Казахстаном⁴. В заключение трибунал отметил важность и значимость текста ДИС между Турцией и Казахстаном, подчеркнув, что

«ДИС не дает возможности заглядывать за основную структуру компании, если есть основания предполагать, что она окажется компанией-«пустышкой», и не исключает такие компании из сферы своего применения с того момента, когда они организованы в другом договариваемом государстве»⁵.

Использование договаривающимися государствами для определения национальности инвестора в инвестиционных соглашениях сразу нескольких критериев, и в особенности критериев контроля и места осуществления реальной экономической деятельности, является мудрым выбором для государств, желающих ограничить доступ определенным инвесторам к гарантиям, предоставляемым инвестиционными договорами.

¹ *Rompetrol Group NV v. Romania*, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, para. 92.

² *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case № ARB/05/16, Award (July 29, 2008).

³ *Ibid.*, para. 325.

⁴ *Ibid.*, para. 326.

⁵ *Ibidem*.

Многие трибуналы, отказавшиеся выйти за пределы определения квалифицированного инвестора в ДИС, подчеркнули, что государства имели полную свободу во время переговоров по выработке будущего ДИС вписать желаемые определения и стандарты, и если они этого не сделали, то трибуналы не могут сделать это за них тогда, когда им это выгодно. Трибунал в деле *Rompetrol* постановил, что единственное, что имеет значение для арбитров, — это то, что в итоге написано в ДИС, а не то, что государства хотели вписать в инвестиционное соглашение во время переговоров¹.

Таким образом, государствам стоит полагаться на возможности, которые предоставляются им во время переговоров и подписания инвестиционных соглашений. Скрупулезное продумывание основных понятий, определений и стандартов поможет государствам наилучшей защитой от практики покупки национальности инвесторами.

¹ *Os R. van, Knottnerus R.* Op. cit. P. 34.

BALANCING THE STATE'S REGULATORY RIGHTS WITH THE INVESTOR'S JURISDICTIONAL RIGHTS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

ARTHUR ROVINE,

International arbitrator and adjunct professor
of law at Fordham Law School;

CHRISTOPHER CHINN,

Arbitration practitioner qualified as an attorney in New York,
England & Wales, and France;
the international arbitration group at Mayer Brown in Paris

1. Introduction¹

Investor-state arbitration might be characterized as a balancing act between the host state's legitimate right to regulate its internal affairs through its acts, often called "measures", and the foreign investor's legitimate expectation of protection for its investment against such measures through the jurisdiction of arbitral tribunals, in accordance with the promises made by the state before the investment was put in place.

In theory, the balancing act should be simple. A state is a sovereign entity in international law, and the scope of its liability to an investor should be strictly limited to the extent of its promises. The host state's promises, in turn, are listed in a variety of legal instruments that can be invoked by the investor². These legal instru-

¹ This article was first written as an informative presentation for the Russian Arbitration Day 2015 conference in Moscow. It does not constitute legal advice. The investor-state arbitration decisions referred to were obtained from the ICSID website at: <https://icsid.worldbank.org> or from the collection of decisions at www.italaw.com.

² The nature of the relationship between a state and a foreign investor, whether contractual or only quasi-contractual, may depend on one's view as to whether it is appropriate to refer to states and individuals as equals in international law inasmuch as an investor may "accept" a state's offer, or whether the

ments include investment treaties involving the host state and the investor's home state, national legislation of the host state offering protection to the foreign investor, and more infrequently, direct written agreements with the investor.

Identifying the extent of the state's promises from the text of these legal instruments, however, is far from simple. There are interpretive balancing considerations to make¹. In addition to identifying the possible infringing state measures, which may be too numerous to list in written documentation but which might still be covered by the state's promises, arbitral tribunals must also interpret the references made in the legal instruments to customary standards of international law, including the duty of good faith by both parties.

The balancing act of weighing the legitimate regulatory interests of the state against the interests of the investor has been discussed by practitioners of investor-state arbitration both in the context of assessing *liability* (determining whether a breach has occurred) and in the context of assessing how much *damage* to award even if the state has breached an obligation². The analysis must be reasonable and take into account the circumstances at the time the investment was made³.

state's obligation can be found in its unilateral declaration, or in its commitments to the home state of the investors. For the classic discussion of so-called "arbitration without privity" (but not without separate consent of both the state and the investor), see *Jan Paulsson Arbitration Without Privity*, in: *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal* (ICSID Vol. 10, № 1, Fall 1995). This article does not seek to answer these questions, nor does it address state liability for international law violations in the realm of human rights. For a well known case where investor and human rights intersected, see *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia* (ECHR Application no. 14902/04), Judgment of 20 September 2011, available at: <http://hudoc.echr.coe.int> (last accessed March 2015).

- ¹ The starting point of interpretive analysis is often Art. 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".
- ² See, e.g., *Ioana Tudor*, Chapter 7: Balancing States' and Investors' Conduct: Calculation of Compensation, in: *Ioana Tudor*, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment* (Oxford, 2008), pp. 207—228.
- ³ The possibility of investment arbitration protection against certain categories of state measures may be viewed as a kind of insurance (in addition to the foreign investor's actual insurance policies which may be promulgated by national schemes such as the well-known COFACE insurance for investors in France, or EDC in Canada) against political change or political risk, as opposed to business risk. The disagreements a new host state regime may have with the old regime's promises is precisely the reason that the promises were made in the first place, and which must be honored under the rule of law and the principle of *pacta sunt servanda*. Like most kinds of insurance, these promises are usually subject to restrictions such as reasonableness, and no liability for pre-existing conditions. See *Abby Cohen Smutny*, *Investment Treaty Protections, Political Risk, and Tribunal Decision-Making*, in: *Arthur W. Rovine (ed.)*, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2013* (Brill; Nijhoff, 2014), pp. 37—50 (Smutny examines a few recent decisions and shows that, espe-

In this article the authors focus on another area in which the balancing act has taken place — the *jurisdictional* phase of the arbitration. Jurisdiction, or the power of the arbitral tribunal to decide the case¹, is the gateway through which the investor must pass before making claims. Without having established jurisdiction, either in separate initial proceedings or along with the merits (liability and damages), the arbitral tribunal has no authority to decide whether certain facts exist, and if so, whether they constitute a violation of rights. For the state, a jurisdictional contest may provide the opportunity to resolve a case quickly and efficiently in its favor. For the investor, separate jurisdictional proceedings, where the investor's burden of proof is lessened, may provide the opportunity to win an early victory against the state even though its case on the merits may not be without weaknesses.

We examine briefly the current state of play in this jurisdictional tug-of-war, particularly under the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter — the ICSID Convention), in balancing the state's right to enact general measures in the public interest with the investor's jurisdictional right to have the merits of the claims heard. We focus in particular on the degree to which general measures taken in the public interest, not targeted at the investor, may or may not trigger jurisdiction to hear alleged violations of the investor's rights.

2. General measures in the public interest

If an investor alleges that the host state has taken specific measures against it or against that investor's industry, in violation of the state's obligations, it may be difficult for a tribunal to dismiss the claim at the jurisdictional stage based solely

cially under the protection of fair and equitable treatment as expressed in several different instruments, an investor's reliance on host state assurances, while enforceable against the state, must be reasonable under the circumstances: "While essentially the same standards of treatment are agreed in most investment treaties, the economic and social conditions vary considerably among States and investors consequently encounter various degrees of political risk. Some standards of treatment are inherently flexible in that the nature of the inquiry is the reasonableness of the State's conduct in a given circumstance. Other standards of treatment establish a fixed norm to be applied regardless of the varied circumstance encountered. In all cases, however, these standards serve an important purpose of providing a means of addressing the political risk of investment by enforcing the rule of law in the treatment of investment regardless of the State's economic development").

¹ Jurisdiction, or the positive power of a tribunal to hear claims, is a term often used interchangeably with the term admissibility, which refers to the conditions upon which a claim may be heard. In ICSID arbitration, the term used is usually jurisdiction. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (July 17, 2003), para. 41 ("The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear quite appropriate in the context of ICSID as the Convention deals only with jurisdiction and competence").

ly on the specificity or lack thereof of the allegations. If, on the other hand, such measures are general measures taken in the public interest without any intent to harm the investor *per se*, the question may arise as to whether the claim will survive a jurisdictional challenge.

The question of jurisdiction over a state's general measures in the public interest arose most prominently in investor-state arbitration decisions a decade ago in the aftermath of the Argentine Economic Crisis. This event is sometimes referred to as the 1998–2002 Argentine Great Depression, a period of economic, social, and political turmoil in Argentina which led to a series of regulatory changes particularly targeting and/or affecting the oil and gas industry, including measures leading to the devaluation of the Argentine peso. Investors complained that the measures violated pre-existing protections under bilateral treaties with their home states¹, while Argentina argued that ICSID tribunals had no jurisdiction to sit in judgment of general measures enacted in the public good against the background of a crisis situation².

Other cases in which tribunals have ruled on jurisdictional challenges with respect to the host state's general measures have involved health or environmental measures such as reducing people's exposure to the chemical MTBE³, and, more

¹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction (April 30, 2004), para. 23 (“The Claimants allege that the Respondent has discontinued the guaranteed PPI (U.S. Producer Price Index) adjustments and other tariff increases since 1999. Moreover, the so-called Emergency Law of January 2002 eliminated the currency protection (computation of tariffs in U.S. dollars before conversion in pesos) and inflation protection (the automatic PPI conversion). Furthermore, the Respondent devalued the peso by amending the Convertibility Law which had established a fixed 1:1 relationship between the peso and the U.S. dollar. These and other measures of the Respondent amounted, according to the Claimants, to breaches by the Respondent of its obligations under the Bilateral Treaty”); *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras. 1, 20 (“The request concerns the alleged suspension by Argentina of a tariff adjustment formula for gas transportation applicable to an enterprise in which CMS has an investment”; “[f]ollowing a major economic and financial crisis, the Republic of Argentina enacted, starting late 1999, various measures which had, in the Claimant's view, an adverse impact on its business and breached the guarantees which protected its investment in TGN. These various measures later led to the devaluation of the currency and the adoption of additional financial and administrative measures also alleged to have an adverse impact on the investor”).

² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 23 (“Both in the written pleadings and in the hearing, the Republic of Argentina raised, in connection with questions of admissibility, the concern that part of the claim by CMS is not related specifically to the gas industry but to measures of general economic policy affecting the country as a whole. The latter measures, it is further explained, are mainly those connected with the situation of economic, financial and social emergency which arose in late 2001 and early 2002 and which led to the adoption of changes in the exchange and monetary policy then in effect”).

³ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL Arbitration pursuant to NAFTA, Partial Award (August 7, 2002).

recently, measures taken to control the labeling of tobacco products in order to reduce their consumption¹. Mark McNeill writes:

“[I]t is said that investment arbitration invites intrusive scrutiny into sensitive regulations regarding public health, safety, human rights, and the environment, issues which ordinarily would be subject to juridical review under constitutional or administrative law, or indeed may not be justiciable at all. It is one thing to promise to refrain from regulating into oblivion an investor's manufacturing plant, but what sort of perverse social institution have we created that allows Philip Morris to dictate to Australia how best to regulate harmful smoking?”²

We note that the same or similar issues with respect to general state regulatory measures will certainly arise again, and past investment arbitration decisions will be called upon to inform the future decisions of tribunals³. One need only look at today's headlines to see that states' general economic policies might have serious economic consequences for investors who, in turn, might consider using the mechanism of

¹ *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (July 2, 2013).

² *Mark S. McNeill*, Investor-State Arbitration: Striking a Balance Between Investor Protections and States' Regulatory Imperatives, in: *Arthur W. Rovine (ed.)*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2013, p. 271.

³ Although past arbitral awards are not generally binding on future tribunals, especially since the sources of states' legal obligations vary from case to case, it is difficult to argue that past decisions cannot at least serve as persuasive guidance to future tribunals such as to constitute a *jurisprudence constante* of soft non-binding precedent. *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (April 26, 2005), paras. 24–28, 33 (“The present Tribunal indeed agrees with Argentina that each BIT has its own identity; its very terms should consequently be carefully analyzed for determining the exact scope of consent expressed by its two Parties... the findings of law made by one ICSID tribunal in one case in consideration, among others, of the terms of a determined BIT, are not necessarily relevant for other ICSID tribunals, which were constituted for other cases... [T]he Tribunal would nevertheless reject the excessive assertion which would consist in pretending that, due to the specificity of each case and the identity of each decision on jurisdiction or award, absolutely no consideration might be given to other decisions on jurisdiction or awards delivered by other tribunals in similar cases. In particular, if the basis of jurisdiction for these other tribunals and/or the underlying legal dispute in analysis present either a high level of similarity or, even more, an identity with those met in the present case, this Tribunal does not consider that it is barred, as a matter of principle, from considering the position taken or the opinion expressed by these other tribunals”; “one can hardly deny that the institutional dimension of the control mechanisms provided for under the ICSID Convention might well be a factor, in the longer term, for contributing to the development of a common legal opinion or *jurisprudence constante*, to resolve some difficult legal issues discussed in many cases, inasmuch as these issues share the same substantial features”).

investor-state arbitration. Whether tribunals have jurisdiction over such claims against general measures is another question to be resolved on a case-by-case basis.

Earlier this year the Ukraine reportedly faced a new series of arbitration claims made by investors in the gas sector who alleged that the measures adopted by Ukraine in response to the current political turbulence with Russia had breached various bilateral investment treaties between Ukraine and the home states of the investors. It will be interesting to see how tribunals balance the state measures in these cases — which allegedly arose out of a crisis situation and included increased royalties, selling restrictions, and preferences to the state-owned gas company¹ — with the jurisdictional rights of investors.

3. Issues in establishing and contesting jurisdiction over State measures in investment arbitration

3.1. General principles of jurisdiction

If jurisdiction is contested² the tribunal will need to determine whether the claimant has established (at a minimum) the elements of jurisdiction which the respondent contests. Early procedural means for a respondent to have jurisdictional issues heard are described in Sect. 4 below.

It should be noted that the connection or “nexus” between the general state measures enacted and the claims of the investors that their rights have been violated, the subject of this article, is not routinely raised as a jurisdictional issue.

Far more prevalent in contests of jurisdiction are the issues of whether the claimant qualifies as a valid “investor” under the applicable legal instruments and if so, whether the claimant’s alleged damages arise from a valid “investment”³.

Generally speaking, the most important jurisdictional elements are:

(1) *ratione personae* — jurisdiction over the person, including whether the claimant qualifies as an investor with the correct nationality opposing it against the host state;

¹ *Kyriaki Karadelis*, Ukraine faces trio of claims over gas reforms, in: *Global Arbitration Review*, 16 February 2015, at: <http://globalarbitrationreview.com>.

² Jurisdiction is not always contested, and in the public spotlight of investor-state arbitration, it often makes good business sense for states to act reasonably with respect to their objections. Where jurisdiction has not been contested, the tribunal will proceed to hear the case in full, and might at the end of the procedure and on its own accord devote a small section of its final award to stating why it has jurisdiction to decide the arbitration.

³ There are many frequently cited decisions with respect to the meaning of “investor” and the meaning of “investment”, such as, respectively, the decision in *Tokios Tokelés* and the decision in *Salini Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (April 29, 2004); *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (July 23, 2001).

(2) *ratione materiae* — jurisdiction over the subject matter, including whether the legal dispute arises out of a qualifying investment;

(3) *ratione voluntatis* — that the state has validly consented; and

(4) *ratione temporis* — that the protection was applicable at the time the state measure was taken¹.

Of these jurisdictional elements, it is the *ratione materiae* requirement which may involve analyzing the character of the state measure complained of. In practice, this examination has taken place on at least two different levels, first based on treaty requirements that the dispute arise “directly” from the investments for the tribunal to have jurisdiction, and, second, based on the minimum requirements of the substantive protection invoked, such as fair and equitable treatment, which must be alleged in order for the claim to go forward. These two analyses are further explained in subsections 3.2 and 3.3 below.

With respect to the legal standard to apply when deciding whether a claimant has fulfilled its burden of establishing jurisdiction, tribunals have taken slightly different approaches. Most tribunals invoke a single *prima facie* standard for all jurisdictional requirements². They cite to the separate decision in the Permanent Court

¹ See, with respect to the jurisdictional requirements under the ICSID Convention, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award (April 15, 2009), para. 54; see also *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, paras. 19–20 (“Tribunals shall exercise jurisdiction over all disputes that fall within the scope of the Contracting Parties’ consent as long as the dispute satisfies the objective requirements set forth in Article 25 of the Convention. Based on Article 25 of the [ICSID] Convention and the BIT, this Tribunal has jurisdiction over the present dispute if the following requirements are met: (1) the Claimant is an investor of one Contracting Party; (2) the Claimant has an investment in the territory of the other Contracting Party; (3) the dispute arises directly from the investment; and (4) the parties to the dispute have consented to ICSID jurisdiction over it”).

² See, e.g., *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/9, Decision on Jurisdiction (February 22, 2006), paras. 60–61 (“In order to determine its jurisdiction, the Tribunal must consider whether the dispute, as presented by the Claimant, is *prima facie*, that is at a summary examination, a dispute that falls generally within the jurisdiction of ICSID and specifically within that of an ICSID Tribunal established to decide a dispute between a U.S. investor and Argentina under the BIT. The requirements of a *prima facie* examination for this purpose have been elucidated by a series of international cases. The object of the investigation is to ascertain whether the claim, as presented by the Claimant, meets the jurisdictional requirements, both as to the *factual subject matter* at issue, as to the *legal norms* referred to as applicable and having been allegedly breached, and as to the *relief* sought. For this purpose the presentation of the claim as set forth by the Claimant is decisive. The investigation must not be aimed at determining whether the claim is well founded, but whether the Tribunal is competent to pass upon it... This does not mean necessarily that the ‘Claimant’s description of the facts must be accepted as true’, without further examination of any type. The Respondent might supply evidence showing that the case has no factual basis even at a preliminary scrutiny, so that the Tribunal would not be competent to address the subject matter of the dispute as properly determined. In such an instance the Tribunal would have to look to the contrary evidence supplied by the Respondent and should dismiss the case if it found such evidence convincing at a summary exam”) (emphasis in original).

of Arbitration's *Oil Platforms* case, as interpreted by later decisions in the investor-state context, to state that a tribunal's only concern in a jurisdictional analysis is whether the facts as alleged by the Claimant, if established later in the case, would be "capable of coming within those provisions... which have been invoked"¹.

Other tribunals have espoused a "double approach" whereby they accept the *prima facie* standard concerning the claim on the merits (the minimum requirements of the substantive protection invoked), but that "when a particular circumstance constitutes a critical element for the establishment of the jurisdiction itself [such as nationality of the investor], such a fact must be proven, and the Tribunal must take a decision thereon when ruling on its jurisdiction"². The exact burden of proof at the jurisdictional level might thus vary depending on the tribunal. It would be correct to say, however, that for most tribunals, even those that espouse the double approach, most of the facts as alleged by the investor are generally accepted as true, unless they are "incredible, frivolous or vexatious"³.

¹ *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (March 21, 2007), paras. 83–91 (citing to *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (April 22, 2005), para. 8, and stating that this was in line with *Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Rep. 1996, II, pp. 803, 810. The jurisdictional examination of the tribunal in *Saipem* extended beyond the minimum requirements of the substantive protection invoked, and involved key jurisdictional elements under Art. 25(1) of the ICSID Convention including the existence of an investment. See also *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, paras. 109, 121 ("The USA's challenges to admissibility are based upon the legal submission that, even assuming all the facts alleged by Methanex to be true, there could still never be a breach of the individual provisions pleaded by Methanex; and hence Methanex's claims are bound to fail, regardless of any factual evidence to be adduced by Methanex"; "in order to establish its jurisdiction, a tribunal must be satisfied that Chapter 11 does indeed apply and that a claim has been brought within its procedural provisions. This means that it must interpret, definitely, Article 1101(1) and decide whether, *on the facts alleged by the claimant*, Chapter 11 applies. Similarly, insofar as the point is in issue, the tribunal must establish that the requirements of Articles 1116–1121 have been met by a claimant, which will similarly require a definitive interpretation of those provisions") (emphasis added).

² *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award (April 15, 2009), para. 64; *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No ARB/07/29, Decision on Jurisdiction (February 12, 2010), para. 53 ("A fundamentally different approach is required, however, for issues that are directly determinative of the Tribunal's jurisdiction—such as, for example, issues of consent, nationality, covered investment, territoriality, or the temporal scope of treaty protection. If the Tribunal is to make jurisdictional determinations on such issues in a threshold jurisdictional stage (rather than joining them to the merits), the Tribunal must reach definitive findings of fact and conclusions of law. Without such determinations, the Tribunal cannot satisfy itself that it has jurisdiction to hear the merits of the dispute").

³ *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, para. 149 ("Two explanations are necessary. First, subject to an important reservation to which we return below, we accept that the

The double approach should not be confused with what has been called the “double barreled approach”. Under this approach, if reference to two or more legal instruments is necessary to establish a claim in a particular arbitral procedure (as is the case in ICSID arbitration, for which the ICSID Convention is only one of several instruments that must be applied), the claim must satisfy the standards contained in all the instruments. It is the instrument with the most restrictive standards which will establish the minimum requirements for the claim.

3.2. State measures jurisdictional hurdle 1: jurisdiction only if the alleged facts show a sufficient connection between the state measure and the alleged damage

The first way in which a state measure might be challenged on the jurisdictional level is by way of attacking the degree to which the facts alleged show a sufficient connection between the measure and the damage alleged, and in particular whether the claim as alleged meets the requirement known in some legal systems as *causality*. Under this requirement, it is not enough to claim that the measure ultimately caused adverse effects on the investment. The investor must allege that the measure was sufficiently near to the damage on the chain of causation to legally constitute one of the direct causes of the damage.

Thus, in one purely hypothetical situation posed for purposes of this article, a state's decision to open up a new port in the northern part of the state might make the old port in the southern part of the state less popular. A city near the old port might then become less frequented, leading to less business for hotels in that city, which in turn leads to a foreign investor's hotel going bankrupt. In this situation, the state might well question whether its mere act of opening up the new port would be sufficiently connected to the foreign investor's loss to trigger jurisdiction.

Ordinarily, the issue of causality would be a question for the merits of the dispute. Causality would be heavily debated in quantifying damages, perhaps with the aid of expert economists. However, if it is true that all aspects of a claim are potentially subject to a *prima facie* analysis during the jurisdictional phase if complained of by the respondent, then causality, too, might be challenged as a jurisdictional matter.

Another way to view the sufficient connection requirement might be with respect to the *intent* of the state to specifically harm the investor in enacting what otherwise would be a general measure. For instance the investor might try (successfully or not) to strengthen its jurisdictional argument in the above hypothetical by alleging, on some reasonable and factual basis, that the state had a political vendetta against that

factual allegations pleaded by Methanex's legal representatives are not incredible, frivolous or vexatious. Second, we accept that it is open to Methanex to rely on reasonable inferences; and it may rely generally on circumstantial materials”).

particular investor, that the investor's hotel was the largest one in the old port, and that the sole motivation for opening up the new port was to deprive the investor of the value of its investment, perhaps in favor of domestic hotel owners. The tribunal might then find, depending on the particular facts and legal instruments before it, that it had jurisdiction to move forward with the case and hear witnesses and other more detailed factual evidence.

3.2.1. *Methanex*

While most writings on jurisdiction in investor-state arbitration are silent with respect to the requirement for a sufficient nexus or connection between the measure and the investment, a few practitioners, citing the *Methanex* decision¹ as well as the jurisdictional decisions arising out of the Argentine crisis, have recognized this requirement².

Thus, while criticizing the *Methanex* decision as applying a causality standard at the jurisdictional level too closely connected to the merits of the dispute (akin to the American *tort* law standard), Zachary Douglass nevertheless has stated that:

“There must be a nexus between the particular measure attributable to the host state and the particular rights and interests that comprise the claimant's investment. Sometimes this nexus is made explicitly by the investment treaty, sometimes it is not”³.

In *Methanex v. USA*, the investor Methanex was a Canadian producer of methanol, a precursor to the chemical MTBE, which Methanex did not produce. MTBE is an additive in gasoline for automobiles. Methanex complained of a series of measures by the U.S. State of California which were publicly motivated by environmental and health concerns, and which had the effect of curtailing and eventually banning in California the sale of gasoline using MTBE as an additive. The banning of MTBE, in turn, would lead to the drastic decline if not cessation of sale in California of methanol produced by Methanex.

The USA challenged jurisdiction, including on the basis of Art. 1101 of the governing North-American Free Trade Agreement (hereinafter — the NAFTA treaty), which

¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award.

² Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), p. 463; See also, Schreuer *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), pp. 106–112. While Schreuer *et al.* do not explicitly recognize the nexus or connection requirement, they present a section of discussion related to “General Measures affecting Investments” within the context of the “arising directly” jurisdictional requirement of Art. 25(1) of the ICSID Convention.

³ Douglas, *op. cit.*, p. 463.

provides that the dispute resolutions of the treaty only apply to “measures adopted or maintained by a Party *relating to*” investors or investments (emphasis added)¹.

The Methanex tribunal accepted that the words “relating to” created a jurisdictional requirement of connectedness between the measures and the investors or investments. On this basis, it dismissed those parts of Methanex's claim that relied solely on the cause and effect alleged between the measures enacted and the harm done to Methanex. The state measures were not explicitly directed towards methanol, and even less towards Methanex itself or the methanol industry, and there were therefore insufficient facts alleged to satisfy the “relating to” requirement. The tribunal ruled that, in its opinion, the alleged measures were not sufficiently connected in a “legal context” to trigger protection for the investor:

“The possible consequences of human conduct are infinite, especially when comprising acts of governmental agencies; but common sense does not require that line to run unbroken towards an endless horizon. *In a traditional legal context, somewhere the line is broken*; and whether as a matter of logic, social policy or other value judgment, a limit is necessarily imposed restricting the consequences for which that conduct is to be held accountable”² (emphasis added).

The Methanex tribunal stated that “the dispute must arise in respect of a defined legal relationship”³, and that there needed to be a “legally significant connection” between the measure and the investor or investment⁴. The tribunal did not provide further criteria on what constitutes a defined legal relationship or a connection that is legally significant to meet the “relating to” requirement of NAFTA Art. 1101.

It did, however, accept that the “relating to” requirement had in that case been met by those allegations and claims of Methanex which involved the specific *intent* of California to harm foreign producers of methanol like Methanex to the benefit of domestic U.S. producers of ethanol, the precursor to a rival chemical additive to gasoline that could be used in place of MTBE. Methanex alleged, among other things, that there had been a secret meeting with the future governor of California

¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, para. 128 (“The issue that divides the Disputing Parties is whether these US measures, on the assumed facts, ‘relate to’ Methanex because, as recited above, neither measure was expressly directed at methanol, methanol producers or Methanex”).

² *Ibid.*, para. 138.

³ *Ibid.*, para. 140.

⁴ *Ibid.*, para. 147 (“We decide that the phrase ‘relating to’ in Article 1101(1) NAFTA signifies something more than the mere effect of a measure on an investor or an investment and that it requires a legally significant connection between them, as the USA contends”).

and a main producer of ethanol, ADM (which also supported the governor's election campaign), in which regulations to curtail MTBE were discussed as a means of favoring domestic producers of ethanol at the expense of foreign producers of methanol¹. The tribunal gave Methanex leave to replead its case solely with respect to its claims that were based on *intentionally* harming foreign methanol producers.

In understanding why the tribunal found that allegation of intent to harm could fulfill the “relating to” requirement, it is helpful to note that during the *Methanex* proceedings:

“At the jurisdictional hearing of July 2001, the USA accepted with regard to Article 1101 that: ‘If the purpose of the measure is an intent to harm foreign-owned investors or investments on the basis of nationality, then the measure relates to the foreign-owned investor or investment’”².

The tribunal followed this reasoning and found that the connection between the measure and the damage alleged could be established through the specific intent of the state to harm the investor. Even though the connection was certainly indirect, inasmuch as California had overtly targeted MTBE, and neither methanol nor foreign methanol producers, an otherwise insufficient chain of causation could still be rendered legally significant through the intent of the state. The tribunal did, however, note that there could be a plurality of motivations for the MTBE measures enacted, and suggested that during the merits phase of the arbitration the state could avoid liability if harm to foreign methanol producers was not a primary purpose of the measures³. Thus, as in our hypothetical above of a state opening a new

¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, paras. 46, 154 (“In brief, Methanex’s factual case, as set out in its Amended Statement of Claim, alleges that the US measures constitute a disguised trade and investment restriction intended to achieve the improper goal of protecting and advantaging the domestic ethanol industry through sham environmental regulations disadvantaging MTBE and methanol”; “[i]t is further alleged that Governor Davis had a broader objective: to favour ADM and the US ethanol industry, to penalize ‘foreign’ MTBE producers and ‘foreign’ methanol producers, such as Methanex”).

² *Ibid.*, para. 152.

³ *Ibid.*, paras. 158, 169 (“In these circumstances, we do not consider the case clear enough to determine whether or not Methanex’s allegations based on ‘intent’ are sufficiently credible. Accordingly, it is not possible for us to decide, at this stage, that any measure does or does not relate to Methanex or its investments. In particular, decrees and regulations may be the product of compromises and the balancing of competing interests by a variety of political actors. As a result, it may be difficult to identify a single or predominant purpose underlying a particular measure. Where a single governmental actor is motivated by an improper purpose, it does not necessarily follow that the motive can be attributed to the entire government. Much if not all will depend on the evidential materials adduced in the particu-

port, success of the investor at the jurisdictional stage, based on documented and reasonable allegations of intent to harm the investor at the old port, does not necessarily mean success at the merits stage. It may turn out that other factors would be present and sufficient in aggregate to negate the element of intent, such as sufficiently bona fide reasons to open the new port.

3.2.2. *The Argentina decisions*

In the ICSID cases arising out of the Argentina crisis, Argentina argued that the measures it took (which investors alleged harmed them) were general measures taken for the public good. Citing *Methanex* for the proposition that general measures taken in the public good could not give rise to investment claims, Argentina attempted in most of these cases to have the claims dismissed at the jurisdictional stage on this basis. The primary argument was not that Argentina was forced as a matter of necessity to take the measures it did¹, but that only measures specifically targeted against the investor were actionable.

In addition to *Methanex*, Argentina cited the ICSID Convention's jurisdictional requirement under Art. 25(1) that jurisdiction may be had only over a "legal dispute arising directly out of an investment" (emphasis added). It argued that the "arising directly" language created a jurisdictional requirement akin to NAFTA Art. 1101's "relating to" requirement, and that investors' claims based only on general measures, such as those related to the devaluation of the Argentine peso, had to be dismissed at the jurisdictional stage.

None of the jurisdictional challenges before ICSID were successful on this basis. The first case to produce a jurisdictional decision, *CMS v. Argentina* (July 2003)², was frequently cited by subsequent decisions, although the tribunals gave different reasons for rejecting the challenges.

lar case"; "[a]s regards the USA's jurisdictional challenge under Article 1101(1) NAFTA, the Tribunal decides that certain allegations advanced in Methanex's Amended Statement of Claim, supplemented by its written and oral submissions, relating to the 'intent' behind the US measures can potentially meet the requirements of that provision").

¹ The defense of "necessity" does not generally appear to have been discussed in tribunals' jurisdictional decisions in the Argentine cases, probably because such defense would involve extensive findings of fact appropriate to the merits stage. See *Roberto Aguirre Luji*, BITs & Economic crises: Do States have *carte blanche*?, in: *Weiler*, Investment Treaty Arbitration and International Law (JurisNet, 2008), pp. 165–188. Luji highlights the difference in approach at the merits stage to the necessity defense and the facts of the Argentine crisis taken by the *LG&E* tribunal, which was more in Argentina's favor, from the *CMS* and *Enron* tribunals, which took a more restrictive view of the defense and its application.

² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction.

Based on some passages in the *CMS* decision, it might seem that the tribunal in *CMS* adopted a mere adverse effects test — that if the investor alleges that its investment is adversely affected by a measure (on some basis of causality), then the “arising directly” requirement is fulfilled for jurisdictional purposes. At one point in its decision the *CMS* tribunal wrote:

“For the time being, the fact that the Claimant has demonstrated prima facie that it has been adversely affected by measures adopted by the Republic of Argentina is sufficient for the Tribunal to consider that the claim, as far as this matter is concerned, is admissible and that it has jurisdiction to examine it on the merits”¹.

However, the *CMS* decision was more nuanced. A more full description of the *CMS* tribunal’s holding on the “arising directly” requirement is that the claimant needs to allege that the measures adversely affect the investment in such a way that they violate *specific protections* guaranteed in the treaty or other legal instrument. In other words, the claim must arise directly out of an alleged violation of a specific legal protection. Thus the tribunal also stated that it

“has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant’s investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted *in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts*”² (emphasis added).

The *CMS* tribunal confirmed that “it is only when the measures in question are unrelated to specific legal commitments made to the investor that the jurisdiction of the Tribunal will be excluded and liability non-existent”³.

CMS has also been cited for general statements made by the tribunal that an international investment arbitration tribunal “does not have jurisdiction over measures of general economic policy... and cannot [sic] pass judgment on whether they are

¹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 35.

² *Ibid.*, para. 33 (“On the basis of the above considerations the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and cannot [sic] pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant’s investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts”).

³ *Ibid.*, para. 110.

right or wrong”¹, and that “questions of general economic policy not directly related to the investment, as opposed to measures specifically addressed to the operation of the business concerned, will normally fall outside the jurisdiction of the [ICSID] Centre”². These statements had been made in response to the question posed, or at least suggested, by Argentina as to whether an arbitration tribunal could pass judgment on the regulatory decisions of a state. As Gabriel Bottini has written:

“In the field of international investment law, the question is whether States ever intended through BIT provisions to renounce or at least substantially curtail their right to guarantee public order or pursue fundamental societal goals whenever foreign investors' rights are affected”³.

¹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 33. See *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (January 14, 2004), paras. 29–30 (“This Tribunal will not sit in judgment over the general tax policies pursued by the Argentine Republic or the Provinces, nor for that matter of the arrangements the provinces have with the Federal Government of the Argentine Republic. This is a matter exclusively appurtenant to the sovereignty of the Argentine Republic. The Tribunal, however, has the duty to establish in connection with the merits of the case whether such assessments violate the rights accorded to foreign investors under treaties, legislation, contracts and other commitments. As decided by an ICSID Tribunal in an earlier case with reference to the role of bilateral investment treaties, ‘these treaties cannot entirely isolate foreign investments from the general economic situation of a country. They do provide for standards of fair and equitable treatment, non-discrimination, guarantees in respect of expropriation and other matters, but they cannot prevent a country from pursuing its own economic choices. These choices are not under the Centre’s jurisdiction and ICSID tribunals cannot pass judgment on whether such policies are right or wrong. Judgement can only be made in respect of whether the rights of investors have been violated’”) (citing *CMS*).

² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras. 27–28 (“[Q]uestions of general economic policy not directly related to the investment, as opposed to measures specifically addressed to the operation of the business concerned, will normally fall outside the jurisdiction of the Centre. A direct relationship can, however, be established if those general measures are adopted in violation of specific commitments given to the investor in treaties, legislation or contracts. What is brought under the jurisdiction of the Centre is not the general measures in themselves but the extent to which they may violate those specific commitments. The question is certainly not new in international law. Gold standards or reference currencies embodied in financial transactions, stabilization clauses built into contracts and, more recently, the vast network of bilateral investment treaties are all expressions of the search for stability and legal certainty. The right of the host State to adopt its economic policies together with the rights of investors under a system of guarantees and protection are at the very hearing of this difficult balance, a balance which the Convention was careful to preserve”).

³ *Gabriel Bottini*, Protection of Essential Interests in the BIT Era, in: *Weiler*, Investment Treaty Arbitration and International Law, p. 146. Bottini was counsel at the Office of the Attorney General, Buenos Aires, Argentina, although of course, as he cautions, his views do not necessarily represent the views of Argentina.

In the authors' view, this question is somewhat overstated. It is true that there has been a perception by some states, particularly developing countries, that arbitration impinges on their sovereignty¹. However, it is rarely the case that a state's regulatory *power* is called into question by investment treaties. Under international law, the state can always, subject to fundamental international legal norms such as prohibitions against unprovoked armed aggression against another state, or gross violations of human rights, do whatever it wants to regulate its internal affairs. That is not the question.

The question is what damages, if any, the state has *agreed* to pay when it chooses to exercise its legitimate regulatory rights. The question can perhaps best be understood in the context of expropriation. The state may expropriate as much property as it wants; it simply needs to pay for its actions if it has agreed to do so. As a practical matter, of course, financial considerations may strongly influence a state's actions. But in the investment arbitration context, especially since states have, depending on the case, not necessarily waived their right to refuse payment or execution of awards, it is not correct to characterize investment arbitration claims as seeking to compel or control states' actions.

As seen above, the jurisdictional connectedness requirement as stated in *CMS* is met if the measure is alleged to have adversely affected the investment and it is alleged that such adverse effect violates a specific legal protection identified by the investor². Although this definition may be characterized as fair, inasmuch as it recognizes that the degree of connectedness required is case specific depending on the particular legal protection invoked by the investor, it may also be characterized as somewhat vague. One might characterize the *CMS* decision as saying that the threshold level of connectedness required between the measure and the damage is the threshold level of connectedness required by whatever legal protection is invoked by the investor. As we will see below, this was indeed the result implied by

¹ See *W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson*, Chapter 36: State Contracts, in: *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed. (Oceana Publications Inc., 2000), p. 661–678, including sect. 36.01 titled “International arbitration as a perceived menace to sovereignty”.

² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 109 (“At the outset of this Decision, the Tribunal drew the line between acts which directly affect the investor’s rights under binding legal commitments and other acts which related to questions of public policy. Actions which affect those rights will normally relate to measures specifically addressed to the gas industry, but they may also be adopted in conjunction with measures of a more general nature. As long as they affect the investor in violation of its rights and cover the same subject-matter, the fact that they may originate from different sources or emerge at different times does not necessarily mean that the disputes are separate and distinct. The Tribunal is also mindful that, as explained above, what the Claimant has now to demonstrate is that *prima facie* it has been affected by actions adopted in violation of its rights and this burden has been met”).

the most recent Argentina decisions in the *Suez* cases, in which the tribunal stated that a general connectedness requirement did not exist at all under the ICSID Convention.

In the next Argentina decision after *CMS* to decide the “arising directly” requirement of Art. 25(1), *LG&E* (April 2004), the tribunal applied the analysis and conclusion of *CMS* without much comment¹ and allowed the claims to proceed past the jurisdictional stage. A similar decision was taken in *Enron* (August 2004)².

The *AES* (April 2005) tribunal agreed, and affirmed that the focus of the inquiry was on the particular rights of an investor in a given case, not on the general or specific character of the state measures:

“This Tribunal shares consequently the views earlier expressed by the Tribunal in the *CMS* decision on jurisdiction. What is at stake in the present case, as it was in the *CMS* one, are not the measures of a general economic nature taken by Argentina in 2001 and 2002 but their specific negative impact on the investments made by AES. As a sovereign State, the Argentine Republic had a right to adopt its economic policies; but this does not mean that the foreign investors under a system of guarantee and protection could be deprived of their respective rights under the instruments providing them with these

¹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision of the Arbitral Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras. 67–68 (“Finally, [with respect to] Respondent’s argument that the disputes submitted by the Claimants concern general measures taken by the Argentine Government, the Tribunal shares the analysis and conclusion of the Arbitral Tribunal in *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*... The Tribunal also concludes in the present case that the fact that the Claimants have demonstrated *prima facie* that they have been adversely affected by measures adopted by the Respondent is sufficient for the Tribunal to consider that the dispute, as far as this matter is concerned, is admissible and that it has jurisdiction to examine it on the merits”).

² *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim) (August 2, 2004), paras. 11–12 (“An extensive portion of the pleadings of the Argentine Republic and the documents submitted in this dispute concern explanations about the economic and social emergency affecting that country. Although most of these aspects belong to the merits of the dispute, the Tribunal is nonetheless aware of this emergency and takes due note of it. At this stage, it is only appropriate to conclude, as in *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (“*CMS*”), that the Tribunal is not here to examine measures of general economic policy or to judge whether they are right or wrong. Its duty is only to examine in due course “whether specific measures affecting the Claimant’s investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts”). In the same month, an ICSID tribunal in an Argentina case not related to the crisis stated that the “arising directly” requirement did not allow for arguing that the investor had to be a “direct” investor. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), para. 150 (“The direct requirement under the ICSID Convention is related to the investment dispute, not to whether the investor is direct or indirect”).

guarantees and protection. Without anticipating, at this state, on the consideration of the issue, whether this delicate balance between the respective rights of the host State and those of the investor were respected in substance, the present Tribunal states that it has jurisdiction for considering this issue”¹.

The tribunal also attempted to distinguish “the element of directness” necessary for jurisdiction under NAFTA, with the “arising directly” requirement under ICSID, suggesting that the connectedness requirement under NAFTA was greater than under ICSID².

In *Gas Natural* (June 2005), the tribunal, following *CMS*³, made a clear attempt to shift the emphasis of the analysis away from the state measures alleged and onto the investment and alleged damage suffered:

“[I]t is clear from the Request for Arbitration that the *claims* arise directly out of an investment even if the *governmental measures* were not directed expressly at that investment”⁴ (emphasis in original; internal citations omitted).

In *Continental Casualty Company* (February 2006), the tribunal affirmed the holding of *CMS*, that jurisdiction under the “arising directly” requirement was established with respect to whether or not the general measures violated specific commitments, and that the tribunal was not competent to pass moral judgment on the measures but to identify instances of liability⁵. However, the tribunal also had

¹ *AES Corporation v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, para. 57.

² *Ibid.*, para. 59 (“It should be stressed that the element of ‘directness’ under NAFTA Chapter 11 deals with the way in which the measures at stake affect the investor or the investment. The measure must directly affect the investment. ‘Directness’ in ICSID Convention (Art. 25) is something different”).

³ *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (June 17, 2005), paras. 39–40 (“The Tribunal in the *CMS* case, like the Tribunal in this case, held that questions of general economic policy do not come within the jurisdiction of the Centre, which is limited by Article 25 of the ICSID Convention to legal disputes related to an investment. It further held, as we do here, that the Centre does have jurisdiction to determine whether measures of general economic policy violate specific legally binding commitments given to an investor covered by the Treaty... The Tribunal in the *CMS* case also stated, as we do here, that whether the challenged measures in fact violate specific commitments given to claimant would be a major element in the plenary proceedings addressed to the merits”) (citations omitted).

⁴ *Ibid.*, para. 21.

⁵ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, para. 74 (“It is important to clarify that the subject matter of the dispute is not those general measures of Argentina

occasion to touch upon the intent and causality elements. With respect to intent, the tribunal stated that specific intent to harm via a measure “aimed at” the investment was not necessary¹, especially since general measures have historically been the basis for many investment arbitrations and for cases where diplomatic protection was directly invoked in claims by home states against host states on behalf of their investors². The tribunal also affirmed that causality (“direct impact”) had been shown where the claimant had indicated that its investments “were directly subject to, and legally and economically affected by the measures at issue”³.

In *El Paso Energy* (April 2006), the tribunal stated that although general measures of economic policy rarely give rise to international investment treaty violations, they could do so if the investor alleged that they had “highly specific effects”. The tribunal did not give consideration to causality issues, however, but used the term “highly specific effects”, as did *CMS*, with respect to whether or not the effects of the measures did or did not violate specific commitments to the investor⁴.

per se, nor can the Tribunal pass judgment on whether they were right or wrong from an economic or domestic legal point of view. The Tribunal is called upon by the Claimant, pursuant to an objective exercise of its competence under the ICSID Convention and the BIT, to determine whether an specific measures, or measures of general economic policy having a bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts. ‘What is brought under the jurisdiction of the Centre is not the general measures in themselves but the extent to which they may violate those specific commitments’”) (citations omitted).

- ¹ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, para. 71 (“First of all, the Tribunal does not consider that from a textual point of view the term ‘specific’ can be considered as a synonym of ‘directly’. A measure of the host State can affect directly an investment, so that the dispute as to the international legality of that measure arises directly out of that investment, even if the measure is not specifically aimed at that investment”).
- ² *Ibid.*, para. 72 (“International practice indeed shows that many, if not most, disputes based on an alleged breach of international standards concerning the treatment of the property of aliens, settled either by means of diplomatic protection or of direct arbitration, have arisen from general measures taken by host States, that affected directly those investments, without necessarily being specifically aimed at them. Were this not the case, nationalization measures, either aimed at the property of both nationals and foreigners, or just at foreign property, which would have been the subject matter of a substantial portion of those disputes, would have escaped any international litigation and dispute settlement mechanisms”).
- ³ *Ibid.*, para. 75 (“In the present case the assets that the Claimant indicates as representing its investments in Argentina were directly subject to, and legally and economically affected by the measures at issue. In the light of what has been said above this direct impact cannot be denied, to the effect that the jurisdictional requirement pertaining to ‘directly’ is satisfied”).
- ⁴ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction (April 27, 2006), paras. 97–100 (“In this Tribunal’s view, general measures of economic policy taken by a host State are not within the jurisdiction of ICSID tribunals. In that sense, and even conceding that the legal context of the instant case differs from that of Methanex,

The most recent Argentine decisions to address the “arising directly” requirement, those in the *Suez* cases (May and August 2006)¹, also rejected the jurisdictional challenge, but did so mainly by rejecting Argentina’s argument that the “arising directly” requirement even existed under the ICSID Convention:

“The Tribunal does not accept the Respondent’s interpretation of Article 25(1) of the ICSID Convention...The Convention makes no reference to governmental measures as a jurisdictional element”².

The *Suez* tribunal (two different cases but same tribunal members) suggested that the state had been creatively trying to expand the jurisdictional elements under the ICSID Convention by arguing that the investor had to show a connection between the measures and the damages alleged. Rather, consistent with the *CMS* holding, the *Suez* tribunal stated that the essential question was whether the measures had violated the specific rights granted to the investor:

“[The] disagreement arises directly out of the investment impacted by governmental measures, not out of the measures themselves. The Tribunal is not concerned with the wisdom, legality, or soundness of the policy measures taken by Argentina to deal with the economic crisis. Rather, the Tribunal’s task is to judge, at the merits stage of this case, whether the effect of Respondent’s actions on the Claimant’s investments violates the Respondent’s international legal obligations contained in the Argentina-France and Argentina-Spain BITs. In short, the core of the dispute centers on a basic question: Did the Respondent by its actions violate the rights granted to the Claimants and their investment under international law?”³

it cannot be denied that such general measures do often not result in a dispute ‘arising directly out of an investment’ in the sense of Article 25(1) of the ICSID Convention. It may well be, however, that in the context of the commitments assumed by the host State, ‘general’ measures have a ‘specific’ effect in that they violate specific commitments... In other words, the link required between the measure and the investment cannot be gauged simply by asserting that the measures taken are ‘general’ or that the State’s commitments are not ‘specific’. Such measures, though ‘general’ in appearance, may have highly specific effects”).

¹ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Jurisdiction (May 16, 2006); *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 (August 3, 2006).

² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, paras. 29–32.

³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, para. 29.

The *Suez* analysis may therefore be said to have rejected the elements of intent of the state and causality as part of the jurisdictional analysis, at least in arbitrations subject to Art. 25(1) of the ICSID Convention, and at least on a *per se* basis. Under the specific “rights granted to the Claimants”, however, as is discussed in subsect. 3.3 below, it still may be possible to invoke connectedness requirements at the jurisdictional stage.

3.2.3. Other decisions

The authors have not found many other decisions at the jurisdictional level concerning challenges based on the level of connection between the state measure and the damages alleged. As stated in subsect. 3.3 below, a second issue is that the character of the measure alleged might be challenged as *prima facie* insufficient based on the substantive legal protection invoked, such as fair and equitable treatment.

There have been a few other decisions to touch on the “arising directly” language of Art. 25(1) of the ICSID Convention. In *Tokios Tokelés v. Ukraine*, for instance, the tribunal affirmed that the state measure does not need to be “directed against the physical property of the investment”. For the tribunal, which recognized a separate jurisdictional requirement of directness: “The requirement of directness is met if the dispute arises from the investment itself or the operations of its investment, as in the present case”⁴. The holding in *Tokios Tokelés* is somewhat limited, however, in that although the measures were not directed against the physical property of the investment in that case, the measures were still highly specific to the investment and its operations⁵. The *Tokios Tokelés* holding might therefore be seen as part of the separate and larger debate over what constitutes the definition of an investment, in particular what aspects of the investor's operations enjoy protection as part of the investment.

⁴ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, paras. 90–91 (“The Respondent argues that the present dispute does not ‘arise directly out of an investment’ because the allegedly wrongful acts by Ukrainian governmental authorities (including unwarranted and unreasonable investigations of the Claimant’s business, unfounded judicial actions to invalidate the Claimant’s contracts, and false, public accusations of illegal conduct by the Claimant) were not directed against the physical assets owned by the Claimant, i.e., its facilities and equipment. In this regard, the Respondent misapprehends the jurisdictional requirements of Article 25. For a dispute to arise directly out of an investment, the allegedly wrongful conduct of the government need not be directed against the physical property of the investment. The requirement of directness is met if the dispute arises from the investment itself or the operations of its investment, as in the present case”).

⁵ *Ibid.*, para. 93 (“In the present case, each of the allegedly wrongful government actions-investigations, document seizures, public accusations of illegal conduct, and judicial actions to invalidate contracts and seize assets-involved the operations of the Claimant’s subsidiary enterprise in Ukraine. Accordingly, we are satisfied that the present dispute arises directly from the Claimant’s investment”).

In an interesting twist, it was the investor in *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia* that successfully challenged jurisdiction (over a state counterclaim) based partly on the Art. 25(1) “arising directly” language. The tribunal found that it had no jurisdiction to hear the state’s counterclaims that the investor had engaged in tax fraud because the investor’s duties to the state in that regard did not arise out of the investor-state legal relationship created by the ICSID Convention and legal instruments offering protection to the investor. The state’s claims related rather to the “general law” applicable to persons within the reach of a host State’s jurisdiction¹.

3.3. State measures jurisdictional hurdle 2: jurisdiction only if the alleged facts show prima facie that the state measure triggers the minimum applicable substantive legal protections, such as under the fair and equitable treatment standard

In addition to the general requirement of connectedness, which some tribunals have found codified under the “arising directly” language of Art. 25(1) of the ICSID Convention and the “relating to” language of Art. 1101 of NAFTA, a jurisdictional challenge might also be brought based on the requirements of whatever substantive legal protection is invoked by the investor. The question in this second basis for challenge would be whether the state measure as alleged meets the minimum requirements of the substantive legal protections relied upon which might involve causality, intent, or other elements.

We briefly examine here how such challenge might apply to the most frequently invoked substantive protection², that of fair and equitable treatment. A jurisdic-

¹ *Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia*, ICSID Case № ARB/81/1, Decision on Jurisdiction (May 10, 1988), paras. 125–126 (“The issue is therefore whether this particular claim falls within Article 25(1) of the ICSID Convention. In answering this question the Tribunal believes that it is correct to distinguish between rights and obligations that are applicable to legal or natural persons who are within the reach of a host State’s jurisdiction, as a matter of general law; and rights and obligations that are applicable to an investor as a consequence of an investment agreement entered into with that host state. Legal disputes relating to the latter will fall under Article 25(1) of the Convention. Legal disputes concerning the former in principle fall to be decided by the appropriate procedures in the relevant jurisdiction unless the general law generates an investment dispute under the Convention. The obligation not to engage in tax fraud is clearly a general obligation of law in Indonesia. It was not specially contracted for in the investment agreement and does not arise directly out of the investment”).

² As Schreuer writes, fair and equitable treatment has taken over from expropriation as the most common investor-state claim. Unlike expropriation, which often requires full compensation, fair and equitable treatment offers tribunals the possibility of according more flexible relief and usually offers a lower burden of proof. It also overlaps with other standards and has sometimes been used as a catch-all claim. *Christoph Schreuer*, Introduction: Interrelationship of Standards, in: *August Reinisch (ed.)*, *Standards of Investment Protection* (Oxford University Press, 2008), pp. 1–7.

tional challenge might apply under any number of standards¹, depending on the legal instruments involved, but the authors here give fair and equitable treatment as an example because of its almost universal application.

Fair and equitable treatment is a standard of protection whose definition is especially elusive. Even within the same legal instrument it might encompass several different meanings, and it may also have different meanings depending on the legal instrument involved².

Put simply, however, fair and equitable treatment involves the right of an investor to be treated fairly and equitably³. One might automatically assume therefore, that the state measure alleged must involve some element of *intent* to treat the investor unfairly, as seen in the “relating to” requirement of the *Methanex* tribunal discussed above, or at least an unfair difference in treatment (discrimination), even if unintentional. However, when one examines all the different factors that tribunals have stated may involve a violation of the “threshold of propriety”⁴ with respect to fair and equitable treatment, one sees factors which on their face do not necessarily involve malicious intent or unfair discrimination, such as “whether the State has failed to offer a stable and predictable legal framework”⁵.

The tribunals affirmed jurisdiction in two recent decisions in which the respondent challenged the application of the state measure involved based on the mini-

¹ It is worth noting that there is sometimes a claim available to investors called “arbitrary and unreasonable measures”, in which case the investor must allege that the measures were arbitrary and/or unreasonable, that for example they went against the normal practices of the state or against its own internal recommendations. The standard, like most investment arbitration standards, overlaps with others such as discrimination. See *Veijo Heiskanen, Arbitrary and Unreasonable Measures*, in: *August Reinish (ed.)*, *Standards of Investment Protection*, pp. 87–110.

² *Katia Yannaca-Small, Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments*, in: *August Reinish (ed.)*, *Standards of Investment Protection*, pp. 111, 129 (“Fair and equitable is a flexible, elastic standard, whose normative content is being constantly expanded to include new elements. Because of this flexibility, it is the most often invoked treaty standard in investor-State arbitration, present in almost every single claim brought by foreign investors against host States”; “[b]ecause of the differences in its formulation, the proper interpretation of the ‘fair and equitable treatment’ standard depends on the specific wording of the particular treaty, its context, the object and purpose of the treaty, as well as on negotiating history or other indications of the parties’ intent”).

³ *Tudor*, op. cit., p. 210 (“[T]he treatment in question, fair and equitable, is aimed at the Investor not at the State; it is the Investor who has to be treated fairly and equitably, it is not the obligation of the Investor to treat the State in a fair and equitable manner”).

⁴ *Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby*, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, 2011), p. 76.

⁵ *Reed, Paulsson, Blackaby*, op. cit., p. 76. For a more detailed description of the fair and equitable treatment standard, see *ibid.*, pp. 74–78; see also *Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer*, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 119–149.

minimum requirements of the fair and equitable treatment standard. In the *Teco Guatemala Holdings v. Guatemala* decision (jurisdiction and merits decided together), which applied the CAFTA-DR¹, the tribunal had occasion “to assess whether the Claimant has made a *prima facie* case of breach by Guatemala of its obligation to grant FET [fair and equitable treatment]”². The tribunal ruled that “the minimum standard of FET”, and thus the minimum allegations that had to be made for jurisdictional purposes was:

“[C]onduct attributed to the State and harmful to the investor if the conduct is arbitrary, grossly unfair or idiosyncratic is discriminatory or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety”³.

The element of specific intent to harm the investor was therefore not strictly necessary. However, there had to at least be one of the above-listed elements, most of which clearly involved substantive value judgments on the part of the tribunal. The *Teco* tribunal added that its minimum standard was analogous to the “minimum standard of treatment in customary international law” and was encompassed in “the international principle of good faith”⁴. The tribunal concluded by stating that, in that particular case, the claimant would satisfy the minimum standard on the merits if it could prove that:

“Guatemala acted arbitrarily and in complete and *willful* disregard of the applicable regulatory framework, or showed a *complete lack of candor or good faith* in the regulatory process”⁵ (emphasis added).

It might be observed from the above that, although malicious intent does not necessarily need to be alleged, such intent will go far in establishing jurisdiction and is a normal part of FET claims.

In the *Bayindir v. Pakistan* decision on jurisdiction, the tribunal also decided that it had jurisdiction over the FET claims alleged. The tribunal accepted the state’s argument that “an investor can never have an expectation that governments or gov-

¹ Free Trade Agreement between the Dominican Republic, the United States of America, and Central America.

² *Teco Guatemala Holdings LLC v. The Republic of Guatemala*, ICSID Case No ARB/10/17, Award (December 19, 2013), para. 447.

³ *Ibid.*, para. 454.

⁴ *Ibid.*, paras. 455–456.

⁵ *Ibid.*, para. 465.

ernment personnel would not change over the course of a given project”¹. However, the investor in that case had alleged not only a change in government, but state conduct towards its investment which under the circumstances passed the jurisdictional hurdle:

“Bayindir claims that *the changes in government had a direct influence upon Pakistan's conduct towards Bayindir's investment*, which is a question that should clearly be decided on the merits... it cannot prima facie be ruled out that Pakistan's fair and equitable treatment obligation comprises an obligation to maintain a stable framework for investment... *a State can breach the 'stability limb' of its obligation through acts which do not concern the regulatory framework but more generally the State's policy towards investments*. Under these circumstances, the Tribunal considers that, if proven, Pakistan's alleged change in its general policy toward Bayindir's investment is capable of constituting a breach of Pakistan's obligations to accord fair and equitable treatment”² (emphasis added).

3.4. Carve-outs and other means by which the state can control the extent to which its measures might give rise to liability

The state is often said to be the master of its own treaties and agreements³, and there is of course no reason why a state cannot simply exclude certain measures from investor protection when it drafts its legal instruments⁴. Such exclusions are sometimes referred to as carve-outs, or NPM (Non Precluded Measures)⁵ provisions.

It is another question altogether whether and to what extent the overuse of such carve-outs might start to defeat the purpose for investor protections by the host state, which is to incentivize investors to invest. In this respect, the authors note that in the decade or so before its crisis, Argentina had, as part of its privatization programs, markedly increased the number of its bilateral investment treat-

¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (November 14, 2005), para. 238.

² *Ibid.*, paras. 238–241.

³ *McNeill*, op. cit., p. 273 (“Perhaps the most effective means of reducing the risk of paying a substantial arbitral award, however, at least over the longer term, starts with the principle that States are the masters of their own treaties”).

⁴ *McNeill* writes that “[s]tates arguably bear some responsibility for failing to demonstrate the same initiative and imagination in exploiting the means at their disposal to manage the risks arising from their investment treaties”, and in his article proposes several areas of the treaties or legal instruments that states might focus on, based on prior arbitral decisions. *McNeill*, op. cit., p. 272.

⁵ For use of the term “non-precluded measures” (NPM) provision, see *Bottini*, op. cit., pp. 145–163.

ties designed to protect investors¹. While it is not generally necessary for an investor to prove that the existence of investor protections had motivated it to invest, it is not implausible to assume that this might in fact be the case for many sophisticated international investors. The state must therefore take care to ensure that the exception, the carve-out, does not swallow the rule that the investor is protected and foreign investment thereby encouraged.

If the state does wish to make carve-outs, it must take care to ensure that the carve-out is clearly worded to protect against liability from the particular state measures concerned.

In the *Philip Morris* case against Uruguay², Uruguay raised a jurisdictional objection based on a carve out in its bilateral investment treaty with the investor's home state. The investor, a manufacturer of cigarettes, alleged that measures related to the packaging of cigarettes, including the size of mandatory health warnings on cigarette packages, impaired the value of its investment in violation of its treaty rights. Uruguay argued, among other things, that Art. 2 of its BIT excluded public health measures from the scope of protection afforded investors. Article 2(1) of the BIT provided:

“Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting Party and *admit* such investments in accordance with its law. The Contracting parties recognize each other's right not to *allow* economic activities for reasons of *public security and order, public health or morality, as well as activities which by law are reserved to their own investors*”³ (emphasis added).

The tribunal rejected Uruguay's use of Art. 2(1) because, under its interpretation of the language above, the clause pertained only to *admitting* the foreign investment at the pre-establishment stage before the investment had been allowed to legally exist in Uruguay⁴. The above-language was not sufficient for an *absolute* carve-out.

¹ See, e.g., *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, para. 11 (“In 1991, Argentina embarked on a program of economic expansion to be carried out in significant part through privatization of state-owned enterprises and attraction of foreign direct investment. Argentina concluded more than fifty bilateral investment agreements, and undertook by law to guarantee the convertibility of the Argentine peso”).

² *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, Decision on Jurisdiction.

³ *Ibid.*, para. 167.

⁴ *Ibid.*, para. 174 (“The Tribunal concludes that Article 2(1) does not create an exception to the BIT's substantive obligations with respect to investments that have already been admitted in accordance with Uruguayan law. It is true, as the Claimants accept, that this does not prevent Uruguay, in the exercise of its sovereign power, from regulating harmful products in order to protect public health

The authors note that in February of this year, the tribunal in *Philip Morris* allowed an *amicus* submission to be filed by a third party, the World Health Organization, in connection with the merits phase of the arbitration and in support of states' control of tobacco use. The tribunal accepted Uruguay's citation of the *Methanex* case to show that there was a public interest involved in the arbitration to justify intervention by the World Health Organization¹.

In March of this year, and in response to an earlier *Phillip Morris* litigation case dismissed by the Australian courts, philanthropists Bill Gates and Michael Bloomberg also announced the creation of the Anti-Tobacco Trade Litigation Fund. The Fund will financially aid poorer states in resisting certain investor-state claims made by tobacco companies, and in drafting appropriate carve-out language to ensure the legitimacy of anti-tobacco measures².

There is another pending *Philip Morris* case of which the authors are aware, *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* (UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12). In the *Philip Morris Asia Limited* case, the state has in its response to the notice of arbitration made at least some reference in its defense to the general regulatory nature of its measures:

“Further, plain packaging measures are non-discriminatory regulatory actions of general application designed and adopted by the Australian Government to achieve the most fundamental public welfare objective — the protection of public health. Such measures do not amount to expropriation, are not equivalent to expropriation, and do not give rise to a duty of compensation”³.

This case does not appear to have involved a carve-out, but there may yet be further guidance with respect to general measures in the public health interest to come out of the *Philip Morris* examples.

after investments in the field have been admitted. But Article 2(1) is concerned solely with admission, although it is subject to the subsequent regulation of investments in ways consistent with the BIT. Whether the regulations here are in conformity with the BIT is thus an issue for the merits”).

¹ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Procedural Order No. 3 (February 17, 2015).

² *Kyriaki Karadelis*, Philanthropists launch tobacco claims defence fund, in: *Global Arbitration Review*, 19 March 2015, at: <http://globalarbitrationreview.com>.

³ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Australia's Response to the Notice of Arbitration (December 21, 2011), para. 46.

4. Procedural avenues for challenging jurisdiction

4.1. Bifurcation

The main avenue available for challenging jurisdiction, other than along with the merits, is to seek bifurcation of the proceedings. Whereas in international commercial arbitration, “bifurcation” may refer to splitting up the proceedings either into jurisdictional and merits stages, or into liability and damages stages, bifurcation in the investment arbitration context almost always refers to the former — holding separate proceedings on jurisdiction before proceeding (if necessary) to the merits. In the context of ICSID arbitration, bifurcation is provided for under Art. 42(2) of the ICSID Convention which allows tribunals to decide jurisdictional questions separately or at the same time as the merits:

“Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute”.

Unless the Parties can agree, the decision of whether or not to bifurcate proceedings is within the sole discretion of the Tribunal. The decision depends on the individual circumstances of the case. There are good arguments for and against bifurcation, with the investor usually preferring to argue jurisdictional questions along with the merits, and the state usually preferring to bifurcate¹. In a recent case, one of the authors, acting as president of an ICSID tribunal, issued a decision on bifurcation which was particular to that case².

¹ Some of the arguments an investor might make are that, in the given case, jurisdictional questions are intertwined with the merits such that they can only be (or would more efficiently be) considered together, or that bifurcation would confer an unfair tactical advantage to the state by increasing costs or delaying the proceedings. From the state’s perspective, bifurcation might in the given case be more efficient not only because (according to the state) there would be no jurisdiction and thus no need to go to the merits phase, but because certain key issues could be resolved at the jurisdictional phase and thereby reduce the work in the merits phase even if such a phase was necessary; there may also be an argument available in a given case that if claimants are successful in overcoming the jurisdictional challenge, it is still within the Tribunal’s discretion to compensate claimants for any increased costs occasioned by the bifurcation procedure. See *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, para. 95 (“[I]t could not be suggested that the Disputing Parties’ efforts have been wasted in advancing their extensive submissions on these issues. The exact opposite is true: in the light of the factual evidence still to be adduced in these arbitration proceedings, it may be necessary for the Tribunal to address and decide many of these submissions at a later stage of this arbitration; and we trust that in this regard the research and the written work have been largely completed by the Disputing Parties and will require no repetition”).

² *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyongazdálkodó Zrt. v. Hungary*, ICSID Case № ARB/12/3, Decision on Respondent’s Notice of Jurisdictional Objections and Request for Bifurcation (August 8, 2013).

One should note that if the arbitration is administered by an institution, and even before a tribunal has the chance to rule on jurisdiction, that institution may decide not to register the case because it is clear that there can be no jurisdiction. Under the ICSID Convention's Art. 36(3)¹, the Secretary-General of the ICSID Arbitration Centre may refuse to register a request for arbitration if he or she finds that the dispute is "manifestly outside" the jurisdiction of the Centre. Similar institutional mechanisms for filtering out clearly non-meritorious claims are in place under the rules of some of the other institutions that administer investment arbitrations, including the SCC² and the ICC³.

4.2. Early summary dismissal of case by the tribunal

There has been a new procedure in place since 2006 under ICSID Arbitration Rule 41(5), which provides for dismissal by the tribunal of a case on jurisdictional and other grounds on an expedited schedule — at the latest shortly after the first meeting with the tribunal, which is earlier than is available under bifurcation. The details of the procedure, such as the schedule of written submissions, if any, has been largely left in the hands of the tribunals. Rule 41(5) provides, in part:

“Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that *a claim is manifestly without legal merit*... The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, *at its first session or promptly thereafter*, notify the parties of its decision on the objection” (emphasis added).

The several decisions pursuant to Rule 41(5) available on the ICSID website agree that the phrase “manifestly without legal merit” refers to any circumstances under which a claim might be dismissed, including for lack of jurisdiction. The rule has been invoked successfully by parties in several instances over the past few years

¹ “The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register”.

² SCC Rules, Art. 10 (Dismissal): “The Board shall dismiss a case, in whole or in part, if: (i) the SCC manifestly lacks jurisdiction over the dispute”.

³ Under Art. 6(3) of the ICC Rules (2012), the Secretariat may refer a preliminary jurisdictional issue to the Court of Arbitration if there are jurisdictional objections in the Answer or if there is no Answer. The Court must then, under Art. 6(4) be “*prima facie* satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist” for the arbitration to continue.

to dismiss cases on jurisdictional grounds, and might inspire similar procedures by non-ICSID tribunals in the appropriate circumstance.

The seminal decision on Rule 41(5) was made in the *Trans-Global v. Jordan*¹ case. In *Trans-Global* (May 2008), the tribunal affirmed that “an objection that a claim is manifestly without legal merit” under Rule 41(5) may also encompass jurisdictional objections. While two of the three objections in *Trans-Global* required more analysis on the merits, the tribunal accepted one of the objections and dismissed one of the claims, based on a failure of the state to consult with the investor when it was clear on the face of the applicable BIT that the duty to consult only applied to the “Contracting Parties”, i.e. the host state and the home state².

At least three other tribunals have followed suit by allowing Rule 41(5) to be invoked by respondents for jurisdictional objections. In *Brandes Investment Partners v. Venezuela* (February 2009), the tribunal accepted that “the term ‘legal merit’ covers all objections to the effect that proceedings should be discontinued at an early stage because, for whatever reason, the claim can manifestly not be granted by the Tribunal”³. The *Brandes* tribunal, however, found that in that case “complex issues of fact have to be determined” and allowed the case to continue⁴.

In *Global Trading Resource Corp. v. Ukraine* (December 2010), the Ukraine successfully had the claims dismissed because they were based, on their face, to cross-border sales of goods which did not qualify as investments under the applicable BIT⁵. Although the investors argued that the reality of their business transactions with the Ukraine was different than their form, “the Tribunal was unable to see what further materials relevant to the question at issue, be it in the shape of legal argument or authority or in the shape of witness or documentary evidence, either Party might wish to, or be able to, bring forward at a later stage”⁶. The investor’s claims were also dismissed in *RSM v. Grenada* (December 2010), where the

¹ *Trans-Global Petroleum, Inc. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case № ARB/07/25, The Tribunal’s Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules (May 12, 2008).

² *Ibid.*, para. 118 (“In the Tribunal’s view, whilst the Respondent bears an obligation thereunder to consult with the USA as its ‘Contracting Party’, it is obvious the Respondent owes no similar obligation to the Claimant. The Claimant clearly has no legal rights under Article VIII”).

³ *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case № ARB/08/3, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 55.

⁴ *Ibid.*, para. 72.

⁵ *Global Trading Resource Corp. and Globex International Inc. v. Ukraine*, ICSID Case № ARB/09/11, Award (December 1, 2010), paras. 41–42.

⁶ *Ibid.*, para. 34.

tribunal found that under the doctrine of collateral estoppel the same issues had been decided in a prior arbitration involving the parties¹.

Since Rule 41(5) allows the state to force the tribunal to decide on jurisdictional issues at an early stage, a kind of “forced bifurcation”, the question arises as to what the state respondent's burden of proof may be. If it is the same as during bifurcation proceedings, then one could expect states to routinely bring Rule 41(5) objections. This has not been the case.

The *RSM* tribunal agreed, for instance, with what it characterized as the conclusions of the *Trans-Global* and *Brandes* tribunals², and found that an objection under Rule 41(5)

“(a) may go either to jurisdiction or the merits; (b) must raise a legal impediment to a claim, not a factual one; and (c) must be established *clearly and obviously*, with relative ease and dispatch... the standard is thus set high”³ (emphasis added).

The *RSM* tribunal also stated that:

“Given the potentially decisive nature of an Article 41(5) objection, we would add that, for a tribunal faced with such an objection, it is appropriate that a claimant's Request for Arbitration be construed liberally and that, in cases of doubt or uncertainty as to the scope of a claimant's allegation(s), any such doubt or uncertainty should be resolved in favour of the claimant”⁴.

¹ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No ARB/10/6, Award (December 10, 2010).

² *Trans-Global Petroleum, Inc. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, The Tribunal's Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 88 (“The Tribunal considers that these legal materials confirm that the ordinary meaning of the word requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and dispatch. The standard is thus set high. Given the nature of investment disputes generally, the Tribunal nonetheless recognizes that this exercise may not always be simple, requiring (as in this case) successive rounds of written and oral submissions by the parties, together with questions addressed by the tribunal to those parties. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult”); *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on the Respondent's Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 62–64 (“The level of scrutiny of ‘manifestly’ obviously provides a far higher threshold than the *prima facie* standard normally applied for jurisdiction under Rule 41(1) where the factual premise for the decision on jurisdiction is normally taken as alleged by the Claimant [adopting clearly and obviously standard]”).

³ *Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v. Grenada*, Award, paras. 6.1.1–6.1.2.

⁴ *Ibid.*, paras. 6.1.3.

Despite the “clearly and obviously” standard, however, the kind of jurisdictional analysis that a tribunal takes in a Rule 41(5) proceeding is similar to that taken during bifurcation proceedings, except that it is more difficult (on subjective appreciation of the tribunal) for the state to prevail. The *prima facie* analysis also applies:

“[T]he factual premise has to be taken as alleged by the Claimant. Only if on the best approach for the Claimant, its case is manifestly without legal merit, it should be summarily dismissed”¹.

“[T]he tribunal need not accept at face value any factual allegation which the tribunal regards as (manifestly) incredible, frivolous, vexatious or inaccurate or made in bad faith; nor need a tribunal accept a legal submission dressed up as a factual allegation. The Tribunal does not accept, however, that a tribunal should otherwise weigh the credibility or plausibility of a disputed factual allegation”².

While jurisdiction must be manifestly lacking for a Rule 41(5) objection to succeed, the rule does provide states with a tool to force early consideration of jurisdiction. The procedure cannot replace bifurcation but provides a complimentary procedural device in which the regulatory rights of the state might be balanced against the jurisdictional rights of the investor.

5. Cases involving Russia

As this article was first prepared for the Russian Arbitration Day 2015 conference in Moscow³, it is only fitting that the authors make a few remarks about the Russian state’s experience in investor-state arbitration, particularly with respect to any allegations by claimants that its regulatory measures taken in the public interest violated investor protections.

The few decisions pertaining to investor-state arbitration with Russia (those which have been widely published, at least) have not addressed this issue, at least on the same level as the *Methanex* and *Argentina* cases. However, some relevant aspects of jurisdiction in the context of general state measures have been addressed in decisions pertaining to Russia.

¹ *Brandes Investment Partners, LP v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 61.

² *Trans-Global Petroleum, Inc. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, The Tribunal’s Decision on the Respondent’s Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules, para. 105.

³ The authors warmly thank the organizers and their Russian hosts for the opportunity to present at this conference.

In the *Sedelmayer* case (award of July 1998)¹, which involved claims of expropriation of the property of a security company, one of Russia's arguments was that there could not be expropriation if the seizure of property was carried out in accordance with local law which had been designed for a public purpose. The tribunal ruled, however, that under the applicable treaty "an investor is entitled to compensation even if expropriation measures are carried out for a public purpose in accordance with the relevant legislation"².

The next Russia case to have been widely published was the *Berschader* case (award of June 2006)³, in which the claimant had constructed or partially constructed a building for the Russian state, the contract was terminated by Russia, and the premises eventually taken over by the Russian Supreme Court. The claim was dismissed by a majority of the tribunal which found that the claimant's activities in Russia did not qualify as an investment under the applicable BIT. The state's alleged measures in this case were highly specific to the claimant, and the kinds of questions discussed in this presentation do not seem to have arisen as major issues.

The most famous case, or set of cases, are what is referred to as the *Yukos* arbitration (decisions on jurisdiction taken 30 November 2009⁴). In *Yukos*, the measures complained of were specific to the Yukos company and allegedly taken in order to destroy what was once one of the largest oil and gas companies in Russia, including criminal prosecutions, tax reassessments, freezing of assets, and threatened revocation of licenses. Under these circumstances, the general character of the state's measures did not arise as a major ground for jurisdictional challenge, at least not to the extent of the *Methanex* and *Argentina* cases.

However, one of Russia's main jurisdictional arguments in *Yukos* did center around the validity and applicability of a carve-out for "Taxation Measures". Under this carve-out, no claims could arise from general Taxation Measures, which Russia argued included the complained of tax reassessments. The tribunal deferred for the merits stage of the proceedings the issue of whether the carve-out applied to the measures alleged, implicitly accepting claimant's distinction between "bona fide"

¹ *Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation through the Procurement Department of the President of the Russian Federation*, SCC Case, Award (July 7, 1998).

² *Ibid.*, para. 73.

³ *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No 080/2004, Award (April 21, 2006).

⁴ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (November 30, 2009); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (November 30, 2009); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (November 30, 2009).

taxation measures and measures taken with the *intent* to harm claimants¹. Regardless of the stated purpose or even character of the measure, it was the intent to harm that was dispositive. Here we see echoes of the *Methanex* decision, in which reasonably supported accusations of the specific intent of the state to harm the investor are in some instances sufficient to allow for jurisdiction over the claim.

In two subsequent and related cases, *RosInvest*² and *Quasar*³ (or *Renta 4*)⁴, brought separately by investors with stakes in the Yukos company, a carve-out for “Taxation Measures” was not at issue. However, whether or not Russia could be held liable for taxation measures was a central issue that was allowed to proceed to the merits stage. The *RosInvest* tribunal accepted jurisdiction over the objections of Russia, which included that it had legitimately implemented its tax regime. The *Quasar* tribunal similarly heard on the merits whether the tax measures were arbitrary or discriminatory, and whether the tax issues were a pretext for the seizure of Yukos’ assets. In both of these instances, Russia could not claim that general measures were not violations of investor protections if the investor could show specific intent to harm the investor.

¹ *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 555–585, 583–584 (“The Tribunal observes that the background to, and motivation behind, the Russian Federation’s measures that gave rise to the present arbitration, be they ‘Taxation Measures’ or not, go to the heart of the present dispute. The Tribunal will not rule on this crucial issue in a vacuum. Therefore, the Tribunal has decided to defer its definitive interpretation of Article 21, and its characterization of Claimant’s claims for purposes of Article 21, to the next phase of the arbitration, when it will have a complete record on the nature of the claims themselves and a fuller understanding of the facts”); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 556–586, 583–586; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 567–597, 594–597.

² *RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case № V079/2005, Award on Jurisdiction (October 2007) (shareholder of Yukos claiming separately for expropriation).

³ *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A., and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation*, SCC Case № 024/2007, Award (July 20, 2012).

⁴ The *Quasar* tribunal, *supra*, dismissed the claims of several of the claimants, including *Renta 4 S.V.S.A.*, on *rationae personae* grounds in its Award on Preliminary Objections of 20 March 2009.

TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

DR. MAXI SCHERER,

LL.M., senior lecturer in Queen Mary University of London
(School of International Arbitration),
special counsel at Wilmer Cutler Pickering Hale
and Dorr LLP (London)¹

The topic of transparency in international investment arbitration has gained, and continues to gain, increased attention². The heightened public awareness of this issue is justified: investment disputes between foreign investors and host states before international tribunals typically involve high-stakes — usually financial, often also political. Host state governments have much at stake in the political equations arising out of these often sensitive disputes. Sometimes, it may be a population within the host state that most directly bears the effects of a foreign investment project, rather than the host state's government³.

¹ This paper is based on parts of the introduction and conclusion co-written with Dimitrij Euler and Markus Gehring, in: *Euler, Gehring & Scherer (eds.)*, *Transparency in International Investment Arbitration — A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (Cambridge University Press, 2015, forthcoming; foreword by James Crawford).

² See, e.g., *Nathalie Bernasconi-Osterwalder*, *Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitrations*, in: *Marie-Claire Cordonier Segger, Markus W. Gehring & Andrew Newcombe (eds.)*, *Sustainable Development in World Investment Law* (Kluwer Law International, 2011); *Julie Maupin*, *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky*, in: *Andrea Bianchi & Anne Peters (eds.)*, *Transparency in International Law* (Cambridge University Press, 2013); *Stephan W. Schill*, *Editorial: Five Times Transparency in International Investment Law*, 15 *Journal of World Investment & Trade*, pp. 363—374 (2014). On public interest generally, see *Andreas Kulick*, *Global Public Interest in International Investment Law* (Cambridge University Press, 2012).

³ See *Jose Daniel Amado*, *From Investors' Arbitration to Investment Arbitration: A Mechanism for Allowing the Participation of Host State Populations in the Settlement of Investment Conflicts*, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2385776.

It is in these circumstances that the concept of transparency in investor-state arbitration has gained increased visibility as a topic of concern. Because of the involvement of a state, investment arbitration has the potential to affect “public interest” issues, i.e., issues that concern the broader public and not just the parties to the dispute. Commentators and civil society groups have thus called for increased public involvement in investment arbitration proceedings, in order to incorporate broader policy considerations into the dispute resolution process. The perception of “secrecy” in investor-state proceedings has been a contributing factor in the growing dissatisfaction with this type of dispute resolution mechanism as a whole, which has in some cases culminated in states’ denunciation of bilateral investment treaties¹.

This “legitimacy crisis” of investment arbitration, of which the transparency debate forms an important part, can be explained in part by the hybrid nature of investment arbitration at the crossing of the public and private sphere². On the one hand, investment arbitration is a creature of public international law. The dispute involves a state, and the parties’ substantive rights as well as the agreement to arbitrate (in treaty-based investment arbitration) arise out of an instrument of public international law, i.e., the treaty. On the other hand, arbitration is a private form of dispute resolution mechanism, away from state courts and under procedural rules shaped and chosen by the parties.

This hybrid nature of investment arbitration affects the debate as to whether, or better how much, transparency is needed. From one point-of-view, investment disputes, or more precisely, their outcomes, may have fairly immediate effects for large numbers of individuals and for a host state’s economy, some of which have a long-term character. These disputes typically involve matters of legitimate public concern, including, for example, the environment, public health and even human rights and corruption. Therefore, under this view, it is difficult to see why such proceedings ought to enjoy the protections of confidentiality in the manner that commercial arbitrations typically do. Moreover, being based on a treaty, confidentiality protections that exist under purely contractual disputes do not enjoy the same level of justification.

From another perspective, investment arbitration remains a private dispute resolution process. As such, irrespective of the parties’ identities or the source of the arbitration agreement, proceedings should remain confidential, precisely because the proceedings do not occur before state courts. Where the parties have

¹ For example, Indonesia in 2014 announced its intention to review or terminate numerous bilateral investment treaties. Further, Venezuela in 2012 submitted a notice to ICSID denouncing the ICSID Convention. Bolivia and Ecuador had done likewise in 2007 and 2009, respectively.

² See, e.g., *Zachary Douglas*, *The Hybrid Foundations of Investment Arbitration*, 74 *British Yearbook of International Law* 151 (2003).

decided to refer a dispute to arbitration, rather than to litigate in court, their right to confidentiality should be respected.

The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (hereinafter — the Rules) attempt to strike a balance between the different interests at stake. The Rules arguably successfully level the playing field between investors and host states, and contribute to more globally increasing the legitimacy of investment arbitration as a system.

The drafters of the Rules were not the first to consider the thorny issue of transparency. Even before the adoption of the Rules, certain tribunals constituted under the UNCITRAL Arbitration Rules had shown themselves amenable to transparency-based arguments, at least as far as third-party written submissions were concerned. Notable among these instances was the decision of the tribunal in *Methanex v. United States of America* that certain third parties or *amici* — the International Institute for Sustainable Development, Communities for a Better Environment and the Earth Island Institute — were permitted to make written submissions to the tribunal¹. It was the first investment tribunal to hold that Art. 15(1) of the UNCITRAL Arbitration Rules gave it the power to accept *amicus* briefs even against the wishes of one of the disputing parties, thereby signaling a recognition of public concerns associated with transparency of proceedings. The *Methanex* tribunal offered a powerful statement in this order on third-party submissions and transparency:

“There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive *amicus* submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm”².

By way of comparison, similar developments occurred in arbitrations under the ICSID Rules. Notably, the tribunal in *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* decided

¹ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as “*Amici Curiae*” (January 15, 2001).

² *Ibid.*, para. 49.

to allow a third-party written submission despite the opposition of the investor¹. Not long thereafter, the tribunal in *Biwater Gauff (Tanzania) v. United Republic of Tanzania* allowed an *amicus* submission under the revised ICSID Rules².

It is against this background of developing case law and awareness of transparency issues that the UNCITRAL's Working Group II began to develop the Rules. The transparency debate commenced in earnest during the Working Group's forty-eighth session, in 2008. Certain NGOs and states pushed the topic of transparency onto the agenda at that session, and, in 2010, the Commission created a mandate for the Working Group with respect to the topic of transparency³. The Rules were finally adopted in 2013⁴. The Rules are thus the product of over four years of work by the UNCITRAL's Working Group II and the Commission itself. However, the Working Group's efforts did not stop there, since they have also elaborated a Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration which aims at broadening the scope of application of the Rules, and which was adopted in 2014⁵.

More globally, the important role that 'public interest' issues play in investment arbitration has raised the question as to whether arbitral tribunals are well-placed to deal with such types of disputes. According to some, arbitral tribunals are not well-placed to deal with investment disputes since arbitrators can only rely on, and are accountable towards, the parties⁶. First, arbitration being an adversarial process, arbitral tribunals first and foremost rely on the disputing parties' written and oral submissions to address the issues before it. This limits the tribunal's access to relevant information. In extreme cases, disputing parties may hide unwanted information from the tribunal which could have an impact for the public at large. Second, the arbitral tribunal is only accountable towards the parties. Its mission stems from, and is defined by the parties' arbitration agreement. It is limited to resolve the parties' dispute before it. As such, the arbitral tribunals are different from

¹ *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic*, Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae (May 19, 2005).

² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No 5 (September 29, 2006), para. 22.

³ See UNCITRAL, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, 43rd session (21 June — 9 July 2010), UN Doc A/65/17.

⁴ See UNCITRAL, Report of the United Nations Commission on International Trade Law, 46th session (8—26 July 2013), UN Doc A/68/17.

⁵ See Resolution adopted by the General Assembly on 10 December 2014, UN Doc A/RES/69/116.

⁶ See *Marshal Fiona*, Defining New Institutional Options for Investor-State Dispute Settlement, pp. 14—16 (2009), available at: www.iisd.org/pdf/2009/defining_new_institutional_options.pdf.

state courts, which have a broader mission and (at least in theory) are accountable towards the public at large. These points arguably show that arbitral tribunals, as private bodies, are not well-placed to address disputes that involve issues of public interest, such as investment cases.

Although such a view has some merit, it is important to bear in mind that, so far, no other viable option of resolving investment disputes exists. Whereas being sued before the courts of another state is a no-go for the host state, reverting to the national courts of the host state is unacceptable for the investor in most cases. While the development of an international court dealing with investment disputes could be a possible solution, it is unlikely that such court will see the light any time soon, due to the immense political issues at stake.

Moreover, contrary to the view expressed above, treaty-based arbitral tribunals are arguably well-placed to address issues of international and transnational public interest. Their foundation in an investment treaty has the potential to establish accountability vis-à-vis its contracting states. When considering issues of public interest, the tribunal should consider them in light of the underlying treaty provisions.

It is also sometimes said that investment arbitration has an inherently investor-friendly bias¹. While there is no conclusive evidence to this effect, the (real or perceived) investor-friendliness of arbitral tribunals has contributed to a “legitimacy crisis” of investment arbitration. The Rules have the potential to ease some of those concerns in that they level the playing field between the investor and the host state in several ways.

First, the (real or perceived) investor-friendliness of arbitral tribunals is arguably counter-balanced by powers granted to host states under the Rules to define their policies as to the adequate level of transparency. For instance, Art. 7(5) of the Rules contains an exception to transparency based on the host state’s “essential security interests”. This provision arguably leaves a broad discretion to the host state’s legislative powers. The host state’s discretion may, however, in some instances, be limited if seen as abusive or acting against good faith. Similarly, under Art. 7(2)(c), the law governing the transparency exception for “confidential and protected information” is determined differently depending on whether the information is of the host state or of the investor. Information of the host state is governed by

¹ Pro: see, e.g., *Olivia Chung*, *The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor-State Arbitration*, 47 *Virginia Journal of International Law*, p. 953 (2007); *Ibronke T. Odumosu*, *The Antinomies of the (Continued) Relevance of ICSID to the Third World*, 8 *San Diego International Law Journal*, p. 345 (2007). Contra (Arguing for a Neutral Forum): see, e.g., *Jan Paulsson*, *Denial of Justice in International Law*, p. 265 (2005); *Charles N. Brower & S.W. Schill*, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?*, 9 *Chicago Journal of International Law*, p. 471 (2009).

the law of that state, whereas information of the investor is governed by the rules determined by the arbitral tribunal. The host state therefore indirectly has the power to legislate on the scope of this exception to transparency. All these provisions under the Rules show broad powers granted to the host state and may, in the context of transparency, alleviate the (real or perceived) concern about investor-friendliness of arbitral tribunals.

Second, and maybe even more importantly, the Rules level the playing field between investors and host states in that *both* will be subject to increased public scrutiny and thus accountability of their actions in relation to foreign investments. For instance, investors will not be able any more to bring disputes “behind closed doors” without any reputational risk involved. The investor’s conduct will be discussed in the public domain, including where the investor (arguably) contributed to, or caused, environmental or even human damage¹. Such public scrutiny could, for instance, adversely affect the corporation’s value, decrease its share price and increase marketing and public relations costs. Similarly, host states will be prevented from keeping a “veil of secrecy” of their (alleged) unfair or illegal government behavior². As such, the transparency imposed under the Rules creates a more level playing field in which investors and host states alike will have to manage this increased scrutiny and its consequences.

In this context, it is worth considering whether “too much” transparency might result in a possible backlash. Historically, confidentiality in international public law disputes has also been developed to de-politicize such disputes and, eventually, to

¹ See, e.g., *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No ARB/02/3, Petition by NGOs and People to Participate as an Intervening Party or Amici Curiae (August 29, 2002); IISD, *Amicus Curiae Fundación Pachamama and The International Institute for Sustainable Development (IISD) — Chevron v. Ecuador (2010)*, available at: www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1718 (concerning *Chevron Corporation (U.S.A.) and Texaco Petroleum Corporation (U.S.A.) v. Republic of Ecuador [III]*, PCA Case No 2009-23); Amnesty International, *Human Rights on the Line — The Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) Pipeline Project*, Amnesty International Report (May 2003), available at: www.amnesty.org.uk/content.asp?CategoryID=11587; UNCTAD, *World Investment Report 2007*, p. 145 (2008); *Valerie Sperling*, *Altered States: The Globalization of Accountability*, p. 83 (Cambridge University Press, 2009); see also, e.g., press statements: *Michael Keating*, *Nigeria’s Oil Disasters Are Met by Silence*, *The Guardian Online* (January 9, 2012), available at: www.theguardian.com/commentisfree/2012/jan/09/nigeria-oil-disaster-silence; *Jim Schultz*, *Bechtel vs Bolivia: The People Win!*, *Peacework* (February 2006), available at: www.wilpf.org/bechtelvsbolivia; *Bob Herbert*, *Disaster in the Amazon*, *New York Times* (June 4, 2010), available at: www.nytimes.com/2010/06/05/opinion/05herbert.html?_r=0.

² See, e.g., *Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No AA 228, 761-812, Final Award (July 18, 2013) (deciding Harassment, Intimidation and Arrests claims); *Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan*, Award, ICSID Case No Arb/08/12 (June 5, 2012), paras. 10, 32, 116.

prevent them from being “resolved” in an armed conflict¹. Conversely, imposing transparency in highly politicized investment disputes may sometimes bear the risk of escalating the dispute, perhaps even rendering it impossible to reach a reasonable settlement. It is, therefore, fundamental that the transparency obligations under the Rules are subject to a series of appropriate exceptions.

In any event, the application of the Rules will significantly influence the way treaty-based investor-state arbitration is conducted and, maybe equally importantly, perceived.

First, the Rules have the potential to increase the acceptance of investment arbitration by ensuring both better accountability of the arbitral tribunals, as well as consistency and predictability of the decisions they render. As such, transparency, as framed under the Rules, is in the interest of all the players involved. On the one hand, investors are interested in predictable outcomes so that they can effectively assess their risks when making the investment. On the other hand, host states are interested in being able to evaluate the appropriateness of measures they adopt, the risk of challenges by foreign investors and thus eventually their possible liability.

Second, increased transparency has the potential effect that arbitral tribunals will be better-informed and thus render better awards. Letting third parties (i.e., a third person or a non-disputing party to the underlying treaty) participate in the arbitral process and make submissions allows arbitral tribunals to broaden their access to relevant information. Compared to a purely confidential setting, arbitral tribunals might thus receive important information they might not be able to get from the parties alone.

In sum, the well-balanced framework of the Rules is likely to positively influence the way treaty-based investor-state arbitration is conducted and perceived. As such, the Rules may help lead to a pendulum swing, away from repeated concerns and a persistent “legitimacy crisis” of the investment system, and towards a more widely accepted and fairer dispute resolution process. In short, the Rules have the potential to overcome the (perceived) lack of legitimacy in international investment arbitration and inspire renewed confidence in a system that was created to avoid unfair or even belligerent means of “resolving” disputes.

¹ Cf. *Jeremy Bentham*, Essay III. Of War, Considered in Respect of Its Causes and Consequences, Entailed in Principles of International Law, in: *John Bowring (ed.)*, VIII The Works of Jeremy Bentham, pp. 544–545 (1939). For instance, in the so-called “Alabama claims” case in 1872, a tribunal based in Geneva determined the appropriate degree of transparency to reduce the risk of another war between the UK and the US. See *Frank Warren Hackett*, Reminiscences of the Geneva Tribunal of Arbitration 1872: The Alabama Claims, pp. 160–164 (1911).

Раздел 3

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ В АРБИТРАЖЕ

АНТИИСКОВЫЕ МЕРЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ: ВОПРОСЫ ДОПУСТИМОСТИ

О.А. ВИШНЕВСКАЯ,

адвокат, старший юрист практики
разрешения международных споров
адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»,
LL.M. (программа «Master in International Dispute
Settlement» [Женева])

Антиисковые меры являются одним из самых критикуемых средств борьбы с параллельными разбирательствами, вмешивающимся в принципы международного права и дружественные механизмы координации юрисдикционных конфликтов. В контексте международных разбирательств, где нет иерархии форумов, допустимость этого инструмента сомнительна.

В отсутствие эффективных альтернатив антиисковые меры являются необходимым «злом», которое может ограничено использоваться при соблюдении ряда условий, включая наличие очевидного риска противоречащих решений, недобросовестного поведения стороны и практической ценности мер.

Арбитраж представляет собой способ разрешения споров, основанный на соглашении сторон о выборе юрисдикции. Таким образом, заключение арбитражного соглашения подразумевает очевидные последствия и ограничения в выборе юрисдикции, и у арбитражного трибунала должны быть механизмы ее защиты.

Необходимость такой защиты возникает при параллельных разбирательствах, когда один и тот же спор рассматривается несколькими форумами.

Нежелательность параллельных разбирательств можно объяснить тремя основными причинами: 1) риск противоречащих решений; 2) неэффек-

тивное расходование ресурсов и 3) риск процессуальных злоупотреблений¹. Это также ведет к фрагментации и непредсказуемости, из-за чего в контексте международного арбитража параллельные процессы называют источником нарушения его целостности². Особенно вредны могут быть параллельные процессы в арбитраже и суде, поскольку в этом случае нарушается договорное обязательство сторон по передаче споров в арбитраж и исключению юрисдикции государственных судов³.

Среди различных механизмов борьбы с юрисдикционными конфликтами одним из самых спорных являются антиисковые меры (*antisuit injunction*), сводящиеся в основном к запрету стороне обращаться в суд или арбитраж, которые не обладают юрисдикцией рассматривать спор, по мнению принимающего решение об антиисковых мерах органа. В частности, их критикуют за нарушение норм и принципов международного права⁴ и за несоответствие другим правилам разрешения конфликтов юрисдикций. Указанный инструмент также вызывает споры об основах взаимоотношений между судами и арбитражными трибуналами⁵.

Существуют различные категории антиисковых мер — в зависимости от их содержания и от органа, выносящего решение. Среди множества вопросов, которые возникают при их анализе, наиболее спорным является следующий: должны ли они допускаться в международном арбитраже, и если да, то в какой степени? Как отмечает Гэри Борн, судебные антиисковые меры являются неоднозначным инструментом, поскольку в этом случае суды одного государства вмешиваются в деятельность судов другого государства, однако такие меры еще более спорны в случае их принятия арбитрами, компетенция которых основана на соглашении сторон и у которых нет полномочий государственного суда⁶.

¹ *Kaufmann-Kohler G.* How to Handle Parallel Proceedings: A Practical Approach to Issues such as Competence-Competence and Anti-Suit Injunctions // *Dispute Resolution International*. 2008. Vol. 2. № 1. P. 110, 111 (доступно в Интернете по адресу: www.lk-k.com/data/document/how-handle-parallel-proceedings-practical-approach-issues-such-competence-competence-and.pdf).

² *Gallagher N.* Parallel proceedings, Res Judicata and Lis Pendens: problems and possible solutions // *Pervasive Problems in International Arbitration* / J. Lew, L. Mistelis (eds.). — Kluwer Law International, 2006. Para. 17-2.

³ *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erkkubat (ed.). — Kluwer Law International, 2014. P. 3.

⁴ См., например: *Schwebel St.* Anti-Suit Injunctions in International Arbitration // *Anti-suit injunctions in international arbitration* (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). — *Juris Pub.*, 2005. P. 15.

⁵ Промежуточный отчет Ассоциации международного права «Res judicata и арбитраж» (2004). С. 5.

⁶ *Born G.B.* *International Commercial Arbitration*. Vol. 2. — Kluwer Law International, 2009. P. 2010—2011.

Спорно как само наличие у арбитров полномочий ограничить право стороны на участие в другом разбирательстве, так и допустимость таких мер¹. При этом практика и научный анализ указанных проблем являются противоречивыми и не позволяют сформировать единый подход.

В настоящей статье рассматриваются вопросы допустимости антиисковых мер, принимаемых арбитрами, включая основные аргументы против их применения (разд. 1), их необходимость как средства защиты против параллельных разбирательств (разд. 2) и условия допустимости (разд. 3).

1. Аргументы против антиисковых мер

Кристофер Гринвуд замечает, что даже в самой идее антиисковых мер есть что-то крайне нежелательное². Широко признается (особенно среди континентальных авторов), что такие меры в целом деструктивны³ и их применение должно быть ограничено, независимо от того, какой орган рассматривает дело⁴. Даже английские суды, которые первыми ввели практику антиисковых мер, признают, что, если права стороны могут быть защищены менее радикальными средствами, суд должен воздержаться от подобных запретов⁵.

Наибольшей критике обычно подвергаются антиисковые меры, принимаемые судами. В рамках Евросоюза такие меры были запрещены Европейским судом правосудия (European Court of Justice), который признал в деле *Allianz SpA v. West Tankers, Inc.*⁶, что антиисковые меры судов в поддержку арбитража, т.е. запрещающие стороне участвовать в судебном процессе по спору, в отношении которого заключена арбитражная оговорка, не соответствуют Регламенту Брюссель I. Ранее Европейский суд правосудия пришел

¹ *Levy L. Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators // Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 116 (доступно в Интернете по адресу: www.lk-k.com/data/document/anti-suit-injunctions-issued-arbitrators.pdf).*

² *Greenwood Chr.J. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: A Public International Lawyer's Perspective // Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 147.*

³ *Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration. 2nd ed. — Sweet & Maxwell, 2007. Para. 1018.*

⁴ См., например: *Fouchard Ph. Anti-Suit Injunctions in International Arbitration. What Remedies? // Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 153.*

⁵ *Noble Assurance Co. & Shell Petroleum Inc. v. Gerling-Konzern General Insurance Co., UK Branch, [2007] APP.L.R. 02/22.*

⁶ *The West Tankers, C-185-07 [2009], para. 82.*

к аналогичному выводу в отношении антиисковых мер в поддержку судебных разбирательств в деле *Turner v. Grovit*¹.

Высказывается точка зрения, что антиисковые меры против арбитража (anti-arbitration injunction) менее допустимы, чем меры против судебного процесса, поскольку суд может адресовать их напрямую арбитрам, в то время как во втором случае адресатом может быть только сторона спора². Антиисковые меры, принятые арбитрами в поддержку арбитража (arbitral antisuit injunction), также иногда считаются более оправданными, так как арбитры не представляют государство и могут рассмотреть вопрос о наличии своей компетенции (а следовательно, и компетенции параллельного форума), не вмешиваясь в суверенитет другого государства³.

Однако необходим единообразный подход ко всем видам антиисковых мер независимо от того, кем они принимаются, поскольку во всех случаях данные меры преследуют одни и те же цели и создают схожие риски. При этом, безусловно, существуют определенные различия, которые необходимо учитывать при анализе, в связи с чем настоящая работа сфокусирована только на мерах, принимаемых арбитрами.

Основные аргументы о недопустимости любых антиисковых мер связаны с тем, что они проповедают односторонний и враждебный подход к разрешению юрисдикционных конфликтов⁴. Наиболее проблемными аспектами являются: 1) право каждого суда самостоятельно определять свою юрисдикцию (принцип компетенции-компетенции); 2) право государства устанавливать условия доступа к правосудию на его территории; 3) принцип взаимного уважения и доверия; 4) эффективность антиисковых мер.

1.1. Нарушение принципа компетенции-компетенции

Принцип компетенции-компетенции является основой возможности параллельного и независимого определения своей юрисдикции судами и арбитражными трибуналами.

Антиисковые меры могут нарушать данный принцип, поскольку, принимая их, суд или арбитры приходят к выводу об отсутствии юрисдикции у другого форума, что фактически препятствует этому форуму независимо решить вопрос о своей юрисдикции⁵.

¹ *The Turner*, C-159/02 [2004], para. 85.

² *Greenwood Chr.J.* Op. cit. P. 147.

³ *Levy L.* Op. cit. P. 116.

⁴ *Kaufmann-Kohler G.* Op. cit. P. 112.

⁵ *Schneider M.* Court Actions in Defence against Anti-Suit Injunctions // Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 41—42.

Европейский суд правосудия занял указанную позицию в делах *The West Tankers*¹ и *The Turner*². В поддержку своей позиции о недопустимости антиисковых мер Европейский суд правосудия также сослался на ст. II(3) Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция), которая устанавливает определенный механизм разрешения конфликтов юрисдикций, а именно обязанность государственного суда передать дело в арбитраж, только если этого потребует сторона и только если он не придет к выводу, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. На этом основании Европейский суд правосудия заключил, что вопрос о наличии своей юрисдикции может решить только сам суд.

Проблема несоответствия антиисковых мер принципу компетенции-компетенции касалась судебных мер, однако она в равной степени касается и мер, принимаемых арбитрами. Как указано выше, безусловно, между судебными и арбитражными мерами есть определенные различия, которые необходимо учитывать, но важно то, что суть таких мер одинакова³.

Антиисковые меры в виде запрета проведения арбитража подвергаются резкой критике за то, что они нарушают полномочие арбитров решать вопросы своей компетенции⁴. Есть практика отказа судов исполнять такие меры на этом основании⁵, а арбитров — соблюдать их⁶.

Однако этот же аргумент актуален и в отношении антиисковых мер арбитров о запрете судебного процесса. Принцип компетенции-компетенции ставит арбитров на один уровень с национальным судом при определении своей юрисдикции, но не выше. Можно сказать, что при принятии антиисковых мер арбитры злоупотребляют указанным полномочием, защищая его в ущерб зеркальному праву суда. Другими словами, арбитры не должны указывать судам, как себя вести⁷.

¹ *The West Tankers*, paras. 24, 27—28.

² *The Turner*, paras. 24—25 и 27—28.

³ *Kaufmann-Kohler G.* Op. cit. P. 113.

⁴ *Scherer M., Jahnle W.* Anti-suit and Anti-arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective // *International Arbitration Law Review*. 2009. Issue 4. P. 69 (доступно в Интернете по адресу: www.lalive.ch/data/publications/msc_wja_Anti-Suit_and_Anti-Arbitration_Injunctions_in_International_Arbitration.pdf).

⁵ См., например, п. 191 решения женеvского суда первой инстанции от 2 мая 2015 г. по делу *Air (PTY) Ltd v. IATA (C/1043/2005-15SP)*.

⁶ *Born G.B.* Op. cit. P. 1055.

⁷ *Levy L.* Op. cit. P. 128.

В одном из дел ИСС арбитры указали, что «арбитражный трибунал крайне осторожно относится к принятию решения о том, что суд не имеет юрисдикции... Основопологающий принцип гласит, что каждый суд и арбитражный трибунал обладает компетенцией по решению вопросов своей юрисдикции, т.е. реализует принцип компетенции-компетенции»¹.

Основной контраргумент сводится к тому, что антиисковые меры адресованы стороне спора, а не суду. Эта позиция была сформирована судами в странах общего права². В *The Turner* Палата лордов указала, что «запрет по сути направлен против недобросовестного поведения ответчика и не является признанием ошибки иностранного суда в определении своей юрисдикции»³.

Однако это формальный аргумент, который мало затрагивает суть мер, и его справедливо считают недостаточным для обоснования допустимости судебных запретов⁴. Важно содержание средства защиты, которое создано для защиты юрисдикции одного форума за счет запрета обращаться в другой. Отчасти данная точка зрения отражает подход системы континентального права, которая отдает приоритет функции публичного правосудия⁵. Но даже в странах общего права авторы⁶ и судебная практика⁷ признают, что антиисковые меры создают впечатление неправомерного вмешательства в юрисдикцию другого суда.

Также утверждается, что антиисковые меры не противоречат ст. II(3) Нью-Йоркской конвенции⁸, так как эта норма не предоставляет суду исключительную компетенцию решать вопрос о своей юрисдикции⁹. Выража-

¹ Процессуальный приказ от ноября 2000 г. по неопубликованному делу ИСС (приводится по: *Levy L.* Op. cit. P. 117).

² *Paramedics Electromedicina Comercial, LTDA v. GE Med. Sys. Info. Techs*, 369 F.3d 645, 652 (2nd Cir. 2004).

³ *The Turner*, para. 35.

⁴ *Kerameus K.* Anti-Suit Injunctions in ICSID Arbitration // Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 141.

⁵ *Raphael Th.* The Anti-Suit Injunction. — Oxford University Press, 2008. Para. 1.22.

⁶ *Ambrose C.* Can anti-suit injunctions survive European Community Law? // International and Comparative Law Quarterly. 2003. Vol. 52. № 2. P. 409, 415, 417.

⁷ *The Angelic Grace*, [1995] 1 Lloyd's Rep., paras. 87, 96; *The Epsilon Rosa*, [2003] All E.R. (D), para. 71.

⁸ *Stacher M.* You Don't Want to Go There — Antisuit Injunctions in International Commercial Arbitration // ASA Bulletin. 2005. Vol. 23. Issue 4. P. 649.

⁹ *Mosimann O.L.* Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration (= International Commerce and Arbitration. Vol. 5). — Eleven Pub., 2010. P. 48.

лось мнение, что антиисковые меры в поддержку арбитража не противоречат Нью-Йоркской конвенции, поскольку они направлены на приведение в исполнение негативных обязательств по арбитражному соглашению (т.е. исключение юрисдикции суда)¹. Вместе с тем иногда утверждается, что антиисковые меры не соответствуют самой идее Нью-Йоркской конвенции².

По вышеуказанным причинам позиция, высказанная рядом арбитражных трибуналов, что они могут принимать антиисковые меры на основании исключительной юрисдикции арбитража и при этом не решают вопрос компетенции суда³, представляется спорной. Хотя арбитры прямо не вмешиваются в полномочия суда, тем не менее запрет влияет на определение собственной компетенции судом и его право, предусмотренное ст. II(3) Нью-Йоркской конвенции.

Антиисковые меры от арбитров могут быть более обоснованными, если они принимаются только после того, как суд решил вопрос о своей юрисдикции в соответствии с указанной статьей. Также антиисковые меры больше соответствуют принципу компетенции-компетенции, если они приняты в форме обеспечительных мер, а не окончательного средства защиты, т.е. действуют только до вынесения арбитрами решения по делу. В этом случае можно утверждать, что меры означают только то, что арбитры первыми решают вопрос своей юрисдикции.

1.2. Ограничение доступа к правосудию

Судебные антиисковые меры критикуют за «угадывание» политического выбора, сделанного конкретным государством в отношении функционирования судебной системы и доступа к ней⁴, а также за нарушение конституционного права сторон на доступ к правосудию⁵. Данный довод подтверждается презумпцией, что суды двух государств — участников Нью-Йоркской конвенции, которые параллельно рассматривают дело, могут прийти к разным выводам о действительности арбитражного соглашения⁶.

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 1044.

² *Stacher M.* Op. cit. P. 647.

³ Промежуточное решение от 14 мая 2011 г. по делу ICC № 8307 (выдержки опубликованы в: *Anti-suit injunctions in international arbitration* (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 315).

⁴ *Bachand F.* The UNCITRAL Model Law's Take on Anti-Suit Injunctions // *Anti-suit injunctions in international arbitration* (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 102.

⁵ *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 121.

⁶ *Stacher M.* Op. cit. P. 640, 648.

Рабочей группой ЮНСИТРАЛ по арбитражу также выражено беспокойство, что арбитражные антиисковые меры нарушают основополагающий принцип, согласно которому сторона не должна быть лишена доступа к судебной защите, на которую она имеет право¹. На это обратил внимание и арбитражный трибунал в приведенном выше деле ИСС, указав, что решение «может быть расценено как отказ в доступе стороны к правосудию, т.е. обращении в такой суд».

Существует мнение, что при параллельном рассмотрении спора в суде и арбитраже сталкиваются две правовые концепции, которые основаны на разных принципах: обязанность суда защитить интересы стороны, которая не связана недействительным арбитражным соглашением, и обязанность арбитров привести в исполнение арбитражное соглашение, исключающее юрисдикцию суда². Одним из предложений по разрешению указанных противоречий является смещение акцента в антиисковых мерах от арбитров к арбитражному соглашению, а не интересам государства³. Однако, если суд считает приемлемым рассмотреть иск, поскольку, например, по его национальному законодательству спор неарбитрабилен⁴, сложно назвать антиисковые меры от арбитров допустимыми или необходимыми. Вместе с тем утверждается, что сторона в этом случае не лишается доступа к правосудию, так как она отказалась от права на обращение в суд и может защитить свои интересы в арбитраже⁵.

Довод о доступе к правосудию особенно справедлив в случаях, когда антиисковые меры принимаются в отношении судебного процесса, инициированного третьим лицом, не являющимся стороной арбитражного соглашения. Например, возможны случаи, когда истец просит арбитражный трибунал принять антиисковые меры против ответчика, основным акционер которого, не являвшийся стороной арбитражной оговорки, обратился в суд в связи с тем же или связанным спором. Такая ситуация возникла в деле ИСС № 16240, в котором истец попросил арбитров вынести приказ против ответчика на том основании, что его единственный акционер подал иск в российский суд⁶. Истец утверж-

¹ Отчет Рабочей группы ЮНСИТРАЛ о 39-ой сессии 2006 г.

² *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 3.

³ *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 39.

⁴ *Stacher M.* Op. cit. P. 648.

⁵ *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 58.

⁶ Окончательное арбитражное решение от 3 декабря 2012 г. по неопубликованному делу ИСС № 16240.

дал, что антиисковые меры должны быть введены вследствие того, что ответчик был фактическим кредитором по потенциальному судебному решению, так как истец в судебном деле фактически действовал в интересах ответчика.

Также возможна ситуация, при которой суд считает возможным разрешить спор, поскольку в процессе, помимо сторон арбитражного соглашения, участвует третье лицо. В качестве примера можно привести позицию канадского суда, что все требования целесообразно рассмотреть в одном форуме и он может либо передать дело в арбитраж, либо признать юрисдикцию и рассмотреть спор¹.

В обоих случаях антиисковые меры неприемлемы, так как они касаются прав третьих лиц и будут являться вмешательством в право государства определять условия доступа к правосудию.

1.3. Нарушение принципа взаимного уважения и доверия

Антиисковые меры также критикуют за нарушение принципа взаимного доверия между судами. Это было одной из причин, по которым Европейский суд правосудия признал недопустимыми антиисковые меры, принимаемые судами ЕС².

Спорным вопросом остается влияние указанной позиции на допустимость антиисковых мер, принимаемых арбитрами. Применительно к Евросоюзу данный вопрос решался Европейским судом правосудия в связи с обращением Верховного суда Литвы по делу Газпрома с вопросом о том, могут ли суды отказать в признании арбитражного решения о принятии антиисковых мер³.

Существуют два основных подхода к данной проблеме: согласно первому, поскольку Регламент Брюссель I и Конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Лугано, 16 сентября 1988 г.) не распространяются на арбитраж, предусмотренный в них принцип взаимного доверия распространяется только на взаимоотношения между судами ЕС⁴; второй подход исходит из того, что хотя указанный принцип прямо не закреплен в отношении арбитражных трибуналов, они тем не менее должны им руководствоваться при рассмотрении вопроса об антиисковых мерах⁵.

¹ Дайджест ЮНСИТРАЛ 2012 г. по практике применения Типового закона.

² *The Turner*, paras. 24—25 и 28; *The West Tankers*, para. 30.

³ *Gazprom v. Republic of Lithuania*, C-536/2013.

⁴ *Raphael Th.* Op. cit. Para. 12.26; *The West Tankers*, [2012] EWHC 854 (Comm).

⁵ *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 219—220.

Генеральный адвокат Европейского суда правосудия в деле Газпрома занял первую позицию¹. Однако разумнее представляется подход, согласно которому арбитражные трибуналы должны учитывать принцип взаимного доверия. Данная точка зрения подтверждается Нью-Йоркской конвенцией, ст. II(3) которой устанавливает такую систему сосуществования судебных и арбитражных разбирательств, которая позволяет сделать вывод о допустимости конфликта юрисдикций в определенной степени².

Помимо этого, хотя принцип взаимного доверия формально неприменим к арбитражным разбирательствам, вместо одностороннего подхода между судами и арбитрами необходима координация. Как отмечается в отношении судебных антиисковых мер, они по сути подразумевают, что один форум не верит, что другой форум справедливо разрешит спор, и считает свое решение приоритетным по отношению к другому форуму³. Несмотря на то что арбитры, принимая антиисковые меры, не выражают суверенную волю государства, тем не менее они занимают фактически ту же позицию, что и суды. Другими словами, антиисковые меры от арбитров являются враждебным инструментом приведения в исполнение арбитражного соглашения, который ни в коей мере не улучшает координацию между двумя системами и является деструктивным фактором для их сосуществования.

Эффективное взаимодействие между арбитражами и судами подразумевает их независимость и невмешательство в деятельность друг друга. Необходимо понимать, что антиисковые меры возникли как запреты английского суда в отношении судебного процесса в нижестоящем суде той же юрисдикции⁴. На сегодняшний день антиисковые меры вышли далеко за эти рамки и влияют на иностранный независимый форум.

Нежелательность одностороннего подхода также основана на практических соображениях. Антиисковые меры создают враждебную атмосферу разрешения спора и основу для ответных мер суда. Таким образом, вместо того чтобы предотвращать негативные последствия параллельных разбирательств и сохранять целостность арбитража, антиисковые меры могут усилить их эффект и увеличить риск принятия противоречащих решений.

¹ Мнение Генерального адвоката *Wathelet* по делу Газпрома, опубликованное 4 декабря 2014 г.

² См., например: *KBC v. Pertamina*, 335 F.3d 357, 375—376 (5th Cir. 2003) (где суд пришел к выводу, что Нью-Йоркская конвенция в некоторой степени позволяет *forum shopping*).

³ *Schneider M.* Op. cit. P. 41—42.

⁴ *Bermann G.* The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation // *Columbia Journal of Transnational Law*. 1990. Vol. 28. P. 593.

1.4. Неэффективность антиисковых мер

Помимо аргументов о нарушении принципов международного права и необходимости координации между разными системами разрешения споров, ставится под сомнение и практическая ценность антиисковых мер в качестве инструмента борьбы с параллельными разбирательствами¹. Можно выделить три основные причины: 1) существуют другие средства защиты; 2) риск ответной реакции суда; 3) риск неисполнимости.

В Отчете Рабочей группы ЮНСИТРАЛ² приводится аргумент противников антиисковых мер, что у стороны есть возможность заявить в суде об отсутствии его юрисдикции в связи с наличием арбитражного соглашения. Если суд приходит к выводу, что у него нет юрисдикции рассматривать спор, арбитражный трибунал будет единственным компетентным органом, и любой запрет на участие в судебном процессе становится ненужным. Если же суд признает свою юрисдикцию, то запрет на участие в судебном процессе в большинстве случаев будет неэффективен и может ухудшить ситуацию, если суд примет ответные меры, что приведет к еще большей правовой неопределенности. При этом угроза антиисковых мер со стороны арбитража обычно не рассматривается судом в качестве серьезной.

Вопросы к эффективности антиисковых мер также связаны с проблемами приведения их в исполнение. Если меры необходимо привести в исполнение в месте арбитража, то перспективы часто зависят от того, предусматривает ли национальное законодательство соответствующий механизм. Как правило, такие механизмы предусмотрены в странах общего права, в которых отношение к антиисковым мерам традиционно менее негативное. Например, по английскому Закону об арбитраже 1996 г. (разд. 41(5)), арбитражный трибунал может попросить суд вынести приказ, требующий соблюдения стороной антиисковых мер, принятых арбитрами. Также высказывается мнение, что исполнение мер в некоторых странах континентального права теоретически возможно через нормы, уполномочивающие арбитров обращаться за помощью суда в месте арбитража в случае несоблюдения обеспечительных мер³. Тем не менее единообразная практика по этому вопросу отсутствует, и в большинстве юрисдикций исполнение мер маловероятно.

Также, учитывая позицию Европейского суда правосудия о недопустимости судебных антиисковых мер, есть вероятность, что она будет воспринята судами

¹ *Baum A.H.* Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts to Permit Arbitration Proceedings Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 19.

² Отчет Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу о работе 44-ой сессии 2006 г.

³ См., например: *Scherer M., Jahnle W.* Op. cit. P. 68.

ЕС и при решении вопроса об исполнении арбитражных антиисковых мер. Мнение Генерального адвоката по делу Газпрома свидетельствует о том, что антиисковые меры арбитров должны приводиться в исполнение, однако Европейский суд правосудия пока не высказал свою позицию по данному вопросу.

Кроме того, в большинстве случаев возникает необходимость приведения антиисковых мер в исполнение в иностранном суде, т.е. на основании Нью-Йоркской конвенции. Во-первых, крайне спорно, могут ли антиисковые меры, которые обычно выносятся в форме приказа или промежуточного решения об обеспечительных мерах, считаться арбитражным решением, подлежащим признанию на основании Нью-Йоркской конвенции¹. Ответ зависит от подхода конкретной юрисдикции, в которой испрашивается признание.

Во-вторых, суд может отказать в их признании на основании нарушения публичного порядка². Многие суды занимают враждебную позицию в отношении антиисковых мер, принятых иностранным судом. Примером может служить позиция, высказанная в п. 32 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 158, согласно которой российские суды должны игнорировать любые подобные меры, введенные иностранным судом с целью запрета одной из сторон участвовать в российском судебном процессе. Другим примером является позиция судов в Швейцарии, согласно которой меры не могут быть введены или приведены в исполнение в том числе в силу нарушения принципа компетенции-компетенции³. Учитывая такой подход, суды могут занять аналогичную позицию в отношении арбитражных антиисковых мер.

Исполнимость антиисковых мер считается показателем их неэффективности и потому, что она зависит не от их обоснованности, а от подхода конкретной юрисдикции к возможности признания этого средства защиты⁴. Однако этот же аргумент может быть использован в отношении других средств защиты и не является ключевым при оценке допустимости антиисковых мер.

По рассмотрении недостатков антиисковых мер остается вопрос: почему они тем не менее рассматриваются как реальное средство борьбы с параллельными разбирательствами? Ниже объясняется, что в некоторых обстоятельствах отсутствуют эффективные альтернативы этому инструменту, и он может считаться допустимым при определенных условиях.

¹ См. дискуссию в: *Poudret J.-F., Besson S.* Op. cit. Paras. 633, 639.

² *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 223.

³ *Air (PTY) Ltd. v. IATA*.

⁴ *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 128.

2. Необходимость антиисковых мер в отсутствие эффективной альтернативы

Чтобы проанализировать вопрос о том, могут ли антиисковые меры быть допустимы в каких-либо случаях, необходимо рассмотреть их альтернативы.

Антиисковые меры призваны решить две основные проблемы. Первой является необоснованно широкое определение своей юрисдикции некоторыми судами. Английские суды стали использовать данный инструмент в отношении иностранных процессов, поскольку были недовольны тем, что суды США рассматривали дела, которые английские суды считали очевидно выходящими за рамки их юрисдикции¹.

В таких ситуациях встает вопрос, необходимы ли антиисковые меры или проблема может быть решена самим судом. Стоит признать, что обычный ответ, что суд сам определится со своей юрисдикцией, перестает быть убедительным, если есть недоверие к суду². Эта позиция справедлива и по отношению к другим механизмам дружественной координации параллельных разбирательств, применение которых зависит исключительно от воли конкретного суда. На сегодняшний день отсутствует международная конвенция, которая бы систематизировала и кодифицировала вопросы параллельных процессов. Поэтому в случаях, когда суд конкретной страны занимает агрессивную позицию и признает юрисдикцию по необоснованно широкому кругу дел, у арбитров должна быть возможность принять соответствующие контрмеры.

Второй проблемой, которую призваны решить антиисковые меры, является риск блокирования стороной процесса и исполнения решения путем возбуждения параллельного разбирательства. В Отчете Рабочей группы ЮНСИТРАЛ приведена статистика, согласно которой в странах, где антиисковые меры не признаются, сильнее практика параллельных процессов, преследующих цель заблокировать арбитражный процесс³.

Как уже отмечалось, существуют определенные механизмы координации параллельных процессов, включая ст. II(3) Нью-Йоркской конвенции, однако в некоторых случаях они не могут предотвратить то, что арбитры и суд добросовестно приходят к разным выводам о надлежащей юрисдикции. Это может быть использовано стороной при выборе юрисдикции, в которой она инициирует параллельный процесс, что влечет необходимость инструмента борьбы с такими тактиками⁴.

¹ *Greenwood Chr.J.* Op. cit. P. 152.

² *Ibidem.*

³ Отчет Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу о работе 44-ой сессии 2006 г.

⁴ Отчет Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу о работе 43-ей сессии 2005 г.

Можно утверждать, что выбор должен быть сделан в пользу менее агрессивных способов решения указанных проблем. Одним из решений могут быть продолжение рассмотрения дела арбитрами и вынесение арбитражного решения о признании своей юрисдикции до того, как суд вынесет свое решение. В этом случае окончательное арбитражное решение может быть легче приведено в исполнение. Однако возникает вопрос, насколько эффективна и более предпочтительна такая «гонка» процессов. Это соображение легло в основу критики позиции Европейского суда правосудия как вынуждающей неоправданно ускорять процесс и выносить решение, пока оно не вынесено другим судом¹. Помимо соображений эффективности такого подхода, на практике не всегда возможно настолько ускорить процесс, особенно когда ответчик старается замедлить нежелательное для него разбирательство, чтобы дождаться исхода параллельного процесса.

Другим возможным решением может быть присуждение добросовестной стороне денежной компенсации, например, в форме убытков с целью увеличения негативных последствий нарушения арбитражного соглашения. Например, в одном из дел ИСС арбитражный трибунал, рассматривающий дело в Женеве, решил, что инициирование судебного процесса является нарушением арбитражного соглашения и влечет ответственность в форме компенсации судебных расходов другой стороны, а также любых сумм, которые будут присуждены нарушителю².

Спор в указанном деле возник в связи с расторжением дистрибьюторского соглашения между греческой и английской компаниями. Греческая компания обратилась в греческий суд с требованием признать расторжение неправомерным и присудить убытки. Английская компания начала арбитраж в ИСС, чтобы признать, что соглашение расторгнуто надлежащим образом, и взыскать убытки в результате обращения ответчика в греческие суды в нарушение арбитражного соглашения. Арбитражный трибунал согласился с правомерностью расторжения и признал, что арбитражная оговорка охватывает споры о ее нарушении. В результате трибунал не только присудил истцу компенсацию судебных расходов, которые он понес в рамках греческого процесса, но и признал, что истец может требовать компенсации любой суммы удовлетворенных судом требований. При этом вывод арбитров распространялся на любые судебные процессы, которые ответчик может инициировать в связи с расторжением соглашения, вне зависимости от их исхода. Федеральный суд Швейцарии поддержал арбитражное решение и отверг

¹ Отчет Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу о работе 43-ей сессии 2005 г.

² Окончательное арбитражное решение по делу ИСС 2013 г. (приводится по: *Scherer M., Jahnel W.* Op. cit. P. 69).

аргумент о превышении арбитрами своих полномочий при присуждении расходов, понесенных в связи с параллельным разбирательством, а также гипотетических расходов на будущие судебные процессы¹.

В рассматриваемом деле арбитражный трибунал пришел к спорным выводам и выбрал слишком широкое средство защиты, в связи с чем позиция ответчика о превышении полномочий небезосновательна. Также спорно, могут ли судебные расходы на параллельное разбирательство быть взысканы как убытки, поскольку вопрос их присуждения должен решаться самим судом, рассматривающим дело², хотя некоторые авторы поддерживают иную позицию³. В связи с указанным существует значительный риск, что в других случаях подобное решение будет неисполнимым⁴.

Сложности с присуждением убытков в качестве альтернативы антиисковым мерам также возникают из-за отсутствия единообразной позиции о том, насколько убытки являются адекватным средством защиты от нарушения арбитражного соглашения. Возможность взыскания убытков обычно объясняется тем, что арбитражное соглашение является договором, нарушение которого влечет гражданско-правовые средства защиты⁵. Тем не менее также существует мнение, что арбитражное соглашение носит процессуальный характер и не создает гражданско-правовых обязательств, нарушение которых может повлечь взыскание убытков⁶.

Некоторые суды в странах общего права также считают убытки ненадлежащим средством защиты из-за нематериального характера вреда, причиненного фактом нарушения арбитражного соглашения⁷. Речь, по сути, идет об утрате возможности рассмотрения спора в согласованном форуме⁸, и крайне сложно оценить причиненный ущерб⁹.

¹ Решение Федерального суда Швейцарии от 30 сентября 2013 г. № 4A_232/2013.

² *Scherer M., Jahnle W.* Op. cit. P. 69.

³ *Moloo R.* Arbitrators Granting Antisuit Orders: When Should They and on What Authority? // Journal of International Arbitration. 2009. Vol. 26. № 5. P. 697 (доступно в Интернете по адресу: http://papers.ssrn.com/abstract_id=1645968).

⁴ *Landau T.* "Arbitral Lifelines": The Protection of Jurisdiction by Arbitrators // International Arbitration 2006: Back to Basics? / A.J. van den Berg (ed.). — Kluwer Law International, 2007. P. 294.

⁵ *Moloo R.* Op. cit. P. 678.

⁶ *Levy L.* Op. cit. P. 119, 120.

⁷ См., например: *Starlight Shipping Co. v. Tai Ping Ins. Co.*, [2008] 1 Lloyd's Rep. 230, 233.

⁸ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). — Kluwer Law International, 1999. P. 384.

⁹ *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 36.

Кроме того, денежная компенсация, даже если такое решение будет приведено в исполнение, не препятствует сама по себе параллельным разбирательствам, а представляет собой наказание, которое налагается на сторону уже в результате рассмотрения дела в ненадлежащем форуме.

Таким образом, в некоторых делах отсутствует реальная альтернатива антиисковым мерам¹, которая была бы доступна арбитрам. Отсутствие других эффективных средств защиты также было отмечено Генеральным адвокатом в деле Газпрома в качестве аргумента в пользу допустимости антиисковых мер. Кроме того, высказывается точка зрения, что, если суды могут принимать антиисковые приказы, арбитражные трибуналы должны иметь возможность вводить аналогичные меры².

3. Условия допустимости антиисковых мер, принимаемых арбитрами

Единый критерий оценки допустимости антиисковых мер отсутствует, и сложно найти одно решение, которое бы подходило для всех дел. Арбитражный трибунал должен обладать дискрецией по принятию таких мер и принимать их, только если этого требуют интересы правосудия, с учетом всех обстоятельств конкретного дела. Нижеприведенные факторы предлагаются в качестве обязательных условий, которые должны присутствовать в каждом деле для того, чтобы признать антиисковые меры допустимыми и обоснованными.

3.1. Наличие очевидного риска принятия противоречащих решений

Основной целью антиисковых мер является предотвращение противоречащих решений по одному и тому же делу путем предоставления надлежащему форуму времени на вынесение решения по спору. Таким образом, если параллельный процесс не создает указанный риск, антиисковые меры не могут являться допустимым средством защиты.

Вопрос о том, что понимается под противоречащими решениями, т.е. какие процессы должны считаться параллельными разбирательствами, требует отдельного анализа, выходящего за рамки настоящей работы. Для целей определения условий допустимости антиисковых мер имеет значение, насколько очевиден риск принятия таких решений.

Если сторона еще не начала параллельное разбирательство, указанный риск слишком отдаленный, чтобы обосновать необходимость принятия антиисковых

¹ Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective / N. Erk-Kubat (ed.). P. 147.

² Baum A.H. Op. cit. P. 19.

мер. Кроме того, запрет стороне на обращение в суд может привести к потере права на защиту, если она не может защитить свои интересы в арбитраже. Даже английские суды при возникновении подобных вопросов (например, в случае угрозы истечения срока исковой давности) придерживаются позиции, что сторона должна иметь возможность начать процесс¹. По указанным причинам антиисковые меры в форме запрета стороне подавать потенциальные иски в суд по конкретному спору должны быть признаны недопустимыми.

Во-вторых, как обсуждается выше, антиисковые меры не могут считаться допустимыми до тех пор, пока суд, в котором возбуждено параллельное разбирательство, не откажет в передаче дела в арбитраж в рамках ст. II(3) Нью-Йоркской конвенции. Таким образом, арбитражный трибунал, который рассматривает вопрос об антиисковых мерах, должен дождаться решения суда по вопросу своей юрисдикции. Соответственно, если сторона, запрашивающая такие меры, не заявила возражения по юрисдикции в суде, антиисковые меры не являются необходимыми, а значит, и допустимыми. Если суд откажется признать свою юрисдикцию, арбитражный трибунал может принять во внимание поведение стороны, инициировавшей параллельное разбирательство, при решении вопроса о распределении арбитражных расходов.

Английские суды руководствуются противоположной позицией, так как в этом случае суд, принимающий решение об антиисковых мерах, должен будет оценить позицию, занятую иностранным судом в своем решении². Согласно этой точке зрения, орган, принимающий антиисковые меры, решает не то, *где* должен быть рассмотрен спор, а то, *как* его необходимо рассмотреть. Другими словами, предоставляя арбитражному трибуналу возможность принять решение о своей юрисдикции, суд обеспечивает соблюдение волеизъявления сторон. Этого же подхода придерживаются некоторые арбитражные трибуналы, указывая, что нет необходимости ждать решения суда о своей юрисдикции, так как антиисковые меры сводятся к определению арбитрами своей юрисдикции, право на что не оспаривается³.

Тем не менее изложенный подход игнорирует тот факт, что принятие антиисковых мер без предоставления иностранному суду возможности реализовать свое право по ст. II(3) Нью-Йоркской конвенции фактически нивелирует указанное право. Еще менее убедительны случаи, когда сам арбитражный трибунал вводит запрет на обращение в суд. Согласно позиции английских судов, принимая антиисковые меры в поддержку арбитража, суд подтверждает, что *ни один* из судов, включая его самого, некомпетентен

¹ *The Epsilon Rosa*, para. 518.

² *The Angelic Grace*, para. 95.

³ Процессуальный приказ 2008 г. по делу ICC (приводится по: *Scherer M., Jahnel W.* Op. cit. P. 70).

рассматривать спор из-за исключительной юрисдикции арбитража. Соответственно, в таких случаях отсутствует конфликт юрисдикций с участием суда, принимающего меры. Если сам арбитражный трибунал принимает антиисковые меры, он фактически заявляет, что именно *его* юрисдикция превалирует над юрисдикцией иностранного суда.

3.2. Недобросовестное поведение стороны, начавшей параллельный процесс

Вторым условием допустимости антиисковых мер должно быть наличие доказательств того, что сторона пытается заблокировать исполнение действительного арбитражного соглашения путем недобросовестного параллельного разбирательства¹. В отсутствие четкой правовой базы и сложившейся практики арбитры могут удовлетворить требование об антиисковых мерах, только когда уверены, что одна из сторон ведет себя недобросовестно и хочет обойти арбитражное соглашение².

Антиисковые меры должны считаться недопустимыми, когда арбитражное соглашение сформулировано неясно или есть основания сомневаться в его действительности или исполнимости, что может послужить причиной обращения в суд. Однако стоит признать, что в большинстве случаев сторона, передающая на рассмотрение суда спор, охватываемый арбитражной оговоркой, руководствуется тактическими соображениями и надеется получить благоприятное судебное решение или по крайней мере заблокировать арбитражный процесс.

Арбитражный трибунал также может принять во внимание, какой из процессов начался первым. Если сторона, в отношении которой запрашиваются антиисковые меры, обратилась в суд задолго до начала арбитража, для вывода о ее недобросовестности меньше оснований. Вместе с тем в данном случае не идет речь о применении принципа *lis pendens*, поскольку арбитражное соглашение предоставляет арбитражному трибуналу исключительную юрисдикцию³. Институт международного права рекомендовал рассматривать дело тому суду, в котором процесс начался раньше, за исключением случаев, когда между сторонами заключено арбитражное соглашение⁴.

Таким образом, антиисковые меры могут быть обоснованными только в случаях, когда сторона начала параллельный процесс, который является

¹ Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective / N. Erk-Kubat (ed.). P. 220—221; *Levy L.* Op. cit. P. 126.

² *Levy L.* Op. cit. P. 126.

³ См. дискуссию в Отчете Ассоциации международного права по *lis pendens* и арбитражу.

⁴ Пункты 357—359 Принципов определения обоснованности использования доктрины ненадлежащего форума и антиисковых мер Института международного права (Institut de Droit International) от 2 сентября 2003 г.

безусловным нарушением обязательства по арбитражному соглашению, и другие механизмы приведения в исполнение такого соглашения (например, по ст. II(3) Нью-Йоркской Конвенцией) не сработали¹. Существует также мнение, что в подобных случаях для сохранения целостности арбитража принятие антиисковых мер будет не просто обоснованным, но и желательным, поскольку поможет обеспечить выполнение сторонами своих обязательств по арбитражному соглашению².

3.3. Наличие практической ценности антиисковых мер

Допустимость антиисковых мер также должна зависеть от их потенциальной эффективности в конкретном деле. Рассматривая судебные антиисковые меры по аналогии, этот фактор, например, учитывают английские суды при принятии антиисковых мер в поддержку арбитража³.

3.3.1. Вопросы исполнимости

Как обсуждалось выше, эффективность антиисковых мер зависит главным образом от возможности привести их в исполнение. Следует признать данное средство защиты более обоснованным в случаях, когда нет по крайней мере очевидных доказательств того, что меры не будут приведены в исполнение в соответствующих юрисдикциях. Соответственно, антиисковые меры могут быть более целесообразны, когда они касаются юрисдикций, в которых существует практика их признания. Например, Верховный суд Франции признавал антиисковые запреты иностранного суда в отношении процесса во Франции, если такой запрет основан на соглашении между сторонами об исключительной юрисдикции, т.е. защищает договорное обязательство⁴.

Некоторые авторы высказывают точку зрения, что риск неисполнимости окончательного арбитражного решения в связи с враждебным настроением суда по отношению к арбитражному трибуналу, принявшему антиисковые меры, может привести к нарушению обязанности арбитров вынести исполнимое арбитражное решение по делу. Данный подход подразумевает, что при наличии доказательств такого враждебного отношения антиисковые меры являются недопустимым средством защиты⁵. Однако риск неисполнимости

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 1045.

² *Joseph D.* Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement. — Sweet & Maxwell, 2005. Para. 12.164.

³ *Bankers Trust Co. v. PT Jakarta International Hotels & Development*, [1999] 1 Lloyd's Rep 910, 916.

⁴ *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 121.

⁵ *Ibid.* P. 228.

сти окончательного арбитражного решения в результате принятия антиисковых мер не представляется значительным. Кроме того, вопрос о наличии у арбитров обязанности выносить исполнимые решения является спорным. Даже когда применимые арбитражные правила прямо устанавливают, что арбитры должны предпринимать все усилия для того, чтобы решение было исполнимым по применимому праву¹, это сводится только к обязанности приложения усилий, но не достижения результата.

3.3.2. Санкции за несоблюдение

Возможность применения санкций за несоблюдение решения о принятии антиисковых мер сама по себе не является решающим фактором для оценки их допустимости. Тем не менее арбитражный трибунал может повысить эффективность антиисковых мер, если предусмотрит санкции за несоблюдение своего решения.

Данная тема многогранна и требует отдельного анализа, который выходит за рамки настоящей работы. Однако для целей настоящей статьи целесообразно в общих чертах рассмотреть, о каких санкциях может идти речь.

Теоретически могут быть рассмотрены следующие санкции: 1) распределение расходов; 2) убытки, причиненные параллельным разбирательством; 3) штрафная санкция; 4) уголовная ответственность; 5) негативные выводы. В некоторых юрисдикциях арбитры также могут обратиться в суд, который, в свою очередь, предусматривает б) санкции за несоблюдение антиисковых мер.

1. Расходы. Основной санкцией является распределение арбитражных расходов, угроза взыскания которых в некоторых случаях будет достаточна для того, чтобы сторона добровольно исполнила решение об антиисковых мерах. При этом, даже если сторона, которая начала параллельное разбирательство, выиграла арбитраж, арбитражный трибунал может распределить расходы таким образом, чтобы наказать ее за нарушение введенных мер.

2. Убытки. Некоторые авторы рассматривают взыскание убытков в качестве дополнительного инструмента приведения в исполнение арбитражного соглашения² и предлагают использовать его как санкцию за нарушение решения о принятии антиисковых мер³. Например, единоличный арбитр в деле ICC № 8307, приведенном выше, отметил, что сторона не заявляла требование о санкциях за нарушение антиисковых мер и сама должна предпринять необ-

¹ См., например, ст. 41 Арбитражных правил ICC.

² *Born G.B.* Op. cit. P. 1046; *Gaillard E.* Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators // International Arbitration 2006: Back to Basics? / A.J. van den Berg (ed.). P. 264 (доступно в Интернете по адресу: www.arbitration-icca.org/media/0/12178544334520/back_to_basics_eg.pdf).

³ *Moloo R.* Op. cit. P. 697; *Scherer M., Jahnel W.* Op. cit. P. 73.

ходимые шаги для приведения решения в исполнение. Далее он отметил, что, если такие шаги будут безуспешными, сторона может требовать в арбитраже убытки, причиненные в результате нарушения арбитражного соглашения¹.

Санкция в виде убытков может быть проблематичной с точки зрения ее исполнения. Другой проблемой может стать оценка ущерба. Как обсуждается выше, позиция, согласна которой арбитражный трибунал может присудить стороне расходы на параллельное разбирательство, является спорной, хотя такая практика существует. Например, арбитражный трибунал в деле ICC № 8887 пришел к выводу, что сторона нарушила арбитражное соглашение, поскольку подала иск в турецкий суд в нарушение приказа арбитров, и обязана возместить истцу ущерб в размере суммы расходов, понесенных на адвоката в Турции².

Также, как обсуждается выше, еще более спорной является позиция о том, что арбитражный трибунал может присудить в качестве убытков суммы требований, удовлетворенных в параллельном процессе.

3. Штрафная санкция. Существует точка зрения, что сторона может требовать штрафную санкцию за нарушение решения об антиисковых мерах. Примером является французский институт *astreinte*, направленный на обеспечение соблюдения решения под угрозой гражданско-правовой ответственности³. Изначально *astreinte* применяли только французские суды⁴, однако со временем арбитры во Франции также стали применять эту санкцию даже при отсутствии правовой базы. Данная практика была закреплена в новом Законе об арбитраже, который уполномочивает арбитражные трибуналы предусматривать *astreinte* за нарушение обеспечительных мер. Например, арбитражный трибунал в деле ICC № 7895 постановил, что при отсутствии договоренности сторон об ином и императивной нормы *lex arbitri* об ином он может принять меры наряду с наложением штрафа⁵.

Высказывается точка зрения, что в случае, если место арбитража находится в Швейцарии, арбитражный трибунал также может предусмотреть *astreinte*⁶. Однако нет установленного мнения о полномочиях арбитров устанавливать такой штраф за нарушение антиисковых мер.

¹ Приводится по: Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 315.

² Окончательное арбитражное решение от апреля 1997 г. по делу ICC № 8887 (ICC Bulletin. 2000. Vol. 11. № 1. P. 91, 94).

³ *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 133—134.

⁴ *Ibidem.*

⁵ Окончательное арбитражное решение от марта 1995 г. по делу ICC № 7895 (ICC Bulletin. 2000. Vol. 11. № 1. P. 64).

⁶ *Poudret J.-F., Besson S.* Op. cit. Paras. 540—541.

Разумно считать, что *astreinte* может применяться, только если есть ясная договоренность сторон или это установлено *lex causae*¹. Также необходимо принимать во внимание существенный риск неисполнимости указанной санкции.

4. *Уголовная ответственность*. Также предлагалось рассмотреть возможность уголовной ответственности за нарушение антиисковых мер, принятых в том числе и арбитрами². Существуют прецеденты арбитражных решений по мерам, за нарушение которых предусматривалось уголовное наказание в виде штрафа³. Тем не менее далеко не очевидно, что арбитры, являясь частными лицами, могут предусматривать уголовные санкции, изначально установленные за неисполнение решений только государственных органов (если только это прямо не закреплено в законодательстве).

5. *Негативные выводы*. При несоблюдении стороной антиисковых мер арбитражный трибунал также может сделать негативные выводы в отношении ее позиции по делу. Однако даже сторонники такого решения признают, что неясно, какие именно выводы может сделать арбитражный трибунал на этом основании⁴, так как обеспечительные меры не должны вести к ответственности по существу спора⁵.

6. *Обращение в суд*. Наконец, арбитры могут рассмотреть возможность обращения в суд за содействием в форме санкций за нарушение арбитражного решения по антиисковым мерам⁶. Например, в случае арбитража в Англии существует возможность попросить суд вынести приказ о соблюдении решения арбитров⁷, который предусматривает наказание за неуважение к суду при его нарушении⁸.

Однако в большинстве юрисдикций указанная возможность не предусмотрена. Кроме того, она имеет ограниченный эффект, поскольку сторона может быть наказана за нарушение приказа только в месте арбитража, т.е. только судом, принявшим такой приказ⁹.

¹ *Poudret J.-F., Besson S.* Op. cit. Para. 540.

² *Levy L.* Op. cit. P. 127; *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 141—147.

³ Решение Правления Торговой палаты Цюриха от 28 сентября 1994 г. по делу № 240/93 касательно обеспечительных мер (приводится по: *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 142).

⁴ *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 148.

⁵ *Yesilirmak A.* Provisional Measures in International Commercial Arbitration. — Kluwer Law International, 2005. Para. 6-6.

⁶ *Ibid.* P. 128.

⁷ Раздел 42 Закона об арбитраже 1996 г.

⁸ *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective* / N. Erk-Kubat (ed.). P. 222.

⁹ *Levy L.* Op. cit. P. 128.

Приведенный список условий не является исчерпывающим, и в деле могут присутствовать другие факторы, имеющие значение для оценки допустимости антиисковых мер. Однако изложенные условия должны являться обязательным минимумом, в отсутствие которого антиисковые меры не могут считаться адекватным средством борьбы с параллельными разбирательствами и полезным инструментом защиты обязательства по передаче споров в арбитраж.

4. Выводы

Антиисковые меры являются недружественным способом приведения в исполнение арбитражного соглашения, который затрагивает принципы международного права и установленные механизмы координации конфликтов юрисдикций. Как отмечает Константинос Керамеус в контексте антиисковых мер в инвестиционном арбитраже, большой вопрос, насколько такие меры должны быть в принципе разрешены в мультиюрисдикционном мире, в котором отсутствует иерархия в сфере разрешения споров¹.

Бесспорно, что при наличии менее радикальных средств антиисковые меры не должны использоваться судами и арбитражными трибуналами. При этом необходим единый подход к рассмотрению вопросов допустимости судебных и арбитражных антиисковых мер, поскольку они обладают общими недостатками и призваны решить одни и те же проблемы.

Тем не менее в ряде случаев антиисковые меры стоит признать обоснованными и допустимыми. Чтобы эффект указанных мер не был более негативным, чем проблемы, которые они призваны решить, антиисковые меры должны применяться крайне ограничительно и только в исключительных случаях, когда отсутствуют эффективные альтернативы.

Возможность ограничить право стороны на участие в параллельном процессе может быть реализована только при соблюдении ряда условий. В частности, предлагаются следующие общие условия, при отсутствии которых антиисковые меры не могут считаться допустимыми: 1) очевидный риск противоречащих решений; 2) недобросовестное поведение стороны; 3) практическая ценность мер. В статье приведены общие рамки и критерии оценки данных условий, однако их содержание может различаться в зависимости от обстоятельств каждого дела.

¹ *Kerameus K. Anti-Suit Injunctions in ICSID Arbitration // Anti-suit injunctions in international arbitration (= IAI series on international arbitration. № 2) / E. Gaillard (ed.). P. 144.*

АНТИИСКОВЫЕ ЗАПРЕТЫ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ РОССИЙСКОГО ПРАВА

А.В. Вялков,

младший юрист практики разрешения споров
фирмы «Hogan Lovells (CIS)»

Автор анализирует известные английскому праву антиисковые запреты (anti-suit injunctions) и предлагает аналогичную конструкцию, которая может эффективно работать в рамках российского материального и процессуального права.

В западной литературе господствующим является мнение о принципиальной возможности взыскания убытков за нарушения арбитражного или пророгационного соглашений¹. Аналогичные идеи уже высказывались и российскими юристами². Эти идеи основываются на теории обязательственного эффекта арбитражного соглашения: арбитражное соглашение порождает

¹ См., например, следующие работы, специально посвященные этому вопросу: *Tan D.* Damages for Breach of Forum Selection Clauses, Principled Remedies, and Control of International Civil Litigation // *Texas International Law Journal*. 2005. Vol. 40. P. 623, 624—625 (доступно в Интернете по адресу: www.tilj.org/content/journal/40/num4/Tan623.pdf); *Takahashi K.* Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement // *Yearbook of Private International Law*. 2008. Vol. 10. P. 57, 68—69 (доступно в Интернете по адресу: www1.doshisha.ac.jp/~tradelaw/PublishedWorks/Damage-ChoiceOfCourt.pdf); *Scherer M.* Court proceedings in violation of an arbitration agreement: Arbitral Jurisdiction to issue anti-suit injunction and award damages for breach of the arbitration agreement. *International // Arbitration Law Review*. 2011. Vol. 14. Issue 2. P. 43—44 (доступно в Интернете по адресу: www.lalive.ch/data/publications/Press_Proof.pdf). В качестве примера взыскания убытков из нарушения пророгационного соглашения см. дело *Starlight Shipping Company v. Allianz Marine & Aviation Versicherungs AG & Ors*, [2014] EWCA Civ 1010 (18 July 2014), para. 20.

² *Чупрунов И.С.* Допустимость взыскания убытков из нарушения арбитражного или пророгационного соглашений // *Вестник гражданского права*. 2011. Т. 11. № 6 (СПС «КонсультантПлюс»).

гражданско-правовое обязательство разрешать все споры, покрываемые оговоркой, лишь в оговоренном арбитражном форуме.

В свете господствующего в российском праве общего правила реального исполнения обязательств¹ весьма необычно, что анализ возможности взыскания убытков в России предшествовал анализу возможности предъявления иска об исполнении в натуре обязательств из арбитражного и пророгационного соглашений. Цель настоящей работы — восполнить этот пробел.

Мы попытаемся продемонстрировать, что известный общему праву институт *договорных* антиисковых запретов (*contractual anti-suit injunctions*), вынесение которых основано на нарушении арбитражного или пророгационного соглашений², с точки зрения российского права представляет собой не что иное, как иск об исполнении договорного обязательства в натуре. Антиисковой запрет также может быть вынесен российским судом и в форме обеспечительной меры, но только при соблюдении определенных условий.

Для цели настоящего анализа мы оставим за скобками дискуссию о допустимости антиисковых запретов как таковых. Мы будем считать вынесение антиисковых запретов принципиально допустимым³, т.е. не противоречащим принципу международной вежливости⁴ и не посягающим на право на судебную защиту⁵.

В настоящей работе мы прежде всего рассмотрим, как природа договорных антиисковых запретов понимается в Англии (разд. 1) и некоторых правовых порядках континентальной системы права (разд. 2). Далее приведем обоснование допустимости договорных антиисковых запретов с точки зрения российского права (разд. 3), разрешим проблему получения в российском суде обеспечительных мер, нацеленных на тот же эффект, что и исковое требование (разд. 4), предложим способ обойти эту проблему (разд. 5), обратимся к вопросам признания антиисковых запретов и приведения их в исполнение (разд. 6), а также к вопросам применимого права (разд. 7).

¹ Каранетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. — М.: Статут, 2003. С. 50—52.

² В отличие от *внедоговорных* антиисковых запретов (*non-contractual anti-suit injunctions*).

³ По вопросу о противоречии антиисковых запретов праву Европейского Союза см., например: *Pombo F. Arbitration and anti-suit injunctions in the case law of the European Court of Justice // Liber Amicorum Bernardo Cremades / M.Á. Fernández-Ballesteros, D. Arias (eds.). — La Ley, 2010.*

⁴ *Raphael Th. The Anti-Suit Injunction. — Oxford University Press, 2008. Paras. 1.08—1.35.*

⁵ *Ibid.* Paras. 1.36—1.46.

1. Антиисковые запреты в английском праве

В Англии существуют три общих способа защиты против нарушения договора: 1) требование возмещения убытков (*damages*); 2) требование исполнения обязательства в натуре (*specific performance*) и 3) требование вынесения судебного запрета нарушения договора (*injunction*)¹.

Требование исполнения обязательства в натуре применяется к позитивным обязательствам (дать или сделать что-либо). Требование вынесения судебного запрета нарушения договора (*injunction*) применяется, когда обязательство является негативным² (не давать чего-либо или не делать чего-либо).

Интересно, что в английском договорном праве среди прочих негативных обязательств выделяют так называемые подразумеваемые негативные обязательства. В наиболее авторитетном английском труде по договорному праву «*Chitty on Contracts*» приводится следующий пример: «Чтобы срубить и транспортировать лес, покупатель по договору продажи несрубленной древесины потребовал от продавца прекратить нарушать право покупателя входить на территорию земельного участка продавца [подразумеваемое право. — *A.B.*]»; это было «не присуждение исполнения в натуре в смысле принуждения продавца сделать что-либо. Это попросту предотвращало нарушение договора со стороны продавца». В делах, связанных с подобными договорами, не является препятствием для издания судебного запрета тот факт, что «практическим эффектом» такого способа защиты будет «принуждение к исполнению в том смысле, что «единственным действием», которое судебный запрет оставляет ответчику, будет исполнение положительных обязательств из договора»³.

В числе подразумеваемых негативных обязательств, исполнение которых обеспечивается судебным запретом нарушения договора (*injunction*), прямо называются и подразумеваемые негативные обязательства из соглашения о передаче споров в арбитраж⁴. В деле *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v. AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* Лорд Манс (Lord Mance) изложил эту идею следующим образом:

«У арбитражного соглашения есть позитивный и негативный эффекты. При наличии арбитражной оговорки сторона, обращающаяся за защитой, принимает

¹ *Chitty on Contracts*. Vol. I: General Principles / H. Beale (ed.). 30th ed. — Sweet & Maxwell, 2008. Chs. 26—27.

² *Ibid.* Para. 27-060 (p. 1754).

³ *Ibid.* Para. 27-070 (p. 1761—1762).

⁴ *Ibid.* Para. 27-070 (p. 1761).

на себя обязательство разрешать споры путем арбитража в указанном форуме. Сопутствующее обстоятельство (зачастую негласное) состоит в том, что стороны не будут обращаться за защитой в другие форумы»¹.

Тем не менее мыслимы случаи, в которых судебный запрет, направленный на прекращение нарушения подразумеваемого обязательства по сути явно и напрямую приведет к присуждению исполнения в натуре (например, запрет прекращать поставки, согласованные сторонами договора). В связи с этим в английском праве проводится различие между судебным запретом, лишь опосредованно приводящим к исполнению в натуре, и судебным запретом, который с точки зрения права по сути «беременен исполнением положительного обязательства» (такого, как, например, обязательство не нарушать договор). Судебный запрет последнего вида ничем не отличается от присуждения исполнения в натуре².

Основной вывод, который можно сделать из вышесказанного, состоит в том, что требование исполнения обязательства в натуре (*specific performance*) и требование вынесения судебного запрета нарушения договора (*injunction*) в английском праве в любом случае стоят друг к другу очень близко — особенно в контексте подразумеваемых обязательств, каковые и возникают в рамках арбитражного соглашения³.

Переходя к анализу непосредственно антиисковых запретов, стоит привести слова Лорда Хобхауса (Lord Hobhouse), описавшего в деле *Turner v. Grovit*⁴ институт договорных антиисковых запретов следующим образом:

¹ *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v. AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP*, [2013] UKSC 35 (12 June 2013), para. 1.

² Chitty on Contracts. Vol. I: General Principles / H. Beale (ed.). 30th ed. Para. 27-071 (p. 1762). В качестве примера можно привести решение чрезвычайного арбитра (*emergency arbitrator*) в споре *Yahoo!* и *Microsoft*, где после очередного неисполнения *Yahoo!* договорных обязательств *Microsoft* обратился с иском об исполнении обязательства в натуре. Чрезвычайный арбитр отказал в присуждении исполнения в натуре, но вынес запрет (*injunction*) неисполнения обязанностей, составлявших предмет договора, отметив, что «запрет может достичь тех же целей, что и присуждение исполнения в натуре» (см.: *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*, Case № 13-7237 (S.D.N.Y. Oct. 21, 2013)).

³ Заметим, что в континентальных правовых системах способ защиты против нарушения договора обычно не ставится в зависимость от того, позитивное или негативное обязательство этот договор порождает. Теоретически возможным способом защиты в обоих случаях будет требование исполнения обязательства в натуре или возмещение убытков. Поэтому можно утверждать, что институту требования вынесения судебного запрета нарушения договора (*injunction*) в континентальных правовых системах соответствует требование исполнения обязательства в натуре.

⁴ *Turner v. Grovit and Others*, [2001] UKHL 65 (13 December 2001), paras. 25, 27.

«У лица, обращающегося за судебным запретом, должен быть законный интерес в обращении с таким заявлением, а защита такого интереса должна делать вынесение судебного запрета необходимым. В условиях, когда заявитель полагается на обязательственное право не быть ответчиком по иску в иностранном государстве (например, в силу исключительной пророгационной или арбитражной оговорки), у заявителя в силу договора есть законный интерес в защите этого права при отсутствии исключительных обстоятельств».

Таким образом, английские суды стоят на позиции, что договорные антиисковые запреты — это не более чем способ обязать сторону, нарушающую негативное обязательство из арбитражного соглашения, исполнить это обязательство¹.

Необходимо отметить, что антиисковые запреты могут быть вынесены в двух процессуальных формах. Первая форма с необходимостью следует из природы судебного запрета как судебного акта по договорному иску: это форма окончательного решения по делу (*final injunction*). Вторая форма — это форма обеспечительной меры (*interim injunction*). При этом большая значимость антиисковых запретов в форме обеспечительной меры состоит в том, что обычно именно эта форма отвечает практической необходимости быстро прекратить параллельный процесс, инициированный в нарушение оговорки².

В английском прецедентном праве и английских комментариях признается, что иск о вынесении антиискового судебного запрета в форме окончательного решения по делу имеет самостоятельное основание (*separate cause of action*). Из этого следует, что иск о вынесении антиискового судебного запрета может быть самостоятельным иском — его удовлетворение не будет зависеть от наличия или отсутствия процесса по существу спора. Так, в деле *Donohue v. Armo Inc.*³ истец обратился в английский суд с единственным требованием о вынесении антиискового судебного запрета и возмещении убытков в связи с нарушением ответчиками исключительной пророгационной оговорки в пользу английского суда. И хотя истцу было отказано в вынесе-

¹ *Tan D. Enforcing International Arbitration Agreements in Federal Courts: Rethinking the Court's Remedial Powers // Virginia Journal of International Law. 2007. Vol. 47. № 3. P. 586* (доступно в Интернете по адресу: www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/EnforcementofInternationalArbitrationAgreements.pdf); *Lew J.M. Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process? // American University International Law Review. 2009. Vol. 24. Issue 3. P. 518* (доступно в Интернете по адресу: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1094&context=auilr>).

² *Raphael Th.* Op. cit. Para. 13.01.

³ *Donohue v. Armo Inc. and Others*, [2001] UKHL 64 (13 December 2001).

нии антиискового запрета, суд не смутило, что истец инициировал в Англии лишь процесс о вынесении антиискового запрета в отсутствие какого-либо процесса по существу спора.

В дальнейшем решение по делу *Donohue v. Armco Inc.* было положено в основу решения по делу *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant*, где Лорд Манс выразил следующую идею:

«Пока в соответствии с Законом об арбитраже 1996 г. не должно быть принято иное решение, негативный эффект арбитражного соглашения с местом проведения арбитража в Лондоне порождает право, которое может быть принудительно осуществлено независимо от наличия или скорого возбуждения дела»¹.

В результате в деле *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant* суд выдал антиисковой судебный запрет в форме окончательного решения по делу в отсутствие процесса по спору из основного материального правоотношения.

Итак, иск о вынесении судебного запрета в форме окончательного решения по делу является самостоятельным иском. Но тогда возникает вопрос: можно ли обратиться за мерами обеспечения такого иска?

Ответ был дан английским судом в деле *The Siskina*², где суд, анализируя институт судебных запретов в общем, сделал следующий вывод:

«Право получить судебный запрет в форме обеспечительной меры является вспомогательным по отношению к имеющемуся основанию иска. Такой запрет [в форме обеспечительной меры. — *A.B.*] выдается для сохранения *status quo*, пока суд окончательно не разрешит существующий между сторонами спор о праве и вопрос присуждения того, на что истец вправе рассчитывать исходя из основания иска, что может как включать, так и не включать в себя вынесение судебного запрета в форме окончательного решения по делу».

Таким образом, судебный запрет в форме обеспечительной меры может (но не должен³) выдаваться в поддержку иска о вынесении судебного запрета в форме окончательного решения по делу. Как пишет Т. Рафаэль

¹ *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v. AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP*, para. 28.

² *Siskina (Cargo Owners) v. Distos Compania Naviera SA*, [1979] AC 210 (HL).

³ Антиисковой запрет может быть выдан и удержан независимо от основного иска, если защищает субъективное право, существующее по закону или по праву справедливости (см.: *Masri v. Consolidated Contractors International Company Sal & Anor*, [2008] EWCA Civ 625 (6 June 2008); Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws. Vol. I. 14th ed. — Thomson; Sweet & Maxwell, 2006. Para. 12-076).

(Th. Raphael)¹, «[п]роцессом по существу спора может, но не обязательно должен быть процесс по иску о вынесении антиискового запрета в форме окончательного решения по делу, который часто подается, чтобы создать базу для вынесения антиискового запрета в форме обеспечительной меры. Альтернативно за обеспечительными антиисковыми запретами можно обращаться в поддержку процесса по иску из основного материально-правового отношения [например, процесса по иску из основного договора. — А.В.]».

Для цели дальнейшего анализа необходимо подчеркнуть, что в Англии процесс по иску о вынесении антиисковых запретов в форме окончательного решения по делу (*final anti-suit injunction*) *может* быть самостоятельным процессом, и именно за обеспечением этого иска путем антиискового запрета в форме обеспечительной меры (*interim anti-suit injunction*) *можно* обращаться. Таким образом, иск из основного материально-правового отношения (например, основного договорного) не является единственным возможным иском, который может быть обеспечен антиисковым запретом в форме обеспечительной меры.

Подведем промежуточный итог. Средством защиты против нарушения подразумеваемого негативного обязательства из арбитражного соглашения может быть вынесение антиискового запрета в форме окончательного решения по делу (*final injunction*), недалеко ушедшего от континентального приговора исполнения в натуре. Но вынесение антиискового запрета в такой форме — длительный процесс. Поэтому уже при наличии или скором возбуждении процесса о вынесении антиискового запрета в форме окончательного решения по делу можно обратиться за более быстрым антиисковым запретом в форме обеспечительной меры (*interim injunction*).

2. Антиисковые запреты в странах континентального права

Немецкий исследователь М. Лененбах (M. Lenenbach) пишет: «Если немецкий суд придет к выводу, что соглашение [арбитражное. — А.В.] является действительным, применение антиискового запрета есть не более чем принуждение к исполнению обязанности из договора. Коль скоро требование исполнения обязательства в натуре является обычным средством правовой защиты по немецкому договорному праву, антиисковой запрет не является чем-то экстраординарным»². Схожа с описанной и точка зре-

¹ Raphael Th. Op. cit. Para. 13.17.

² Lenenbach M. Anti-suit Injunctions in England, Germany and the United States: Their Treatment under European Civil Procedure and the Hague Convention // Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review. 1998. Vol. 20. P. 257, 291 (доступно в Интернете по адресу: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1458&context=ilr>).

ния Х. Шака: «В Германии иск о понуждении ответчика к отказу от ведения иностранного судебного процесса имеет шансы на успех, если существует материально-правовое требование воздержаться от ведения иностранного судебного процесса»¹.

Швейцарский исследователь О.Л. Мозиманн (O.L. Mosimann) также полагает, что в Швейцарии возможно вынесение договорных антиисковых запретов в поддержку процесса в арбитраже². При этом автор отмечает, что швейцарский правопорядок признает обязательственный эффект арбитражного соглашения. Следовательно, у сторон арбитражного соглашения есть право не быть ответчиком по иску в неоговоренном форуме. На этом основании О.Л. Мозиманн делает вывод, что защита такого права возможна в форме «обеспечительной меры, нацеленной на исполнение обязательства в натуре»³. И хотя подобная процессуальная форма на первый взгляд может показаться весьма необычной, важно, что автор подчеркивает близость этой обеспечительной меры к присуждению исполнения обязательств в натуре.

Примеры вынесения антиисковых запретов также можно найти во Франции⁴ и Бельгии⁵. Во французском деле суд выдал внедоговорный антиисковой запрет против продолжения процесса в Испании, мотивируя это тем, что во Франции уже было инициировано дело о банкротстве. В бельгийском деле суд ввиду обстоятельств дела отказал в выдаче антиискового запрета, указав тем не менее, что его получение в бельгийском суде возможно в принципе.

Таким образом, следует прийти к выводу, что антиисковой запрет на сегодняшний день не является чем-то свойственным исключительно странам системы общего права и *a priori* не соответствующим основным принципам континентального права.

¹ Шака Х. Международное гражданское процессуальное право. — М.: БЕК, 2001. С. 378.

² Mosimann O.L. Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration. Eleven Pub., 2010. P. 41—47. Очевидно, автор имеет в виду промежуточное исполнение обязательства, о котором мы расскажем подробнее далее.

³ Ibid. P. 44.

⁴ Banque Worms c/ Epoux Brachot et autres, Cass. Civ. 1ère, 19 novembre 2002.

⁵ Cour d'appel de Bruxelles, 21 Octobre 2005 // Revue de Droit Commercial Belge = Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht. 2006. P. 970 (доступно в Интернете по адресу: www.procedurecivile.be/fileadmin/fichiers/RDC-TBH2006_9_englebert.pdf).

3. Обоснование допустимости договорных антиисковых запретов с точки зрения российского материального и процессуального права

Природу договорных антиисковых запретов в форме окончательного решения по делу можно описать следующим образом. Коль скоро арбитражное соглашение (или исключительная пророгационная оговорка) налагает на стороны обязательство не обращаться за разрешением данных споров в неоговоренные форумы¹, оно способно и быть исполнено в натуре². Неисполнение этого обязательства выражается в подаче исков в неоговоренные форумы. Тогда в случае неисполнения одной из сторон обязательств из арбитражного соглашения второй стороне должен быть доступен иск об исполнении обязательства в натуре (иск о присуждении). Таким образом, правовая основа вынесения договорных антиисковых запретов — нарушение договорного обязательства³.

Представляется, что по общему правилу надлежащим форумом для такого иска об исполнении в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения должен быть арбитраж. Следует согласиться с Э. Гайаром (E. Gaillard), что компетенция арбитров разрешать споры, связанные с арбитражным соглашением, по определению предполагает компетенцию разрешать споры о нарушении обязательства передавать споры в арбитраж⁴. Хотя мыслимы ситуации, в которых суд также будет компетентен вынести антиисковой запрет⁵, дальнейший анализ будет основан на том, что надлежа-

¹ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). — Kluwer Law International, 1999. Paras. 627—630, 661—667; *Lew J.M., Mistelis L.A., Kröll St. Comparative International Arbitration.* — Kluwer Law International, 2003. Para. 6-2; *Poudret J.-Fr., Besson S. Comparative Law of International Arbitration.* — Sweet & Maxwell, 2007. Para. 367; *Born G.B. International Commercial Arbitration.* — Kluwer Law International, 2009. P. 1020—1024; *Чунпунов И.С.* Указ. соч. С. 68—71.

² Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). — Kluwer Law International, 1999. Paras. 631—634.

³ *Raphael Th.* Op. cit. Para. 7.12; *Born G.B.* Op. cit. P. 1036—1045; *Mosimann O.L.* Op. cit. P. 5—7.

⁴ *Gaillard E. Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators // International Arbitration 2006: Back to Basics?* / A.J. van den Berg (ed.). — Kluwer Law International, 2007. P. 238.

⁵ Английские суды обосновывают свою компетенцию по выдаче антиисковых запретов в отсутствие арбитражного разбирательства через ст. 37 Закона о высших судах 1981 г. (Senior Courts Act 1981), которая предусматривает, что Высокий суд может выдать судебный запрет (в форме обеспечительной меры или в форме окончательного решения) во всех случаях, когда сочтет это справедливым и правильным (см.: *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC*, [2010] EWHC 772 (Comm) (16 April 2010), para. 20). Поэтому в случае с арбитражной оговоркой в пользу арбитража с местом проведения в Лон-

шим форумом для иска об исполнении в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения является арбитраж.

Приведенная конструкция антиискового запрета использовалась, например, в деле *ОАО Gazprom v. Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*¹, где состав арбитража (Y. Derains, S. Lamb, S. Nappert) в окончательном решении удовлетворил обязательственный иск, в котором истец требовал выдать антиисковой запрет. Спор касался нарушения арбитражной оговорки в соглашении акционеров, в котором стороны согласились, что правом, применимым к арбитражному соглашению, будет право Швеции. Тем не менее литовское Министерство энергетики в обход арбитражного соглашения обратилось в литовский суд для инициирования корпоративного расследования, предусмотренного литовским правом. Состав арбитража счел, что конечной целью Министерства, начавшего процесс в литовском суде, была реализация прав по акционерному соглашению. Основываясь на принципе добросовестности и широком круге споров, охваченных арбитражной оговоркой, состав арбитража посчитал, что инициирование процесса в литовском суде нарушает арбитражную оговорку. Поэтому состав арбитража в своем окончательном решении счел возможным присудить истцу исполнение негативного обязательства из арбитражного соглашения в натуре². В резолютивной части окончательного решения состав арбитража, помимо распределения расходов на арбитраж, постановил:

доне у английского суда не будет необходимости задумываться над природой антиискового запрета и надлежащим форумом, так как ст. 37 Закона о высших судах освобождает английский суд от решения этой задачи.

В любом случае для цели настоящего исследования дело *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant* не только дает ответы, но и ставит вопросы, поскольку конструкция предъявленного в данном деле иска несколько отличается от конструкции, предложенной в настоящей работе. В деле *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant* истец, помимо требования выдать антиисковой запрет, заявил требование о признании (declaration) арбитражной оговорки действительной (т.е. иск о признании), а не иск об исполнении в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения (т.е. не иск о присуждении). Суд признал себя компетентным рассмотреть иск о признании арбитражной оговорки действительной и выдать сопутствующий антиисковой запрет, посчитав, что нет смысла вынуждать стороны инициировать арбитраж только для того, чтобы сформированный состав арбитража рассмотрел иск о признании арбитражного соглашения действительным и подтвердил свою компетенцию (см.: *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC*, [2011] EWCA Civ 647 (27 May 2011), para. 107). Неясно, посчитал бы английский суд, что у него отсутствует компетенция, если бы истец предъявил требование о выдаче антиискового запрета в виде классического обязательственного иска о присуждении.

¹ *OAO Gazprom v. Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*, Final Award, SCC Case № V (125/2011), July 31, 2012 (доступно в Интернете по адресу: www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/Gazprom_v_Lithuania_Final_Award.pdf).

² *Ibid.* Paras. 264—268

«признать, что инициирование и дальнейшее ведение [о]тветчиком литовского судебного процесса, описанного выше, было частично произведено в нарушение арбитражной оговорки, содержащейся в акционерном соглашении;

приказать [о]тветчику отказаться от требований, заявленных в пунктах 1.1, 1.3 и 1.4 [у]точненного [и]ска [в литовском суде. — *А.В.*] от 9 декабря 2011 г., и ограничить требования, заявленные в пункте 1.6 [у]точненного [и]ска, до требований, которые не будут нарушать права и обязанности из акционерного соглашения и которые [о]тветчик не сможет предъявить в арбитраж в соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в акционерном соглашении».

Очевидно, что иск об исполнении обязательства в натуре известен и российскому материальному праву. Но вопрос присуждения к исполнению в натуре *негативных* обязательств в российской доктрине исследован скудно. С точки зрения А.Г. Карапетова, общим средством защиты в случае нарушения негативного обязательства по российскому праву является возмещение убытков¹. Относительно возможности присуждения негативных обязательств к исполнению в натуре А.Г. Карапетов замечает, что одним из наиболее серьезных препятствий к такому присуждению в российском праве является то, что судебным решением может быть блокирована реализация неопределенного круга субъективных прав (субъективные права фактически прекратятся), что не допускается п. 2 ст. 9 ГК РФ. Вместе с тем исследователь подчеркивает, что данная проблема стоит менее остро в ситуациях, в которых реализация права блокируется лишь в отношениях с кредитором, а не с третьими лицами (когда договорное условие сформулировано соответствующим образом). Так, в случае присуждения к исполнению заемщиком обязательства не привлекать новых кредитов заемщик будет ограничен в соответствующих правах в отношениях с другими участниками оборота, т.е. со всеми потенциальными новыми кредиторами. Подобного не происходит в случае с арбитражным соглашением, где присуждение к исполнению не подавать иск в неоговоренный форум будет действовать лишь в отношениях с кредитором по обязательству из арбитражного соглашения. Более того, присуждение к исполнению в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения не прекратит право на подачу иска в иной форум (государственный суд) как таковое, но будет препятствовать его дальнейшему осуществлению лишь при данных фактических обстоятельствах². Иными словами, ничто не мешает стороне

¹ *Карапетов А.Г.* Последствия нарушения негативных ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: Сб. ст. Вып. 1 / Отв. ред. М.Л. Башкатов. — М.: Статут, 2011 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Аналогичной логики придерживался законодатель, формулируя норму об отказе от *договорных* прав (waiver) (п. 6 ст. 450.1 ГК РФ): «...в случаях, когда сторона, осуществляющая предприни-

арбитражного соглашения обратиться в государственный суд с иском по другому спору и разрешить этот спор в государственном суде с согласия (например, молчаливого¹) другой стороны арбитражного соглашения. Поэтому признание к исполнению в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения не будет противоречить российскому материальному праву.

На практике требования о присуждении к исполнению в натуре негативного обязательства по российскому праву удовлетворяются российскими судами². Так, по делу Петродворцовой сбытовой компании (№ А56-34120/02) ФАС Северо-Западного округа подверг анализу договорное условие «не совершать самостоятельных действий по сбору платежей за электрическую энергию, поставляемую по договорам энергоснабжения»³. В мотивировочной части суд сослался на ст. 307 ГК РФ, прямо допускающую обязательства с негативным содержанием, а также на ст. 309 ГК РФ, предусматривающую, что обязательства должны исполняться надлежащим образом. В результате суд присудил исполнение в натуре обязательства из рассматриваемого условия договора, постановив обязать ответчика не совершать действий, предусмотренных спорным пунктом договора.

Российской судебной практике известно и присуждение к исполнению в натуре обязательств, которые, пользуясь английской терминологией, можно назвать «подразумеваемыми»⁴. Поэтому как бы с точки зрения российско-

мательскую деятельность, при наступлении обстоятельств... служащих основанием для осуществления определенного права по договору, заявляет отказ от осуществления этого права, в последующем осуществление этого права *по тем же основаниям* не допускается, за исключением случаев, когда аналогичные обстоятельства наступили вновь» (курсив мой. — А.В.).

¹ Постановления Президиума ВАС РФ от 21 февраля 2012 г. № 13104/11, от 23 апреля 2013 г. № 1649/13; Арбитражного суда Уральского округа от 7 августа 2014 г. № Ф09-5112/14 по делу № А60-44635/2013.

² См., например, постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 27 сентября 2010 г. по делу № А41-8304/10 (истцом было заявлено требование об обязанности владельца объектов электросетевого хозяйства исполнить условие договора энергоснабжения не препятствовать передаче электроэнергии на энергопринимающие устройства; суд обязал ответчика не препятствовать перетоку электроэнергии через объекты электросетевого хозяйства; определение отменено судом кассационной инстанции по иным основаниям, нежели невозможность присуждения к исполнению негативного обязательства в натуре).

³ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20 мая 2003 г. № А56-34120/02.

⁴ Постановление ФАС Центрального округа от 11 октября 2010 г. по делу № А09-565/2010 (по договору банковского счета банк обязался выдавать клиенту или его представителю по доверенности выписки по счету и другие необходимые документы по мере совершения операций (подразумевается негативное обязательство не чинить препятствий в получении выписок); суд удовлетворил договорное требование к банку об устранении препятствий для получения выпи-

го права ни было охарактеризовано негативное обязательство из арбитражного соглашения (явное или подразумеваемое), это не будет препятствием для удовлетворения иска об исполнении в натуре такого обязательства.

С 1 июня 2015 г. удовлетворение иска об исполнении в натуре негативного обязательства будет *a fortiori* допустимо в связи с вступлением в силу изменений в ст. 393 ГК РФ, п. 6 которой будет прямо предусматривать возможность требовать пресечения нарушения негативного обязательства¹.

Соответственно, сторона, считающая свои права из арбитражного соглашения нарушенными, может обратиться в арбитраж с иском об исполнении арбитражного соглашения в натуре. Иск будет удовлетворен, если он будет соответствовать выведенным российской правовой доктриной из судебной практики критериям эффективности, адекватности и целесообразности². Практически эти критерии повторяют препятствия для присуждения исполнения обязательства в натуре, обобщенные на международном уровне в таких сводах договорного права, как, например, Принципы УНИДРУА 2010³.

Эффективность данного способа защиты (т.е. иска об исполнении в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения) не может вызывать сомнения с точки зрения российского материального права.

Во-первых, поскольку надлежащим форумом для данного иска является арбитраж, заинтересованная сторона может на основании Конвенции ООН

сок по счету и иных платежных документов); постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 22 октября 2012 г. по делу № А05-9174/2011 (по договору энергоснабжения ответчик взял на себя обязательство обеспечить беспрепятственный допуск представителей сетевой организации к энергопринимающим устройствам (подразумевается обязательство не препятствовать допуску — пример, аналогичный приведенному из «Chitty on Contracts» выше); суд постановил обязать ответчика обеспечить беспрепятственный допуск); апелляционное определение Московского городского суда от 12 апреля 2013 г. по делу № 11-9601 (по договору, содержащему элементы лицензионного и типографского, издательство обязалось издать книгу тиражом в 1000 экземпляров (подразумевается негативное обязательство не издавать книгу большим тиражом); издательство издало книгу тиражом в 2000 экземпляров, поэтому суд вынес запрет в том числе на дальнейшее изготовление контрафактных экземпляров).

¹ Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

² Каранетов А.Г. Указ. соч. С. 115.

³ Согласно ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА 2010 такими препятствиями являются следующие обстоятельства: 1) исполнение невозможно с правовой или фактической точки зрения; 2) исполнение или, где необходимо, присуждение к нему чрезмерно затруднительно и затратно; 3) сторона, имеющая право требовать исполнения, может получить исполнение от другого субъекта; 4) исполнение обязательства тесно связано с личностью; 5) сторона, имеющая право требовать исполнения, не требует исполнения в разумный срок после того, как эта сторона узнала или должна была узнать о неисполнении.

о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция) обратиться за признанием и приведением в исполнение арбитражного решения в форум, в котором в нарушение данной арбитражной оговорки ведется процесс. Решение об исполнении обязательств из арбитражной оговорки в случае признания приобретет преклюзивный эффект в государстве признания, что приведет к приостановлению процесса в суде этого государства.

Во-вторых, в зарубежных правовых порядках проблема исполнения решений по искам о присуждении решается институтом *astreinte*, который представляет собой присуждение ответчика к уплате истцу определенной денежной суммы за каждый день (неделю, месяц) неисполнения должником решения, присуждающего его совершить какое-либо действие или воздержаться от определенного действия¹. Именно так в одном из дел обеспечил исполнение своего внедоговорного приказа прекратить судебный процесс за границей Кассационный суд Франции². Постановлением Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта» аналог *astreinte* введен и в российский правовой порядок.

Возможно резонное возражение, что защита прав из арбитражного соглашения в исковой форме займет слишком много драгоценного времени.

Однако по аналогии с английским процессом в России стороне, подающей иск об исполнении обязательства из арбитражного соглашения в натуре, должна быть доступна мера обеспечения данного иска, запрещающая стороне, нарушающей арбитражное соглашение, продолжать процесс в неоговоренном форуме. Обратиться за такой обеспечительной мерой можно как в суд³, так и в арбитраж, если это позволяют *lex arbitri* или арбитражные правила.

В качестве примера снова приведем дело *ОАО Gazprom v. Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*, в котором истец вместе с предъявлением иска об испол-

¹ Цвайгерт К., Кёму Х. Сравнительное частное право: В 2 т. Т. I: Основы. Т. II: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт / Пер. с нем. — М.: Междунар. отношения, 2010. С. 478—481; ст. 7.2.4 Принципов УНИДРУА 2010.

² *Banque Worms c/ Epoux Brachot et autres*. В бразильском деле *Companhia Paranaense de Energia — COPEL v. UEG Araucária Ltda.* (Third court of public finances of Curitiba, 24334, 15 March 2004) суд также использовал *astreinte* для обеспечения исполнения антиискового запрета. Но правомерность вынесения бразильским судом антиискового запрета в данном деле спорна, так как он был направлен против продолжения процесса в арбитраже, что нарушает принцип компетенции-компетенции.

³ Пункты 2, 23 информационного письма Президиума ВАС РФ от 7 июля 2004 г. № 78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер» (далее — Информационное письмо № 78).

нении арбитражного соглашения в натуре также подал повторяющее исковое требование заявление о принятии чрезвычайным арбитром А.Я. ван ден Бергом (A.J. van den Berg) мер обеспечения данного иска в виде запрета продолжать процесс в литовском суде¹. И хотя А.Я. ван ден Берг отказал в выдаче обеспечительной меры, сделал он это лишь по процессуальному основанию недоказанности ситуации экстренности (*urgency*), необходимой для получения обеспечительной меры от экстренного арбитра в соответствии с Правилами Арбитражного института при Торгово-промышленной палате Стокгольма².

Отличие предлагаемого нами подхода от ранее высказывавшихся³ состоит в том, что обеспечиваемым иском является не иск из основного материально-правового отношения (например, договорного), а иск из обязательства, порожденного арбитражным соглашением. Далее будет рассмотрено вынесение антиисковых запретов в форме обеспечительной меры российским судом.

Основным препятствием для вынесения российским судом антиисковых запретов в форме обеспечительных мер, с точки зрения предшествующих авторов, была формулировка п. 2 ч. 1 ст. 91 АПК РФ. Согласно этому пункту обеспечительной мерой может быть запрещение ответчику и другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора. Проблему создает формулировка о запрете действий, «*касающихся предмета спора*». Как разъяснил Пленум ВАС РФ, любая обеспечительная мера должна быть связана с предметом заявленного требования, должна быть соразмерна ему и должна обеспечивать фактическую реализацию цели обеспечительных мер⁴. Предшествующие авторы под «требованием» понимали требование из основного материально-правового отношения, что ожидаемо приводило их к выводу о недопустимости антиисковых запретов в России.

¹ *ОАО Gazprom v. Ministry of Energy of the Republic of Lithuania*, paras. 78—79.

² Приложение II к Правилам Арбитражного института при Торгово-промышленной палате Стокгольма.

³ *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 научн. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина. — М.: Статут, 2013; *Ядыкин А.И.* Институт «антиисковых обеспечительных мер» (*anti-suit injunctions*) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского разбирательства // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. — М.: Инфотропик Медиа, 2013; *Ярков В.В.* Применение антиисковых обеспечительных мер российскими судами: почему бы и нет? // Закон. 2014. № 8.

⁴ Пункт 10 постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» (далее — Постановление № 55).

Р.М. Ходыкин исходит из необходимости поиска в российском правопорядке аналога антиисковых запретов среди мер обеспечения иска из основного материально-правового отношения. Автор сравнивает *внедоговорные* антиисковые запреты и так называемые *антиарбитражные* запреты (*anti-arbitration injunctions*) с российскими обеспечительными мерами и приходит к выводу о том, что российское право на данном этапе не допускает принятия их российским судом¹. К сожалению, остается до конца непонятной позиция автора по вопросу допустимости принятия российским судом *договорных* антиисковых запретов.

Следует согласиться с Р.М. Ходыкиным, что институт внедоговорных антиисковых запретов, имеющий корни в праве справедливости², настолько своеобразен, что вряд ли можно найти его аналог в российском правопорядке.

А.И. Ядыкин также проводит сравнение, но уже между *договорными* антиисковыми запретами и российскими мерами обеспечения иска из основного материально-правового отношения и приходит к довольно ожидаемому выводу о том, что в силу формулировок АПК РФ договорные антиисковые запреты чужды российскому праву³.

Напротив, В.В. Ярков, не проводя различий между договорными и внедоговорными антиисковыми запретами, приходит к противоположному выводу о том, что антиисковые запреты вполне укладываются в прокрустово ложе российских мер обеспечения иска по спорам из основного материально-правового отношения⁴. Подход автора основан по сути только на чрезмерно широком понимании категории «*действий, касающихся предмета спора*». Полагаем, что данный подход должен быть отвергнут, как не основанный на законе.

Кроме того, подход В.В. Яркова не позволяет применять *предварительные* обеспечительные меры достаточно эффективно, хотя именно в них, как в мерах, способных быстро удовлетворить интерес заявителя по предотвращению или пресечению причинения ущерба, зачастую и заинтересован заявитель. Если вслед за В.В. Ярковым исходить из того, что обеспечиваемым иском является иск из основного материально-правового отношения, то применение предварительных обеспечительных мер российским судом сузится только до случаев, когда характер материально-правового спора побуждает ответчика к предъявлению иска (встречного иска) к истцу. Иными словами, у ответчика в неоговоренном форуме не будет возможности

¹ Ходыкин Р.М. Указ. соч. С. 286—290, 294.

² Raphael Th. Op. cit. Paras. 2.02—2.09; Хомич М.С. Судебные приказы, выносимые государственными судами с целью соблюдения сторонами арбитражного соглашения // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 7(1). С. 93.

³ Ядыкин А.И. Указ. соч. С. 241—266.

⁴ Ярков В.В. Указ. соч. С. 87—88.

удержать предварительные обеспечительные меры в российском суде, если у него нет принципиального интереса в предъявлении требования к истцу.

Действительно, в применении антиисковых запретов заинтересован в первую очередь ответчик в процессе в неоговоренном форуме. У такого ответчика может возникнуть желание обратиться в российский суд за быстрой предварительной обеспечительной мерой для воспрепятствования ведению этого процесса в неоговоренном форуме в зарубежном суде. Предположим, что российский суд удовлетворит заявление о принятии предварительных обеспечительных мер¹. Но в России предварительные обеспечительные меры не могут существовать сами по себе. В соответствии с требованиями ст. 99 АПК РФ ответчик в процессе в неоговоренном форуме, получивший в России предварительную обеспечительную меру (антиисковой запрет), будет обязан в дальнейшем подать в договорный форум (арбитраж) иск, иначе предварительная обеспечительная мера будет снята. Но тогда если у ответчика нет интереса в предъявлении требования к истцу даже в договорном форуме (причем этот интерес, по В.В. Яркову, должен проистекать из основного материально-правового отношения), то ответчик не сможет удержать полученную в российском суде обеспечительную меру.

Нам видится, что указанными авторами был неверно решен вопрос квалификации института договорных антиисковых запретов с позиции российского права.

Прежде всего в России применение мер обеспечения иска допустимо после возбуждения дела или в связи с его скорым возбуждением (предварительные обеспечительные меры в арбитражном процессе). При этом под «делом» обычно понимался спор из основного материального правоотношения. На родине же антиисковых запретов — в Англии — вынесение антиисковых запретов, как указывалось выше, допускается и при отсутствии процесса по иску из основного материального правоотношения в надлежащем арбитражном форуме или намерения инициировать такой процесс.

Тогда очевидно, что сфера применения антиисковых запретов гораздо шире, чем их использование исключительно для обеспечения иска из основного материального правоотношения. Таким образом, на данном этапе условием вынесения в России антиискового запрета в форме обеспечительной меры является предварительная подача иска об исполнении в натуре обязательства из арбитражного соглашения.

В целом предложенное решение вписывается в изложенную Президиумом ВАС РФ квалификацию антиискового запрета как обеспечитель-

¹ Пункт 30 информационного письма Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 158 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц» (далее — Информационное письмо № 158).

ной меры («Принятые иностранным судом *обеспечительные меры* [курсив мой. — *А.В.*] в виде запрета на участие в рассмотрении спора в судах Российской Федерации не препятствуют рассмотрению спора компетентным российским судом») — с тем лишь замечанием, что обеспечительная мера — не единственная процессуальная форма для договорных антиисковых запретов в России.

Исполнение описанной обеспечительной меры обеспечивается возможностью наложения судебного штрафа за неисполнение судебного акта (ч. 2 ст. 96, ст. 119, 332 АПК РФ). Российское законодательство также предусматривает санкции за неуважение к суду, т.е. ответственность за неисполнение судебного акта (ст. 315 УК РФ).

Подводя промежуточный итог, следует сделать вывод, что ничего не препятствует применению арбитражем договорных антиисковых запретов по российскому материальному праву в форме, например, принуждения к исполнению обязательства в натуре, снабженного *astreinte*. Причем, если необходимо срочно прекратить процесс в нарушение арбитражной оговорки, можно обеспечить иск об исполнении обязательства из арбитражного соглашения в натуре предусмотренными законом мерами в российском суде. Но при использовании данной конструкции существуют иные препятствия, о которых пойдет речь ниже.

4. Вопросы получения в российском суде обеспечительной меры, нацеленной на тот же эффект, что и исковое требование

Предлагаемый нами подход подразумевает, что по своему эффекту обеспечительная мера будет повторять требование, сформулированное в исковом заявлении об исполнении в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения (прекращение процесса в нарушение соглашения).

Заметим, что российские суды традиционно скептически подходят к обеспечительным мерам, повторяющим по своему эффекту исковое требование, и зачастую отказывают в их выдаче независимо от того, является иск вещным² или обязательственным³.

¹ Пункт 32 Информационного письма № 158.

² Постановление ФАС Центрального округа от 5 сентября 2007 г. по делу № А64-2210/07-9; постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 12 марта 2007 г. по делу № А58-8955/06; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 мая 2011 г. № 09АП-9220/2011-ГК по делу № А40-152433/10-54-945; постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 августа 2011 г. по делу № А72-4185/2011; постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 мая 2011 г. по делу № А61-166/11; постановление Двадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 февраля 2008 г. по делу № А54-5497/2007.

³ Постановление ФАС Уральского округа от 24 декабря 2007 г. № Ф09-10266/07-С6 по делу № А76-12168/2007; постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 18 июня

Суды приводят следующие причины отказа выдавать обеспечительные меры, повторяющие по своему эффекту исковое требование (как можно заметить, эти причины на самом деле сильно пересекаются друг с другом):

- 1) такие обеспечительные меры идентичны предмету иска (исковому требованию), что недопустимо¹;
- 2) такие обеспечительные меры предрешают исход спора².

Попытаемся продемонстрировать несостоятельность названных причин.

Относительно первой причины (не допускаются обеспечительные меры, идентичные предмету иска (исковому требованию)) заметим следующее.

Во-первых, сравнение обеспечительной меры и предмета иска (искового требования) некорректно в принципе, поскольку обеспечительная мера является судебным актом, издаваемым по результатам рассмотрения соответствующего заявления, а предмет иска — это не что иное, как элемент самого иска. Выделение же в заявлении о принятии обеспечительной меры предмета и основания догматически вряд ли корректно.

Во-вторых, даже если сравнивать определение о принятии обеспечительной меры о промежуточном исполнении обязательства, принятое по результатам рассмотрения соответствующего заявления, и судебное решение, вынесенное непосредственно по иску об исполнении обязательства, можно обнаружить некорректность господствующей в судебной практике логики.

Согласно наиболее простой классификации, все иски с точки зрения предмета иска (искового требования) можно разделить на иски о признании и иски о присуждении³. Судебные акты об удовлетворении исков первого вида предполагают признание наличия у истца определенного спорного права. Судебные акты об удовлетворении исков второго вида предполагают помимо признания наличия у истца определенного права также и присуждение к совершению в пользу истца определенного действия (или к воздержанию

2014 г. № 06АП-2701/2014 по делу № А16-359/2014; постановления Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 7 декабря 2007 г. № 15АП-192/2007 по делу № А53-19016/2007-С3-38, от 3 декабря 2007 г. № 15АП-191/2007 по делу № А53-18983/2007-С3-38; постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 января 2012 г. № 18АП-12997/2011 по делу № А07-20371/2011.

¹ См., например, постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 18 октября 2012 г. по делу № А38-4061/2012.

² См., например, постановление ФАС Уральского округа от 24 декабря 2007 г. № Ф09-10266/07-С6 по делу № А76-12168/2007.

³ Гражданский процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. 6-е изд., перераб. и доп. — М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 260. Автор указывает также на существование преобразовательных исков, в дискуссии о корректности выделения которых мы не будем вдаваться в настоящей работе.

нию от совершения определенного действия)¹. Для цели настоящего анализа подчеркнем, что в обоих случаях суд актом по существу спора обязательно решает вопрос о признании за истцом соответствующего спорного права. Напротив, обеспечительная мера о промежуточном исполнении обязательства предполагает лишь *предварительное (prima facie)* присуждение, не решая ни вопроса об окончательном присуждении, ни уж тем более вопроса о признании за заявителем соответствующего спорного права.

В-третьих, данный подход российских судов не основан на законе, поскольку АПК РФ (или обобщения практики, принятые ВАС РФ в развитие положений АПК РФ) прямо не запрещает вынесение обеспечительных мер, повторяющих по эффекту исковое требование.

Относительно второй причины (обеспечительные меры о промежуточном исполнении обязательства предрешают исход спора) заметим следующее.

Российские суды имеют порочную тенденцию видеть предрешение исхода спора там, где остальной мир его не видит и где этого предрешения на самом деле нет. Приведем следующий пример.

В международной судебной и арбитражной практике уже довольно давно используется такой критерий для удовлетворения заявления о принятии обеспечительной меры, как вероятность удовлетворения требований заявителя по существу спора (*good arguable case on the merits*). Этот критерий сосуществует в иностранных правовых порядках с запретом предрешения судом исхода спора (*prejudgment of the case*). Как замечает Н.В. Павлова, «[д]анная формулировка [вероятность удовлетворения требований заявителя по существу спора. — *A.B.*] не нашла отражения в рамках Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ [имеется в виду Постановление № 55. — *A.B.*], поскольку вызвала много споров и возражений как судей, так и ученых, которые полагают, что в соответствии с канонами отечественного процесса судья до вынесения решения по существу спора не вправе высказываться, предрешать исход спора»². Поэтому в Постановлении № 55 была использована иная формулировка — «разумность и обоснованность требований заявителя по существу спора».

Если верить Н.В. Павловой, то в глазах российских судей и ученых-процессуалистов любой иностранный судебный акт о принятии обеспечительной меры будет заведомо неправосудным. Действительно, так как при принятии обеспечительной меры иностранным судом использовался крите-

¹ Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. 5-е изд., перераб. и доп. — М.: Статут, 2014. С. 332.

² Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.А. Иванова. — М.: Городец, 2011. С. 327 (автор гл. 8 — Н.В. Павлова).

рий вероятности удовлетворения требований заявителя по существу спора, иностранный суд с неизбежностью должен был предрешить исход спора. Такой результат, очевидно, абсурден и попросту некорректен, так как «вероятность удовлетворения требований заявителя по существу спора» есть не что иное, как оценка аргументов заявителя лишь *prima facie*¹, необходимая, чтобы предотвратить причинение ответчику ущерба обеспечительными мерами в деле, в котором позиция ответчика явно сильнее позиции заявителя-истца².

Аналогичная ситуация, как видится, имеет место и с рассматриваемыми нами обеспечительными мерами, направленными на промежуточное исполнение обязательства. Показательно, что такие обеспечительные меры постоянно используются в международном арбитраже³ и даже предусматриваются некоторыми арбитражными правилами⁴. Доктрина также не выдвигает против таких обеспечительных мер возражений⁵. В связи с этим на вопрос

¹ См., например: Case Concerning Passage Through the Great Belt (Finland v. Denmark) (Provisional Measures Order of 29 July 1991) // ICJ Report. 1991. P. 12 (para. 21); Wong J. The Issuance of Interim Measures in International Disputes: A Proposal Requiring a Reasonable Possibility of Success on the Underlying Merits // Georgia Journal of International and Comparative Law. 2005. Vol. 33. P. 605, 613, 620 (доступно в Интернете по адресу: http://papers.ssrn.com/abstract_id=1261145).

² Wong J. Op. cit. P. 616

³ См. следующие дела, где составы арбитража выдали обеспечительную меру в виде промежуточного исполнения обязательства: Interlocutory Award in ICC Case № 10596 // Yearbook Commercial Arbitration. 2005. Vol. XXX (иск изготовителя к дистрибьютору о возврате документов, переданных дистрибьютору в соответствии дистрибьюторским договором, был обеспечен передачей этих документов изготовителю до вынесения окончательного решения); Award in ICC Case № 6503 // Journal du droit international (Clunet). 1995. Vol. 122. P. 1022 (иск об исполнении обязательства из дистрибьюторского договора был обеспечен продолжением исполнения договора до вынесения окончательного решения); Second Interim Award in ICC Case № 5808 of 1994 (не опубликовано) (приводится по: Yesilirmak A. Provisional Measures in International Commercial Arbitration. — Kluwer Law International, 2005. P. 218—219) (арбитры сочли промежуточное исполнение денежного обязательства допустимой обеспечительной мерой, но отказали в ее выдаче ввиду фактических обстоятельств дела); см., однако: Partial Award in ICC Case № 9984 of 1999 (не опубликовано) (где состав арбитража посчитал, что вопрос о выдаче обеспечительной меры о промежуточном исполнении обязательства «слишком тесно связан с разрешением спора по существу» и отказался выдать обеспечительную меру в виде промежуточного исполнения обязательства).

⁴ Статья 25.1(iii) Правил ЛМТС 2014 г. предусматривает, что обеспечительная мера может сводиться к любому действию, совершение которого может быть присуждено составом арбитража в окончательном решении.

⁵ Born G.B. International Commercial Arbitration. 2nd ed. — Kluwer Law International, 2014. P. 2491—2492; Segesser G. von, Boog C. Chapter 6: Interim Measures // International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners / E. Geisinger, N. Vosser (eds.). 2nd ed. — Kluwer Law International, 2013. P. 110; Yesilirmak A. Op. cit. P. 218—219.

о допустимости обеспечительных мер, повторяющих по своему эффекту исковое требование, было бы неверным давать отрицательный ответ.

Тем не менее предлагаемая конструкция антиискового запрета может быть модифицирована таким образом, что не будет возникать проблемы идентичности эффекта, на который нацелены обеспечительная мера и исковое требование.

5. Способ уйти от идентичности эффекта, на который нацелены обеспечительная мера и исковое требование

Первоначально мы предлагали сконструировать антиисковой запрет как иск об исполнении негативного обязательства из арбитражного соглашения в натуре (иск о присуждении), обеспеченный мерами, запрещающими совершение определенных действий, а именно продолжение процесса в нарушение арбитражной оговорки.

Чтобы обойти идентичность эффекта, на который нацелены обеспечительная мера и исковое требование, можно предложить изменить предмет иска в предлагаемой конструкции антиискового запрета. При этом иск все так же будет основан на обязательстве из арбитражного соглашения.

Обеспечиваемый иск можно сформулировать как иск о признании арбитражного соглашения действительным и исполнимым (аналог английского *declaration*). Хотя в российской практике иск о признании сделки действительной встречается гораздо реже, чем иск о признании сделки недействительной, предъявление такого иска не является невозможным¹. В этом случае обеспечительная мера по своему эффекту уже не будет идентична решению по предъявленному иску о признании. Именно такая конструкция использовалась в деле *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant*².

Строго говоря, форумом для иска о признании арбитражного соглашения действительным также должен быть арбитраж. Компетенция суда по рассмотрению иска о признании арбитражного соглашения действительным остается за рамками настоящей работы. Заметим лишь, что лишение суда такой компетенции может показаться неразумным. В случае если недобросовестная сторона инициировала процесс в неоговоренном форуме, другой сторо-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 27 мая 1997 г. № 3132/96 (суд удовлетворил иск о признании договора о залоге действительной сделкой); Кузнецов С.А. О защите прав по обязательствам путем их признания // Вестник ВАС РФ. 2014. № 7 (СПС «КонсультантПлюс»).

² *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC*, [2010] EWHC 772 (Comm) (16 April 2010), para. 11.

не потребуется инициировать арбитражное разбирательство только с целью подтверждения составом арбитража собственной компетенции¹.

6. Вопросы признания и приведения в исполнение антиисковых запретов

Заметим, что вынесение судом или арбитражем антиисковых запретов в форме обеспечительной меры имеет свои недостатки. Одним из таких недостатков являются сложности, связанные с признанием такой обеспечительной меры и приведением ее в исполнение в иных юрисдикциях. Эти сложности можно условно разделить на две группы: связанные с тем, что антиисковой запрет в форме обеспечительной меры не является решением по существу спора, и связанные с противоречием антиискового запрета как такового публичному порядку государства признания и приведения в исполнение.

Действительно, в Англии, например, иностранный судебный акт для цели признания и приведения в исполнение должен являться окончательным решением, принятым по существу спора². Но обеспечительные меры в большинстве правовых систем не признаются окончательными судебными актами по существу спора. По этой же причине невозможно признать и привести в исполнение определения иностранных судов о применении обеспечительных мер и в России³.

Но перечисленные выше препятствия, очевидно, не будут работать в отношении антиискового запрета в форме окончательного арбитражного решения, которое можно признать и привести в исполнение в соответствующем государстве на основании Нью-Йоркской конвенции.

Поэтому рассмотрим вопрос о противоречии антиисковых запретов в форме окончательного арбитражного решения публичному порядку государства признания. Интересно обратиться к решению греческого суда первой инстанции, который пришел к выводу, что само по себе отсутствие в гре-

¹ *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC*, [2011] EWCA Civ 647 (27 May 2011), para. 107.

² *Fawcett J.J., Carruthers J.M.* Cheshire, North & Fawcett on Private International Law. 14th ed. — Oxford University Press, 2008. P. 536—538; Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws. 14th ed. Vol. I. Rule 35(1)(b).

³ Пункт 26 Информационного письма № 78; п. 33 Постановления № 55; п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов».

ческом праве института антиисковых запретов не препятствует признанию и приведению в исполнение антиискового запрета на территории Греции. Более того, суд признал иностранный антиисковый запрет в поддержку арбитража на основании тогда еще Конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (Брюссель, 27 сентября 1968 г.) (далее — Брюссельская конвенция), квалифицировав *injunction* в качестве «решения» в терминологии Брюссельской конвенции¹. Тем не менее греческий суд апелляционной инстанции отказал в приведении судебного запрета в исполнение, но лишь на основании противоречия такого решения греческому публичному порядку (т.е. не на основании того, что приводимый в исполнение антиисковый запрет не является решением по существу спора)². Действительно, суды иностранных государств, видя в антиисковых запретах вторжение в разрешение вопроса о собственной компетенции, могут отказывать в признании и приведении в исполнение антиисковых запретов по мотивам их противоречия публичному порядку своего государства, что зачастую имеет под собой скорее политические, чем правовые основания. В любом случае в признании и приведении в исполнение антиискового запрета не должно отказываться лишь на том основании, что в праве признающего государства отсутствует такой институт, что верно и для признания антиискового запрета в России³.

Небезынтересное развитие получило и рассмотренное дело *ОАО Gazprom v. Ministry of Energy of the Republic of Lithuania* после вынесения арбитрами антиискового запрета в форме окончательного решения по делу. Дело в том, что истец, получив искомое решение о запрете Министерству энергетики продолжать процесс в литовском суде, попытался привести это решение в исполнение в Литве. Таким образом, литовскому суду было заявлено требование привести в исполнение запрет продолжения процесса в суде своей

¹ На тот момент такое решение греческого суда уже противоречило решению Суда ЕС по делу *Van Uden*, исключившего процессы по заявлениям в поддержку арбитражного разбирательства из сферы действия Брюссельской конвенции (см.: *Van Uden Maritime BV trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another*, Court of Justice of the European Communities, C-391/95, 17 November 1998 // *Yearbook Commercial Arbitration*. 1999. Vol. XXIV).

² *A, B v. C, D*, Court of Appeal (Maritime Cases Section), 110/2004, 2004. A contribution by the ITA Board of Reporters.

³ Пункт 5 информационного письма Президиума ВАС РФ от 26 февраля 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».

же судебной системы. Суды первой и апелляционной инстанций отказали в признании и приведении в исполнение решения состава арбитража по мотиву противоречия публичному порядку. Верховный суд посчитал необходимым приостановить производство по делу и направить запрос о толковании права ЕС в Суд ЕС¹ в связи с возникновением сомнений, что приведение в исполнение решения состава арбитража будет противоречить позиции, изложенной Судом ЕС в деле *West Tankers*². Не так давно Генеральным адвокатом (Attorney General) была высказана позиция, что приведение в исполнение подобных решений арбитров не противоречит праву ЕС³ и что Регламент Брюссель I не составляет элемент публичного порядка для государств — членов ЕС⁴. Это, в свою очередь, означает невозможность использования комбинации Регламента Брюссель I и ст. V(2)(b) Нью-Йоркской конвенции для отказа в признании и приведении в исполнение вынесенного арбитрами антиискового запрета⁵. Генеральный адвокат, принимая во внимание последнюю законотворческую деятельность Комиссии ЕС, также выразил свое весьма негативное отношение к решению по делу *West Tankers*⁶. Это дает некоторые основания рассчитывать на скорое изменение прецедентного права ЕС в данной области.

Таким образом, можно утверждать, что возможность признания и приведения в исполнение иностранного антиискового запрета в форме обеспечительной меры суда весьма ограничена. В то же время признание антиискового запрета в форме окончательного арбитражного решения по делу в другом государстве уже не встречает столь значительных правовых возражений и зачастую во многом зависит лишь от готовности правовой системы признающего государства пойти на такой шаг.

¹ Supreme Court of Lithuania, 10 October 2013, Civil Case № 3К-7-326/2013.

² В данном деле Суд ЕС пришел к выводу, что вынесение судами государств — членов ЕС антиисковых запретов против продолжения процесса в судах других государств — членов ЕС противоречит праву ЕС (в частности, принципу взаимного доверия) (см.: *Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.*, Court of Justice of the European Communities, 9 February 2010, C-185/07).

³ Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 4 December 2014. Case C-536/13, “Gazprom” OAO (Request for a preliminary ruling from the Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lithuania)), para. 153—157 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62013CC0536>).

⁴ *Ibid.*, para. 180.

⁵ *Ibid.*, para. 188.

⁶ *Ibid.*, para. 140.

7. Вопросы применимого права

Принятие позиции об обязательственном эффекте арбитражного соглашения и квалификация договорных антиисковых запретов в качестве иска об исполнении такого обязательства в натуре неизбежно влекут изменение в подходе к определению надлежащего форума и права, применимого при решении вопроса о возможности вынесения такого аналога договорных антиисковых запретов. Коль скоро арбитражное соглашение порождает обязательство не обращаться с иском в неоговоренные форумы, можно утверждать, что последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения арбитражного соглашения должны попадать в сферу действия статута арбитражного соглашения.

Это означает, что в случаях, когда арбитраж сочтет себя компетентным рассматривать дело по иску об исполнении арбитражного соглашения в натуре, при решении вопроса о допустимости вынесения антиисковых запретов будет отсутствовать необходимость обращаться к российскому праву, если применимому к арбитражному соглашению праву известны договорные антиисковые запреты в той или иной форме.

Интересен вопрос о праве, применимом при получении обеспечительной меры, направленной на промежуточное исполнение обязательства. Можно ли считать такую обеспечительную меру решением по существу спора для цели определения предмета доказывания? Если да, будет ли предмет доказывания для ее получения взят из материального права? А если из материального права, то из какого именно? Можно ли утверждать, что предмет доказывания по заявлениям о выдаче таких мер будет находиться в сфере действия статута арбитражного соглашения?

В качестве примера уместно привести дело 4A_582/2009¹, в котором Верховный суд Швейцарии столкнулся с заявлением об отмене обеспечительной меры, вынесенной в процессуальной форме предварительного решения (*sentence préliminaire*)². Заявление было подано в порядке, предусмотренном ст. 190 Закона о международном частном праве Швейцарии (*Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) / Bundesgesetz über das Internationale*

¹ Tribunal fédéral, Ière Cour de droit civil, 4A_582/2009, Arrêt du 13 avril 2010, *X. SA contre Y. BV, Mmes et MM* // ASA Bulletin. 2010. Vol. 28. Issue 3.

² Для цели настоящего исследования также важно, что Верховный суд Швейцарии признал теоретическую обоснованность выделения такой группы обеспечительных мер, как меры, направленные на промежуточное исполнение обязательств (причем как денежных, так и неденежных), и отверг их квалификацию в качестве решения по существу.

Privatrecht (IPRG)) (далее — Закон Швейцарии об МЧП). Сложности возникли в связи с тем, что ст. 190 Закона Швейцарии об МЧП содержит основания для отмены только таких актов, которые являются по своей природе решениями по существу спора. Поэтому Верховному суду Швейцарии требовалось установить, является ли обеспечительная мера, вынесенная в процессуальной форме предварительного решения, решением по существу спора. В соответствии с вынесенным предварительным решением сторона должна была осуществить промежуточное исполнение обязательства по оплате использования товарного знака. Верховный суд Швейцарии посчитал, что, несмотря на название («предварительное решение»), принятый арбитрами акт по природе являлся и был задуман именно как обеспечительная мера, а не как решение по существу спора. Поскольку обеспечительные меры не входят в предмет ст. 190 Закона Швейцарии об МЧП, заявление было отклонено судом.

Подход швейцарского суда представляется сбалансированным. Коль скоро для получения обеспечительной меры в международной практике обычно требуется продемонстрировать лишь вероятность удовлетворения требований по существу спора (*good arguable case on the merits*)¹, такая обеспечительная мера не разрешает спор окончательно, в какой бы процессуальной форме она ни была вынесена. И напротив, квалификация обеспечительных мер, направленных на промежуточное исполнение обязательства, в качестве решения по существу привела бы к тому, что заявителю при обращении за «обеспечительной мерой» при составлении заявления необходимо было бы руководствоваться уже исключительно материально-правовым предметом доказывания. Иными словами, у заявителя отпали бы основания для применения процессуальных норм об обеспечительных мерах. В результате суду пришлось бы предрешить исход спора уже на этапе выдачи обеспечительной меры (*prejudgment of the case*), что недопустимо.

Таким образом, обеспечительную меру, направленную на промежуточное исполнение обязательства, нельзя признать решением по существу спора. Соответственно, для получения в суде обеспечительной меры, направленной на промежуточное исполнение обязательства, стороне (как минимум в Швейцарии) в заявлении необходимо руководствоваться скорее положениями процессуального закона об обеспечительных мерах, нежели нормами материального права. Процессуальная форма вынесения договорных антиисковых запретов все еще будет находиться в сфере действия *lex fori*

¹ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. А.А. Иванова. С. 327 (автор гл. 8 — Н.В. Павлова).

как права, регулирующего большинство вопросов процесса¹. Поэтому нормы материального права, устанавливающие предмет доказывания по иску, не должны приниматься во внимание. Соответственно, при получении в суде обеспечительной меры наиболее значимым будет процессуальное право *lex fori*, а не материальное право, применимое к арбитражному соглашению.

8. Вывод

С точки зрения российского права английский антиисковой судебный запрет можно представить в качестве арбитражного решения, присуждающего исполнение в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения. До принятия арбитрами решения соответствующий иск об исполнении обязательства в натуре может быть обеспечен мерой, выданной арбитражем или российским судом, которая направлена на запрет продолжения процесса в неоговоренном форуме. Несмотря на то что суды обычно с недоверием относятся к обеспечительным мерам, повторяющим по своему эффекту исковое требование, в российском процессуальном праве отсутствуют принципиальные препятствия для использования таких обеспечительных мер. Кроме того, проблему идентичности эффекта обеспечительной меры и будущего решения по иску можно обойти, если предметом иска из арбитражного соглашения будет признание арбитражного соглашения действительным, а не исполнение в натуре негативного обязательства из арбитражного соглашения. В арбитраже договорный антиисковой запрет будет выдаваться в соответствии с правом, применимым к арбитражному соглашению. При получении в суде обеспечительной меры, направленной на прекращение иностранного процесса, необходимо будет руководствоваться преимущественно правом суда.

¹ См., однако, решение швейцарского суда по деле *Air (PTY) Ltd. v. International Air Transport Association (IATA) and C. (SA)* (Republic and Canton of Geneva Judiciary, Court of First Instance, C/1043/2005-15SP, 2 May 2005 // ASA Bulletin. 2005. Vol. 23. Issue 4). В этом решении суд заметил *obiter*, что швейцарский суд при определенных обстоятельствах может выдать обеспечительную меру в соответствии с иностранным правом.

ДЕЙСТВИЕ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ЛИЦ, КОТОРЫЕ ЕГО НЕ ПОДПИСЫВАЛИ

М.С. Калинин,

студент юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,
член команды юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова
на конкурсе по международному коммерческому арбитражу
им. Виллема Виса (Вена)

1. Консенсуальная природа арбитража и действие арбитражного соглашения в отношении лиц, его не подписывавших

Арбитражное соглашение, заключенное его сторонами, является (за редчайшими исключениями) единственной основой любого разбирательства в международном коммерческом арбитраже¹. Именно арбитражное соглашение закрепляет волю сторон на передачу споров на разрешение в арбитраж — исключительно добровольную по своей природе альтернативу государствен-

¹ См. ст. 7(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (с изм., принятыми в 2006 г.) и ст. II(1) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция): «соглашение, по которому *стороны* обязуются передавать в арбитраж... споры». Это подтверждает и авторитетный комментарий к Нью-Йоркской конвенции: «...арбитражное соглашение создает права и возлагает обязательства только в отношении участвующих в нем лиц» (Руководство МСКА (ICCA) по толкованию Нью-Йоркской Конвенции 1958: Пособие для судей. — М.; Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. Гл. 2, IV.5.1. С. 50 (доступно в Интернете по адресу: www.arbitration-icca.org/media/1/13654293924350/russian_text.pdf)). Практика также признает, что невозможно принудить сторону передать спор на разрешение в арбитраж без ее согласия (см.: *AT & T Technologies Inc. v. Communications Workers of Am.*, 475 U.S. 643, 648 (1986); см. также *Born G.B. International Commercial Arbitration*. 2nd ed. — Kluwer Law International, 2014. P. 1406; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. 5th ed. — Oxford University Press, 2009. P. 15).

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

ным судам¹. По общему правилу арбитраж не может быть действительным без соглашения сторон², а любой суд, признающий юрисдикцию состава арбитража над стороной против ее воли, выходит за рамки стандартов Нью-Йоркской конвенции и национальных законов³.

Тем не менее ограничиваться исключительно формальным толкованием субъектного состава⁴ арбитражного соглашения не следует. Применение исследуемых в статье конструкций на практике позволяет разрешить «один из наиболее противоречивых вопросов в коммерческом арбитраже»⁵ и установить действительный субъектный состав арбитражных соглашений, что оказывается чрезвычайно полезным в целом ряде случаев. Так, изучаемые правовые механизмы используются для привлечения в процесс платежеспособного ответчика; при желании ответчика по иску, поданному в суд, разрешить спор в арбитраже на основании не подписанного им арбитражного соглашения; при желании поручителя принять участие в споре между должником, за которого он поручился, и кредитором, а также во многих других ситуациях. Правомерное (в том числе не противоречащее действительной воле сторон) привлечение лиц, формально не подписывавших соглашение, в процесс разрешения спора в арбитраже способствует справедливому разрешению споров и отвечает действительным интересам сторон международных сделок⁶, включая интерес в быстром, эффективном и предсказуемом разрешении споров, а также помогает избежать вынесения чрезвычайно нежелательных, противоречащих решений⁷. Проблема привлечения в процесс лиц, не подписывавших соглашение, приобретает еще большую практическую остроту с учетом того, что вопрос компетенции состава арбитража может проверяться до трех раз: 1) составом арбитража по вопросу о своей компе-

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 85—86.

² *Steingruber A.* Consent in International Arbitration. — Oxford University Press, 2012. P. 13.

³ *Youssef K.* The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies // ICC Multiparty Arbitration Dossier / B. Hanotiau, E. Schwartz (eds.). — ICC Institute of World Business Law, 2010. P. 72.

⁴ *Born G.B.* Op. cit. P. 1407.

⁵ *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Gov't of Pakistan*, [2010] UKSC 45, para. 105 (доступно в Интернете по адресу: www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2010/46.html).

⁶ *Born G.B.* Op. cit. P. 1417; *Stellar Shipping Co. LLC v. Hudson Shipping Lines*, [2010] EWHC 2985 (доступно в Интернете по адресу: www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2010/2985.html).

⁷ *Brekoulakis S.L.* Arbitration and third parties: Ph.D. Thesis. Queen Mary University of London, 2008. P. 143.

тенции; 2) государственным судом по месту проведения арбитража в рамках рассмотрения заявления об отмене арбитражного решения и 3) судом в стране (странах) исполнения решения¹.

2. Принципы толкования и письменная форма арбитражного соглашения, применимое право

Прежде чем перейти к анализу конкретных юридических конструкций, позволяющих установить действительный субъектный состав арбитражного соглашения, следует обратить внимание на три общих для всех таких конструкций и чрезвычайно важных на практике вопросы.

Первым из них является *требование письменной формы арбитражного соглашения*, принятое на уровне международных конвенций и национально-го законодательства многих государств. На данный момент признается, что рассматриваемые ниже механизмы не противоречат требованию об обязательной письменной форме арбитражного соглашения: письменная форма для выражения согласия и присоединения к уже существующему в письменной форме соглашению не требуется². Следовательно, арбитражное соглашение может быть заключено в том числе и конклюдентными действиями³. Такой подход закреплен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (в ред. 2006 г.) и проекте федерального закона № 583004-5 «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»»: форма считается соблюденной, «если арбитражное соглашение заключено в любой форме, позволяющей обеспечить фиксацию содержащейся в нем информации или доступность для ее последующего использования»⁴. Таким образом, письменная форма требуется для фиксации содержания достигнутого сторонами соглашения, а не подписей сторон.

¹ По проблеме двойной судебной проверки арбитражного решения (заявлению об отмене и заявлению о признании) см. лекцию: *Berg A. van den. Should the Setting Aside of an Arbitral Award Be Abolished?* (www.arbitration-icca.org/AV_Library/2nd_Karl_Heinz_Bockstiegel_Lecture.html); Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). — Kluwer Law International, 1999. P. 254.

² Part Two. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration // UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985. With amendments as adopted in 2006. — United Nations, 2008. P. 28 (доступно в Интернете по адресу: www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf); п. 5.3.1 решения швейцарского Верховного суда от 16 октября 2003 г. № 4P_115/2003: «an issue as to the merits» (www.swissarbitrationdecisions.com/extension-arbitration-clause-non-signatory).

³ *Hanotiau B. Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions.* — Kluwer Law International, 2006. P. 57—58.

⁴ Статья 7 Типового Закона ЮНСИТРАЛ.

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

Вторая проблема — *принципы толкования арбитражного соглашения*, применяемые для выявления воли сторон. Стандартная арбитражная оговорка обычно не затрагивает вопрос субъектного состава и не позволяет выявить действительную волю ее сторон исключительно буквальным толкованием. Именно наличие общей воли сторон зачастую играет решающую роль в вопросе компетенции арбитража в отношении стороны, не подписавшей соглашение. На практике также необходимо учитывать, что в зависимости от применимого права и правовой культуры арбитров большее внимание при толковании может быть обращено либо на фактические действия сторон, либо на раскрываемые документы и переписку.

Первым принципом является *обязанность сторон действовать добросовестно*¹. Этот принцип предполагает, что соглашение должно оцениваться как единое целое, основанное на настоящей воле сторон², которая выявляется за счет исследования «фактического контекста» — обстоятельств, окружающих отношения сторон³. Соответственно, позиция стороны, противоречащая этому принципу (в частности, ссылка на аргумент формальной недействительности соглашения, очевидно этой стороной принятого), не должна получать юридической защиты⁴. Данный принцип также применяется, когда сторона сначала отрицает компетенцию судов, ссылаясь на арбитражное соглашение, а затем оспаривает действительность соглашения в арбитраже⁵.

Вторым широко признанным принципом является так называемое *правило эффективного толкования*. В соответствии с этим принципом, предпочтение должно отдаваться толкованию, наделяющему слова смыслом, а не делающему их бессмысленными. Это объясняется достаточно простой логикой: презюмируется, что стороны, включая в свой договор арбитражную оговорку, стремились предусмотреть эффективный и популярный в международном обороте способ разрешения возможных споров, а не вписать бессмысленное предложение, не влекущее юридических последствий⁶. В качестве другого основания принципа эффективного толкования можно указать презюмируемое желание

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 1415.

² Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 257—258.

³ *Stellar Shipping v. Hudson Shipping*.

⁴ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 258—259.

⁵ *Ibid.* P. 258.

⁶ *Steingruber A.* Op. cit. P. 127.

сторон иметь единый эффективный форум разрешения связанных международных споров, возникающих из их договорных отношений¹.

Также в контексте международного коммерческого арбитража применяется *принцип толкования contra proferentem*², признанный в том числе и российским гражданским правом³. По нашему мнению, в некоторых случаях данный принцип актуален и при определении субъектного состава арбитражного соглашения. Примером может послужить толкование двусмысленно составленного соглашения, отсылающего к договору между третьими лицами, содержащему арбитражную оговорку. Другой возможный пример — договор с арбитражной оговоркой, заключенный дочерней компанией, но «утвержденный» подписью материнской компании, участвовавшей в переговорах и исполнении такого договора.

Следует также обратить внимание на существующие подходы к политике толкования арбитражных соглашений. Первым из них является так называемый *ограничительный (restrictive) подход*. Его сторонники ссылаются на дерогационный эффект арбитражного соглашения, якобы лишаящий стороны права на справедливое и публичное судебное разбирательство⁴. На сегодняшний день такой подход признан устаревшим⁵, поскольку арбитраж считается обычным и эффективным средством разрешения международных коммерческих споров⁶. Противоположностью этого подхода является проарбитражная *политика расширительного толкования* арбитражного соглашения, принятая, в частности, в США («policy favoring arbitration»)⁷. Однако презумпция существования арбитражного соглашения является также неверной, поскольку единственным решающим фактором может быть исключительно действительная воля сторон⁸.

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 1417; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 259; *Chuprunov I.* Effects of Contractual Assignment on an Arbitration Clause — Substantive and Private International Law Perspectives // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2012. P. 41; см. также *Stellar Shipping v. Hudson Shipping*.

² *Steingruber A.* Op. cit. P. 127—128.

³ См. п. 11 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

⁴ *Sandrock O.* Arbitration Agreements and Groups of Companies // Festschrift für Pierre Lalive. — Helbing und Lichtenhahn, 1993. P. 630 (доступно в Интернете по адресу: www.trans-lex.org/116200).

⁵ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 5.

⁶ *Born G.B.* Op. cit. P. 1417; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 259; *Chuprunov I.* Op. cit. P. 41.

⁷ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

⁸ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 261.

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

Наконец, третьей важной проблемой является часто встречающаяся ошибка — *смешение вопросов материальной ответственности «третьего» лица и наличия компетенции* в отношении него у состава арбитража¹. Общеизвестно, что вопросы материальной ответственности не связаны с наличием компетенции арбитража в отношении определенного лица². Так, поручитель по общему правилу не будет являться стороной арбитражного соглашения³. Соответственно, кредитор не сможет привлечь его в спор с должником, рассматриваемый в арбитраже, основываясь исключительно на факте солидарной ответственности.

3. Юридические конструкции, связывающие стороны арбитражным соглашением, которое они не подписывали

С развитием арбитража, сопровождающимся постоянным ростом количества споров с множественностью сторон⁴, а также споров с участием сторон, не подписывавших соглашение, эволюционируют и механизмы определения действительной воли сторон. Фактически общепризнанной на сегодняшний день является возможность выразить волю не только через подписание арбитражного соглашения⁵.

По нашему мнению, среди юридических механизмов, позволяющих связать стороны арбитражным соглашением, которые они формально не подписывали, можно выделить три основные группы конструкций. Первая группа включает конструкции, позволяющие однозначно установить, что лицо являлось стороной соглашения с момента его подписания (например, подписание соглашения представителем) или стало стороной соглашения с определенного момента (правопреемство, ратификация). Во вторую группу следует отнести конструкции, основанные на нахождении общей воли лиц (определение подразумеваемого согласия сторон, теория группы компаний, договоры с поручителем или страховщиком). Конструкции второй группы при их практическом применении будут в большинстве случаев требовать большего объема доказательств, нежели механизмы из первой группы. Бесспорно, применять такие теории возможно лишь с особой осторожностью⁶. В третью группу вхо-

¹ Poudret J.-Fr. Besson S. Comparative Law of International Arbitration. — Sweet & Maxwell, 2007. P. 222.

² Born G.B. Op. cit. P. 1418.

³ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 280, 281.

⁴ Lazareff S. Foreword // ICC Multiparty Arbitration Dossier / B. Hanotiau, E. Schwartz (eds.). P. 5.

⁵ Steingruber A. Op. cit. P. 11.

⁶ Born G.B. Op. cit. P. 1170; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 92.

дят конструкции, основанные на применении принципа добросовестности и позволяющие в силу закона *распространить* действие арбитражного соглашения на третьих лиц (снятие корпоративных покровов, эстоппель и др.). При этом важно отметить позицию ВАС РФ, в соответствии с которой «[п]ризнание и приведение в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения не может нарушать публичный порядок Российской Федерации на том лишь основании, что в российском праве отсутствуют нормы, аналогичные нормам примененного иностранного права»¹.

Обращаясь к вопросу права, применимого к изучаемым конструкциям, можно сделать следующий общий вывод: в большинстве случаев применимым является право, которому стороны подчинили арбитражное соглашение или договор, в котором оно содержится²; конструкции, основанные на общепризнанных принципах международного права, могут быть применены без отсылки к определенному правопорядку³. При этом важно отметить, что тесты, используемые в изучаемых конструкциях, могут применяться для нахождения общей воли сторон и подтверждения компетенции арбитража, даже если определенная конструкция не получила на данный момент легального закрепления⁴.

4. Конструкции, нацеленные на определение «настоящей» стороны арбитражного соглашения

4.1. Представительство

Отношения представительства— одна из часто встречающихся на практике⁵ и наименее противоречивых конструкций, связывающих действием арбитражного соглашения сторону, его не подписавшую. По общему правилу, актуальному для большинства правопорядков (в том числе установленному гл. 10 ГК РФ), представитель лица может заключать договоры (включая арбитражное соглашение) от имени представляемого. При этом обычно требуются доказательства того, что договор был заключен представителем от имени пред-

¹ См. п. 5 информационного письма Президиума ВАС РФ от 26 февраля 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».

² *Hanotiau B.* Op. cit. P. 9.

³ См., например: *Born G.B.* Op. cit. P. 1443—1444.

⁴ *Born G.B.* Op. cit. P. 1446—1447; *Mesheil T.* Having Your Cake and Eating it Too? — Israeli Court Stays Proceedings Against a Non-Signatory to a Contract Containing an Arbitration Clause (доступно в Интернете по адресу: http://papers.ssrn.com/abstract_id=2377941).

⁵ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 12; см. также: *A/S Custodia, v. Lessin Int'l Inc.*, 503 F.2d 318 (2d Cir. 1974).

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

ставляемого и представитель имел на это прямо выраженные или подразумеваемые полномочия¹. Требования к форме подтверждения полномочий различаются, а в ряде стран отсутствуют². Стороной такого соглашения становится представляемый, а не представитель. Кроме того, практике известны случаи, при которых представитель, не связанный арбитражным соглашением, инициировал разбирательство от имени представляемого³. С другой стороны, физическое или юридическое лицо (например, одна из компаний группы), будучи самостоятельно стороной арбитражного соглашения, может, выступив представителем, связать этим же соглашением другие компании группы⁴.

4.2. Видимость полномочий представителя и одобрение действий представителя

В соответствии с концепцией видимости полномочий представителя (*ostensible, apparent authority*), представляемый считается стороной сделки (в том числе и арбитражного соглашения), заключенной от его имени представителем, не имеющим на то формальных полномочий, если представляемый своими заявлениями или действиями создал для добросовестного контрагента⁵ видимость наличия соответствующих полномочий у представителя⁶. Характерной чертой данной конструкции является то, что ее применение обычно обосновывается принципом добросовестности или англосаксонской доктриной *эстоппель*. Как следствие, считается, что конструкция видимости полномочий представителя опирается не только на волю и согласие сторон⁷.

Представляется, что аналогичная конструкция существует и в отечественном законодательстве. Так, абзац второй п. 1 ст. 182 ГК РФ устанавливает, что полномочие представителя может «явствовать из обстановки», в которой он действует. Ссылки на данную норму в контексте компетенции арбитража в отношении лица, не подписывавшего арбитражное соглашение, можно

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 1419; *Hanotiau B.* Op. cit. P. 10—11.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 104.

³ *Born G.B.* Op. cit. P. 1422.

⁴ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 11—12; *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S.*, 9 F.3d (2d Cir. 1993), para. 17.

⁵ Обязательным условием является незнание контрагента об отсутствии полномочий у представителя (см.: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.)*. P. 252).

⁶ *Born G.B.* Op. cit. P. 1425; *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.)*. P. 252.

⁷ *Born G.B.* Op. cit. P. 1426.

найти и в практике МКАС при ТПП РФ. В одном из опубликованных споров состав арбитража, не оспаривая возможность заключения арбитражного соглашения мнимым представителем, установил, что основания для применения нормы не были доказаны в конкретном споре:

«Неубедительно и [объяснение истца. — *М.К.*] относительно того, что при подписании контракта истец не потребовал представления соответчиком доверенности на совершение сделки от имени ответчика, поскольку наличие полномочий у соответчика явствовало из обстановки согласно абз. 2 п. 1 ст. 182 ГК РФ. При этом он не раскрыл, что являлось основанием для такого заключения»¹.

В доктрине также встречается позиция, в соответствии с которой конструкция мнимых полномочий может быть обоснована применением ст. 174 ГК РФ².

Кроме того, ст. 183 ГК РФ закрепляет возможность последующего одобрения такой сделки представляемым в том числе и конклюдентными действиями, например принятием исполнения или производством расчетов, а также утверждением представляемого. По нашему мнению, применение конструкции последующего одобрения сделки для установления компетенции арбитража в отношении представляемого не будет противоречить консенсуальной природе арбитража³ и возможно в России.

Иллюстрацией одновременного применения обеих конструкций может послужить спор, рассмотренный в арбитраже ИСС под номером 5730. В этом споре арбитраж заключил, что г-н А своими действиями создал видимость наличия полномочий г-на Б, ознакомившего г-на А с договором, содержащим арбитражную оговорку, и подписавшего договор в его присутствии. Состав арбитража также заключил, что подобными действиями г-н А одобрил сделку, совершенную г-ном Б от его имени⁴.

4.3. Универсальное правопреемство

По общему правилу, актуальному для развитых правовых порядков⁵, все права и обязанности реорганизуемого юридического лица или наследодателя, включая заключенные им договоры и арбитражные соглашения, переходят к право-

¹ Постановление МКАС при ТПП РФ от 25 мая 2004 г. (дело № 63/2003).

² *Байгушева Ю.В.* Полномочие на основании видимости права и ст. 183 ГК РФ // Вестник ВАС РФ. 2014. № 4.

³ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 253.

⁴ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 13, 14.

⁵ *Born G.B.* Op. cit. P. 1464; *Steingruber A.* Op. cit. P. 150.

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

преемнику в порядке универсального правопреемства¹. В качестве исключения не переходят к правопреемнику права и обязанности, неразрывно связанные с личностью сторон, а также договоры, содержащие запрет на изменение их сторон². Таким образом, ссылки на реорганизацию лица, подписавшего арбитражное соглашение, не являются препятствием к арбитражному рассмотрению спора³. Автоматический переход арбитражного соглашения в результате универсального правопреемства обычно не вызывает проблем на практике.

4.4. Уступка права и перевод долга

Презюмируется, что в случае уступки прав по договору, содержащему арбитражную оговорку, такая оговорка, имеющая «функционально-вспомогательный характер»⁴, автоматически следует за переданными правами⁵. Принцип автономности арбитражного соглашения, предназначенный сохранять действие арбитражной оговорки, содержащейся в расторгнутом или недействительном договоре, не является препятствием для автоматического перехода прав и обязанностей из арбитражной оговорки вместе с основным уступленным договором⁶. Такого подхода придерживаются суды целого ряда стран⁷, включая Россию⁸. Именно этот подход является верным и с практической точки зрения: арбитражная оговорка не была бы по-настоящему

¹ Статьи 58, 1110 ГК РФ; Art. 8 English Arbitration Act of 1996; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.).

² *Lew J., Mistelis L., Kröll St.*. Comparative International Commercial Arbitration. — Kluwer Law International, 2003. P. 148.

³ *Караськов Б.П.* Международный коммерческий арбитраж: Учебник. — М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 98.

⁴ *Poudret J.-Fr., Besson S.* Op. cit. P. 245—246; *Landrove J.C.* Assignment and Arbitration: A Comparative Study (Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft. Bd. 32). — Sellier; Schulthess, 2009. P. 17—25.

⁵ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 103; *Born G.B.* Op. cit. P. 1467—1468; *Lew J., Mistelis L., Kröll St.* Op. cit. P. 147; *Chuprunov I.* Op. cit. P. 31; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 425—428.

⁶ *Poudret J.-Fr., Besson S.* Op. cit. P. 245; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 427—428; *Караськов Б.П.* Указ. соч. С. 98.

⁷ В частности, суды Франции, Англии, Швеции, Швейцарии и Германии (см.: *Steingruber A.* Op. cit. P. 147).

⁸ Пункт 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29; Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 15887/09.

обязательной при возможности «избавиться» от нее, уступив права по договору другому лицу¹ (например, дочерней компании).

В случае цессии арбитражная оговорка связывает все три стороны, но ее сфера действия «разделяется»: сторонами споров, возникающих из отношений, предшествовавших цессии, являются должник и цедент, а сторонами споров, возникающим из последующих отношений, — должник и цессионарий². Арбитражная оговорка автоматически следует не только за договором в целом, но и за частью переданных другому лицу прав и обязанностей³. Кроме того, арбитражное соглашение должно связывать даже цессионария, не знавшего о существовании такого соглашения. Обратный результат может быть достигнут лишь путем ущемления интересов должника, который, в отличие от цессионария, не имеет возможности договориться с цедентом о полном раскрытии информации и воспользоваться институтом заверений и гарантий⁴. По нашему мнению, аналогичные правила должны применяться и при переводе долга: в отсутствие соглашения об ином новый должник становится стороной арбитражного соглашения⁵.

Как и при универсальном преемстве, из этих правил существуют исключения: арбитражное соглашение не переходит к цессионарию, если оно неразрывно связано с личностью сторон или если стороны исходного договора прямо исключили возможность его уступки⁶.

5. Конструкции, позволяющие определить общую подразумеваемую волю сторон

5.1. Подразумеваемое согласие сторон

В соответствии с общими принципами договорного права, настоящая воля стороны может быть найдена с помощью толкования ее действий или неоднозначных условий договора. Принципы толкования общей воли сторон применяются и в арбитраже. Так, ключевая роль формально не подписавшего договор лица на стадиях переговоров, заключения и исполнения договора может

¹ *Hosiery Manufacturers Corporation v. Goldston*, 238 N.Y. 22, 149 N. E. 779 (1924).

² *Born G.B.* Op. cit. P. 1470; *Chuprunov I.* Op. cit. P. 39; *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 96.

³ *Chuprunov I.* Op. cit. P. 39.

⁴ *Ibid.* P. 43—46.

⁵ См. также решение Верховного суда Швейцарии от 19 августа 2008 г. № 4А_128/2008 (перевод долга влечет за собой переход всех «вспомогательных» прав, включая арбитражное соглашение, к новому должнику).

⁶ *Chuprunov I.* Op. cit. P. 47.

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

привести к выводу о том, что такое лицо конклюдентными действиями приняло на себя права и обязательства по соответствующему договору. При принятии решения о компетенции состав арбитража должен установить наличие или отсутствие общей подразумеваемой воли всех сторон в зависимости от степени вовлеченности «третьего» лица и его роли в договорных отношениях¹.

5.2. Доктрина группы компаний

Доктрина группы компаний является одним из самых ярких проявлений принципа подразумеваемого согласия сторон. В отличие от остальных конструкций, эта доктрина была разработана арбитражной практикой и предназначена специально для определения субъектного состава арбитражных соглашений². Данная доктрина позволяет определить подразумеваемую волю сторон арбитражного соглашения и лиц, его не подписывавших, исходя из двух основных критериев: наличия группы³ и центральной роли лиц, не подписывавших договор, в отношениях сторон. Доктрина группы компаний внешне похожа на институт снятия корпоративных покровов, но имеет два принципиальных отличия. Во-первых, применение доктрины позволяет выявить общую волю вовлеченных в правоотношения лиц, которая в дальнейшем служит основанием компетенции арбитража в отношении лиц, формально не подписывавших арбитражное соглашение⁴. Фактически теория группы компаний позволяет применить общепризнанные институты представительства и подразумеваемого согласия в другом фактическом контексте⁵. Во-вторых, доктрина группы компаний не прибегает к исключению из принципа самостоятельности юридических лиц⁶. Ее при-

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 1427—1431.

² *Ibid.* P. 1445.

³ Факт существования группы компаний для целей применения доктрины группы компаний определяется исходя из контроля одной компании над другой и степени совместной вовлеченности компаний группы в правоотношения без отсылки к *lex societatis* (см.: *Youssef K.* Op. cit. P. 76).

⁴ *Webster T., Bühler M.* Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials. — Sweet & Maxwell, 2014. P. 125, 133—134; *Youssef K.* Op. cit. P. 76; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 282—288; *Strong S.I.* Third Party Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure? // *Vanderbilt Journal of International Law*. 1998. Vol. 31. P. 915, 993—994 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1354&context=facpubs>).

⁵ *Born G.B.* Op. cit. P. 1450, 1454.

⁶ Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). P. 280—283.

менение позволяет установить подразумеваемую волю самостоятельных лиц быть стороной договора и содержащегося в нем арбитражного соглашения наравне с лицами, подписавшими договор.

Самым известным спором, в котором был заложен тест данной доктрины, является спор компаний группы «Dow Chemical» и компании «Isover Saint Gobain»¹. Один договор, содержащий арбитражное соглашение, был подписан дочерней компанией корпорации «Dow Chemical Company» — «Dow Chemical A.G.», второй договор, также содержащий арбитражное соглашение, — ее дочерней компанией «Dow Chemical Europe»; «Dow Chemical Company» не подписывала ни один из договоров. Поставку по обоим договорам должна была совершить «Dow Chemical France» или любая другая дочерняя компания «Dow Chemical Company». «Dow Chemical France» также не подписывала ни один из договоров, но исполнила обязательства и поставила товар. Из этого был сделан вывод о том, что для сторон правоотношений не было важно, какая именно компания из группы «Dow Chemical» подписывает арбитражное соглашение, наделявшее правами и обязанностями не конкретную компанию, а всю группу в целом. Состав арбитража также установил, что правоотношения не могли быть установлены без участия «Dow Chemical Company», владевшей товарным знаком на поставляемый товар.

Позже корпорация «Isover» подала ряд судебных исков против компаний группы «Dow Chemical». Все четыре компании группы, две из которых не подписывали ни один из договоров, обратились с иском в арбитраж. Состав арбитража положительно разрешил вопрос компетенции в отношении всех четырех истцов, опираясь на общую волю всех сторон, вовлеченных в договорные правоотношения.

Как и при снятии корпоративных покровов, для применения доктрины группы компаний недостаточно установить факт существования группы компаний и контроля материнской компании над дочерними². Существование группы как «единой экономической реальности» и принятие другими компаниями группы участия в договорных отношениях — индикаторы согласия в случае отсутствия подписи лица под арбитражным соглашением, но не его замена³. Существенным фактором является презумпция отсутствия воли лиц, не подписывавших арбитражное соглашение, быть его стороной⁴. Такая презумпция может быть опровергнута, если из действий не подписавших согла-

¹ The ICC Interim Award of September 23 1982 in № 4131 // Yearbook Commercial Arbitration. 1984. Vol. IX. P. 131.

² *Derains Y.* Is there a group of companies doctrine? // *Multiparty Arbitration: Dossier of the ICC Institute of World Business Law.* — International Chamber of Commerce, 2010. P. 140.

³ *Youssef K.* *Op. cit.* P. 75.

⁴ *Poudret J.-Fr., Besson S.* *Op. cit.* P. 229.

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали шение лиц, совершаемых ими в ходе переговоров, в процессе исполнения или расторжения договора, явствует их воля иметь статус стороны договора¹. Если такая воля установлена, лица, не подписавшие арбитражное соглашение, не должны иметь возможность скрываться за формальным толкованием договора, изолированным от фактических обстоятельств дела².

6. Конструкции, основанные на принципе добросовестности

6.1. Снятие корпоративных покровов

Принцип ограниченной ответственности участников корпорации, отделяющий юридическую личность и обязательства корпорации от ее учредителей, является фундаментом корпоративного права³. Тем не менее большинство развитых правовых порядков предусматривает возможность отказа от принципа отдельной юридической личности в случаях повседневного контроля одним лицом другого и злоупотребления правовой формой юридического лица с целью обхода закона, нарушения обязательств, обмана третьих лиц, а также в случаях недокапитализации или выведения активов и смешения имущества корпорации с имуществом ее учредителей⁴. Президиум ВАС РФ занял по этому вопросу аналогичную позицию⁵.

Снятие покровов также обосновано в случаях введения контрагентов в заблуждение относительно компаний группы, с которыми они вступают в правоотношения⁶. Для снятия корпоративных покровов обычно требуется доказать факты повседневного контроля и недобросовестности — использова-

¹ *Youssef K.* Op. cit. P. 80—81; *Brekoulakis S.L.* Op. cit. P. 96.

² *Hanotiau B.* Op. cit. P. 8.

³ *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. — М.: Статут, 2014. С. 182; см. также: *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, [1896] UKHL 1 (16 November 1896); *Adams v. Cape Industries Plc*, [1990] Ch 433.

⁴ *Суханов Е.А.* Указ. соч. С. 182—195; *Асосков А.В.* Коллизионное регулирование снятия корпоративных покровов // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ В Постановлении Президиума ВАС РФ от 26 марта 2013 г. № 14828/12 по делу № А40-82045/11-64-444 можно найти следующую аргументацию: «...использование юридического лица для целей злоупотребления правом... находится в противоречии с действительным назначением конструкции юридического лица».

⁶ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 44—45; *Park W.W.* Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma // Multiple Party Actions in International Arbitration. — Oxford University Press, 2009. P. 4, 28 (доступно в Интернете по адресу: www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf).

ния формы корпорации в качестве фасада с целью злоупотребления правом¹. При этом термин «снятие корпоративных покровов» используется в качестве собирательного обозначения различных правовых институтов, позволяющих «вовлеч[ь] участников юридического лица в правоотношения, сложившиеся между компанией и третьими лицами»².

Осторожное применение конструкций снятия корпоративных покровов³ для расширения субъектного состава арбитражного соглашения в исключительных случаях существенного злоупотребления корпоративной формой возможно и объясняется фактическим слиянием юридических лиц и их обязательств⁴. В результате применения институтов, позволяющих снять корпоративные покровы, контролировавшее лицо обычно признается стороной договора в силу совершенных им действий и в результате этого — стороной содержащегося в договоре арбитражного соглашения⁵. Именно такой подход позволяет обеспечить справедливость и соответствует правомерным ожиданиям сторон международных сделок⁶.

6.2. Эстоппель

Эстоппель — общепризнанный принцип международного права, который может быть использован составом арбитража⁷. Результатом применения эстоппеля является потеря стороной права на возражение против требований, основанных на предшествующем обещании или конклюдентных действиях возражающей стороны⁸. Эстоппель основан на принципах справедливости

¹ Будылин С.Л., Иванец Ю.Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Асосков А.В. Указ. соч. (СПС «КонсультантПлюс»).

³ При принятии решения суду или составу арбитража следует исходить из строгой презумпции самостоятельности юридического лица, для опровержения которой недостаточно фактов контроля или использования схожего логотипа — требуются неоспоримые доказательства злоупотребления правом.

⁴ *Born G.B.* Op. cit. P. 1431—1433; *Hanotiau B.* Op. cit. P. 47, 59.

⁵ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 44.

⁶ *Born G.B.* Op. cit. P. 1442.

⁷ *Седова Ж.И., Зайцева Н.В.* Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. — М.: Статут, 2014. С. 6.

⁸ *Останина Е.А.* Эстоппель и подтверждение сделки // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11. С. 38—45. Аналогичное правило закреплено и в п. 5 ст. 166 ГК РФ: «Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основание другим лицам полагаться на действительность сделки».

Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали

и добросовестности¹ и на данный момент получил признание как самостоятельный принцип в практике российских судов², в том числе в контексте споров о компетенции третейских судов. В рамках одного из российских дел ответчик (общество) «возразило против рассмотрения спора в государственном суде и заявило о наличии между сторонами третейского соглашения», после чего, ссылаясь на отсутствие надлежащим образом оформленного третейского соглашения, общество требовало отказать в выдаче исполнительного листа. ВАС РФ указал, что «общество... однозначно выразило свою волю на рассмотрение спора именно в этом третейском суде»; «[о]спаривание же обществом компетенции названного третейского суда... свидетельствует о злоупотреблении обществом... своими правами с целью уклонения от исполнения обязательств по договору»³.

Примером применения доктрины эстоппель для установления компетенции арбитража может послужить известное американское дело *Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins & Sells*. Соглашение, содержавшее арбитражную оговорку, наделяло фирму «Noraudit» правом использовать наименование «Deloitte Noraudit» при условии соблюдения условия соглашения. Фирма «Noraudit» получила текст соглашения и начала использовать наименование «Deloitte Noraudit», но не подписала соглашение. Окружной Апелляционный суд США постановил, что доктрина эстоппель запрещает лицу, принявшему права по соглашению, ссылаться на незаключенность соглашения и содержащейся в нем арбитражной оговорки⁴. Аналогичное решение может быть основано на признании соглашения заключенным конклюдентными действиями⁵.

В деле *Amkor v. ABS* принцип эстоппель стал самостоятельным основанием признания компетенции арбитража в отношении сторон, не подписывавших договор, содержавший арбитражную оговорку. Суд установил, что корпорация «ABS» извлекала из договора «прямую выгоду» («direct benefit») и, следовательно, было бы несправедливо позволить корпорации «ABS» обойти действие

¹ Николаев А. В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения // Международное публичное и частное право. 2014. № 4. С. 11—15.

² См. Постановление Президиума ВАС РФ от 22 марта 2011 г. № 13903/10: «Невключение в текст мирового соглашения условий... влечет за собой потерю права сторон на выдвигание новых требований (эстоппель)».

³ См. Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2012 г. № 2966/12.

⁴ *Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells*, 9 F.3d (2d Cir. 1993).

⁵ *Hanotiau B.* Op. cit. P. 26; Николаев А. В. Указ. соч. С. 11—15.

арбитражной оговорки¹. В странах континентального права аналогичное решение может быть обосновано применением принципа добросовестности².

Часто встречается мнение, в соответствии с которым принцип «эстоппель» является исключительно средством защиты и не может выступать в качестве основания иска³. Тем не менее верной представляется обратная позиция: эстоппель может равным образом служить аргументом и для стороны арбитражного соглашения, требующей признать компетенцию арбитража в отношении лица, не являющегося стороной такого соглашения⁴.

Таким образом, сторона, не подписывавшая договор, содержащий арбитражную оговорку, но обосновывающая свои требования правами из такого договора, не может отрицать обязанность передать спор на разрешение в арбитраж и ссылаться на формальное отсутствие подписи⁵.

7. Выводы

Формальное отсутствие подписи лица под арбитражным соглашением, содержание которого закреплено в письменной форме, не исключает возможности вывода о том, что такое лицо является стороной арбитражного соглашения. Лица, не подписавшие арбитражное соглашение, могут являться его сторонами изначально (например, в случае заключения соглашения представителем или в результате подразумеваемой общей воли всех сторон соглашения) либо стать ими впоследствии (например, в результате универсального или сингулярного правопреемства; активного участия в исполнении договора, содержащего арбитражную оговорку, из которого очевидна воля лица стать стороной такого договора и содержащегося в нем арбитражного соглашения). Кроме того, практике известны случаи применения институтов снятия корпоративных покровов, доктрины эстоппель и других конструкций, основанных на принципах добросовестности и справедливости и защищающих обоснованные ожидания третьих лиц.

¹ *Amkor Technology, Inc. v. Alcatel Business Systems*, 278 F. Supp. 2d 519 (E.D. Pa. 2003).

² *Hanotiau B.* Op. cit. P. 28.

³ *Николаев А.В.* Указ. соч. С. 11—15.

⁴ *Born G.B.* Op. cit. P. 1476.

⁵ *Ibid.* P. 1472—1477.

НЕДОБРОСОВЕСТНОЕ ПОВЕДЕНИЕ СТОРОН ПРИ РАЗРЕШЕНИИ СПОРОВ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ И РАСПРЕДЕЛЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РАСХОДОВ

И.И. Суспицына,
LL.M., ACIArb,
старший юрист практики
международного коммерческого арбитража
адвокатского бюро «КИАП»

Ни для кого не секрет, что международный арбитраж становится все более затратным способом разрешения споров. Часто это бывает связано с недобросовестным поведением самих сторон. В настоящей статье автор попытался разобраться, как такое поведение влияет на распределение расходов между сторонами и как распределение расходов может использоваться арбитрами в качестве инструмента эффективной организации арбитражного разбирательства.

Исследователями отмечается, что международный коммерческий арбитраж становится все более затратным способом разрешения споров. Расходы, которые сторонам приходится нести, могут иметь для них весьма критичный характер, особенно в условиях экономической нестабильности. Неоднократно публиковались рекомендации об организации арбитражного разбирательства способом, позволяющим избежать неоправданных временных и финансовых затрат¹. Тем не менее проблема не теряет своей акту-

¹ См.: Комментарии по организации арбитражного разбирательства ЮНСИТРАЛ (www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-r.pdf); Доклад Арбитражной комиссии Международной торговой палаты (МТП) о техниках по контролю времени и расходов в арбитраже (www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/ICC-Arbitration-Commission-Report-on-Techniques-for-Controlling-Time-and-Costs-in-Arbitration/).

альности. В частности, Арбитражная комиссия Международной торговой палаты (МТП) готовит новый Доклад о распределении расходов, который будет интересен всем юристам, практикующим в сфере международного коммерческого арбитража¹.

Часто увеличение арбитражных расходов бывает связано с недобросовестным поведением самих сторон. Такое поведение может выражаться в различных формах на разных этапах разрешения спора — от инициирования процедуры до вынесения окончательного решения по существу. Например, на ранней стадии процесса это проявляется в уклонении ответчика от оплаты своей части аванса на покрытие арбитражных расходов или, наоборот, в предъявлении истцом заведомо необоснованных требований. Злоупотребление сторонами своими процессуальными правами в ходе арбитражного разбирательства неизбежно приводит к затягиванию и удорожанию процедуры.

Автор в рамках данной статьи рассматривает общие стандарты распределения расходов в международном арбитраже и некоторые наиболее эффективные в мировой практике способы борьбы с недобросовестным поведением сторон: отдельные арбитражные решения о возмещении уплаченной доли аванса (*separate awards on costs*); обеспечение возмещения арбитражных расходов другой стороны (*security for costs*); учет процессуального поведения сторон составом арбитража в окончательном решении либо путем вынесения промежуточных решений. Также автор обращает внимание на возможность применения данных институтов в российской практике.

1. Стандарт распределения расходов

В международном коммерческом арбитраже отсутствует единый стандарт распределения расходов (как процедурных, включающих гонорары арбитров и административные сборы арбитражных институтов, так и расходов сторон на юридических представителей, сбор доказательств и др.). Вопрос лежит в плоскости усмотрения арбитров и зависит от ряда факторов, в том числе места арбитража, применимого права, юрисдикций происхождения сторон и арбитров.

Состав арбитража, как правило, руководствуется одним из двух базовых принципов, существующих в мировой судебной практике относительно распределения расходов: «*costs follow the cause*» или «*costs lie where they are incurred*». Принцип «*costs follow the cause*», более известный как «*loser pays*»²,

¹ <http://arbitration.iccwbo.ru>

² Вопрос о том, кого считать победителем в процессе, заслуживает отдельного рассмотрения. В одних странах (Германия, Австрия, Швеция, Швейцария) победитель определяется про-

сложился в английской правовой традиции и широко воспринят в странах как общего, так и континентального права, включая Россию. В основу принципа заложена мысль о том, что проигравшая сторона должна возместить победившей стороне расходы, которые та была вынуждена понести для восстановления своих прав, нарушенных неисполнением договорных или иных обязательств¹. Напротив, принцип «costs lie where they are incurred», или «американское правило», исходит из того, что наличие либо отсутствие нарушения права устанавливается в ходе разбирательства спора судом; судебный процесс — это обычный бизнес-риск, поэтому стороны самостоятельно несут связанные с разбирательством расходы². Данный принцип известен также во многих азиатских странах, включая Японию и Китай.

Несмотря на то что оба принципа достаточно широко применяются, тенденции современного международного арбитража — распределение расходов между сторонами с учетом исхода дела (иными словами, «loser pays») и всех фактических обстоятельств (включая поведение сторон в процессе). Многие арбитражные регламенты³ ограничиваются этой формулировкой, в то время как другие содержат более подробные положения и прямое указание на учет поведения сторон. Например, согласно ст. 28.4 Регламента ЛМТС «[с]остав арбитража также может принять во внимание поведение сторон в ходе арбитражного разбирательства, включая любое сотрудничество в вопросах облегчения разбирательства с точки зрения времени и расходов и любой отказ от сотрудничества, повлекший за собой ненужную затяжку времени и излишние расходы». Также в соответствии со ст. 37(5) Регламента МТП, «[п]ринимая решение по расходам, состав арбитража может принять во внимание такие обстоятельства, которые посчитает имеющими отношение к делу, включая то, насколько быстро и эффективно с точки зрения расходов каждая из сторон вела арбитражное разбирательство». В развитие этого

порционально удовлетворенным или отклоненным требованиям, в других (Англия) в расчет принимается главным образом «net winner», т.е. сторона, которая в конечном итоге получает денежное или иное присуждение (см., например: *Bühler M. Awarding Costs in International Commercial Arbitration: an Overview // ASA Bulletin. 2004. Vol. 22. № 2. P. 262—265* (доступно в Интернете по адресу: www.walderwyss.com/publications/85.pdf)).

¹ *Lew J. Should costs practice and procedure in international arbitration be harmonized or should we celebrate diversity? // The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2014. Vol. 80. № 4. P. 382—383.*

² *Ibidem.*

³ Статья 44 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (ТПС), ст. 40 Правил международного арбитража Торговой палаты Швейцарии, ст. 42 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

положения п. 82 Доклада Арбитражной комиссии МТП о техниках по контролю времени и расходов в арбитраже предлагает использовать распределение расходов в качестве инструмента поощрения эффективного и, напротив, наказания недобросовестного поведения сторон в процессе.

2. Виды недобросовестного поведения в ходе арбитражного разбирательства и формы его учета при распределении расходов

Виды недобросовестного поведения сторон в арбитраже, которые встречаются на практике и нашли соответствующую негативную оценку в рекомендациях профессиональных ассоциаций¹, можно условно разделить на три группы:

1) предъявление необоснованных или преувеличенных требований, постановка на рассмотрение арбитров вопросов права и вопросов фактов, нерелевантных существу спора, неадекватные по объему письменные позиции;

2) необоснованное нарушение графика арбитража, несоблюдение процессуальных приказов, заявление беспочвенных ходатайств и применение иных стратегий по затягиванию процесса;

3) злоупотребления при исследовании доказательств, включая чрезмерные запросы по истребованию документов или, напротив, непредставление запрашиваемых документов, приобщение не относимых к делу доказательств, вызов ненужных свидетелей и др.

Результатом вышеуказанного поведения может послужить отнесение арбитражных расходов на недобросовестную сторону полностью или в части, независимо от исхода дела. Иными словами, состав арбитража может отойти от принципа «loser pays», и формально победившая в процессе сторона

¹ Арбитражная комиссия МТП к недобросовестному поведению относит, в частности, необоснованное нарушение графика арбитража, несоблюдение процессуальных приказов, предъявление преувеличенных требований и необоснованных ходатайств о принятии обеспечительных мер, чрезмерные запросы о раскрытии документов, необоснованно объемные меморандумы с изложением правовой позиции, представление неоправданно большого круга свидетелей, применение различных тактик по затягиванию процесса (п. 82 Доклада о техниках по контролю времени и расходов в арбитраже).

Статья 9(7) Правил Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже предусматривает: «Если состав арбитража приходит к выводу, что при получении доказательств сторона не вела себя добросовестно, состав арбитража может, в дополнение к любым другим мерам, предусмотренным настоящими правилами, учитывать такое поведение при распределении арбитражных расходов, в том числе затрат, возникших при получении доказательств или в связи с ним» (www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

не только не получит компенсацию своих расходов, но и в исключительных случаях будет вынуждена возместить расходы оппонента¹. Особенно такая ситуация характерна для первой группы злоупотреблений: требования истца изначально были завышенными, что повлекло для ответчика уплату необоснованно высокой суммы аванса на покрытие арбитражных расходов, а также неадекватные расходы времени и средств на подготовку своей позиции².

Решение о такого рода компенсации ущерба добросовестной стороне (применении санкций к недобросовестной стороне или стимулировании должного поведения в процессе — на эту проблему можно посмотреть с разных точек зрения) состав арбитража вправе принять по своей инициативе, руководствуясь обязанностью обеспечивать эффективное рассмотрение спора. Разумеется, ничто не препятствует стороне обратиться к арбитрам с просьбой учесть поведение оппонента при распределении расходов.

Необходимо отметить, что решение о расходах состав арбитража может принять на любой стадии арбитражного разбирательства — как в окончательном решении по существу спора, так и в форме промежуточного решения³. Как правило, арбитры ждут окончания дела. Такой подход нередко критикуется⁴, поскольку не позволяет оперативно реагировать на поведение сторон и корректировать его в целях пресечения затягивания и удорожания процесса. С другой стороны, на начальных этапах разрешения спора арбитры часто недостаточно осведомлены об обстоятельствах дела, чтобы принимать объективные решения по расходам. В любом случае, как и во всем, что касается распределения расходов, арбитрам в данном вопросе надлежит руководствоваться принципами разумности и пропорциональности.

¹ *Kreindler R., Dimsey M.* Conduct and costs: how should the tribunal sanction the parties in costs // *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*. 2014. Vol. 80. № 4. P. 387—398.

² Пункт 4.4.2 Практических рекомендаций Королевского института арбитров Великобритании (CIArb) № 9 по принятию арбитрами решений в отношении арбитражных расходов (www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/practiceguideline9.pdf?sfvrsn=2).

³ Статья 37(3) Регламента МТП, ст. R-23(d) Регламента Американской арбитражной ассоциации (AAA) и др.

⁴ *Kreindler R., Dimsey M.* Op. cit. P. 396.

3. Отдельные арбитражные решения о возмещении уплаченной доли аванса на арбитражные расходы

Особый интерес представляет ситуация, с которой стороны часто сталкиваются в самом начале арбитражного разбирательства после подачи просьбы об арбитраже. Спор не будет передан составу арбитража до оплаты аванса на покрытие арбитражных расходов, который призван гарантировать возмещение предстоящих расходов арбитров и арбитражного института на рассмотрение дела и который по общему правилу истец и ответчик должны внести в равных долях¹. Между тем одна из сторон (как правило, ответчик) недобросовестно уклоняется от оплаты своей доли аванса. В этой ситуации регламенты многих арбитражных институтов, например ТПС², предлагают истцу оплатить полную сумму аванса на покрытие расходов, чтобы арбитражное разбирательство не было прекращено, и впоследствии ходатайствовать перед составом арбитража о вынесении отдельного решения о возмещении ответчиком уплаченной за него доли аванса. В основе такого права истца лежит следующая концепция: заключенное сторонами соглашение о рассмотрении спора в международном арбитраже означает, что стороны приняли на себя обязательство соблюдать положения соответствующего регламента, включая обязательство по оплате части аванса на арбитражные расходы. Таким образом, уклоняясь от оплаты, ответчик нарушает свои обязательства из арбитражного соглашения, и истец может быть восстановлен в своих нарушенных правах путем вынесения составом арбитража отдельного решения³.

В мировой практике существует тенденция удовлетворения просьб о вынесении подобных решений⁴. Тем не менее вышеуказанное право истца не является абсолютным. Вынесение отдельного решения — право, а не

¹ Иной подход применяется в МКАС при ТПП РФ и большинстве других российских арбитражных институтов: арбитражный сбор полностью оплачивает истец, которому в случае победы в деле его сумма возмещается за счет ответчика на основании арбитражного решения по существу спора.

² Статья 45(4) Регламента ТПС.

³ См.: *Hobér K., Mckechnie W.* New Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce // *Arbitration International*. 2006. Vol. 23. Issue 2. P. 261—291; *Derains Y., Schwartz E.* Guide to the ICC Rules of Arbitration. Kluwer Law International, 2005. P. 329—374; *Gretta W.* SCC Practice: Separate Awards for Advance on Costs 1 January 2007 — 31 December 2011 (www.sccinstitute.com/media/56067/separate-award-on-advance-on-costs_gretta-walters.pdf). P. 1—5; *Зыков Р.О.* Международный арбитраж в Швеции: право и практика. — М.: Статут, 2014. С. 88—92.

⁴ *Зыков Р.О.* Указ. соч. Например, по статистике ТПС за 2007—2011 гг. в удовлетворении ходатайства о вынесении отдельного арбитражного решения о возмещении уплаченной доли аванса было отказано только в одном случае из 25 (см.: *Walters G.* Op. cit. P. 2).

обязанность состава арбитража, вопрос разрешается арбитрами исходя из фактических обстоятельств каждого конкретного дела, что позволяет ответчику защитить свои интересы в случае злоупотребления оппонентом данным институтом. Типичный пример — отсутствие компетенции арбитража на рассмотрение спора. Вполне логично, что если просьба об арбитраже заявлена в отношении лица, не являющегося стороной арбитражного соглашения, или арбитражное соглашение не является действительным и исполнимым, или требования истца не охватываются данным соглашением, ответчик не должен нести связанных с участием в арбитраже расходов. При наличии хорошо обоснованного юрисдикционного возражения в удовлетворении ходатайства о вынесении отдельного решения будет отказано.

Даже если компетенция арбитража признается всеми сторонами, арбитры могут принять во внимание любые иные обстоятельства спора, в частности предъявление встречного иска, что повлечет пересмотр суммы аванса на арбитражные расходы или установление сторонам отдельных авансов пропорционально заявленным ими требованиям. Также составу арбитража следует оценить возможность признания и приведения в исполнение отдельного решения о возмещении уплаченной доли аванса, что особенно актуально для споров с российскими сторонами.

4. Обеспечение возмещения расходов другой стороны

Еще одним интересным инструментом, относящимся к вопросу распределения арбитражных расходов, является инструмент обеспечения расходов (*security for costs*), который, в отличие от отдельного решения о возмещении уплаченной доли аванса, обеспечивает не будущие расходы арбитров и арбитражного института, а предстоящие расходы другой стороны в споре, а именно ответчика. Данный инструмент долгое время был известен только в Англии¹ и некоторых странах с аналогичной правовой системой². В настоящее время он встречается в практике многих арбитражных институтов, например МТП, несмотря на отсутствие прямого закрепления права арбитров принимать такие решения, и базируется на общем принципе широких полномочий арбитров вести процесс так, как они сочтут подходящим и эффективным³.

¹ Раздел 38(3) английского Закона об арбитраже 1996 г., ст. 25.2 Регламента ЛМТС.

² Раздел 2G A(1)(a) Арбитражного ордонанса Гонконга 1997 г.

³ См.: *Karrer P.A., Desax M. Security for Costs in International Arbitration: Why, when and what if... // Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber amicorum Karl-Heinz Böckstiegel / L. Briner, R.Y. Fortier, K.P. Berger, J. Bredow (eds.). — Heymanns, 2001. P. 340—344 (доступно в Интернете по адресу: www.walderwyss.com/publications/444.pdf).*

Суть заключается в следующем. Иск (как правило, малообоснованный) предъявляется лицом, которое находится в сложном финансовом положении, и в случае если дело будет решено в пользу ответчика, последний не сможет возместить за счет недобросовестного истца расходы, которые ему пришлось понести в связи с арбитражным разбирательством. Чтобы избежать этой ситуации, состав арбитража обязывает истца предоставить обеспечение предстоящих расходов ответчика. В противном случае арбитражное разбирательство будет приостановлено или прекращено. Пункт 3 Практических рекомендаций Королевского института арбитров Великобритании (CIArb) об обеспечении расходов № 11¹ содержит список вопросов, которые арбитрам надлежит разрешить, прежде чем принять решение об обеспечении расходов:

- 1) насколько вероятен исход дела в пользу ответчика;
- 2) какие расходы ответчику придется понести, представил ли он надлежащие доказательства предстоящих расходов и соответствуют ли они критериям разумности и пропорциональности;
- 3) сможет ли истец после завершения процесса возместить ответчику эти расходы;
- 4) будет ли обеспечение расходов ответчика справедливой мерой с учетом всех обстоятельств дела и необходимости соблюсти баланс интересов сторон?

Последний вопрос представляется особенно важным с учетом того, что неисполнение решения арбитража повлечет прекращение производства по делу. Недобросовестным ответчиком это может быть использовано фактически для лишения экономически более слабой стороны в споре права на защиту. В качестве противовеса арбитрам рекомендуется применять частичное обеспечение расходов, а также не ограничивать истца в формах его предоставления (это может быть банковская гарантия, поручительство материнской компании или топ-менеджмента). Кроме того, ст. 25.2 Регламента ЛМТС содержит корреспондирующие положения о встречном обеспечении с целью возмещения любых расходов или убытков, понесенных подающей иск стороной.

5. Принудительное исполнение решений о расходах

Возможность использования вышеуказанных институтов (промежуточных решений по распределению расходов, отдельных решений о возмещении уплаченной за ответчика доли аванса, решений об обеспечении расходов ответчика) в российской практике ставится под сомнение. В деле *Сокотель v.*

¹ www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/practiceguideline11.pdf?sfvrsn=2

*AB Living Design*¹ была сформулирована правовая позиция, согласно которой отдельные арбитражные решения об оплате аванса на покрытие арбитражных расходов (равно как и иные решения в отношении взыскания судебных расходов, принятия обеспечительных мер и т.п.) не являются окончательными² актами иностранного арбитража по существу спора, а потому на основании ст. V(1)(e) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция) не подлежат исполнению на территории Российской Федерации.

Тем не менее выходом может быть использование судебных обеспечительных мер в поддержку иностранных арбитражей на основании ч. 3 ст. 90 АПК РФ и правовой позиции, изложенной в п. 34 постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» и подтвержденной в широко известном деле Чигиринского³. При этом вопрос о принятии обеспечительных мер будет разрешаться арбитражным судом по общим правилам АПК РФ об обеспечительных мерах. По мнению автора, с учетом финансового состояния заявителя и должника возможно обосновать наличие хотя бы одного из оснований, установленных ч. 2 ст. 90 АПК РФ: непринятие обеспечительных мер в виде ареста денежных средств и иного имущества должника, достаточных для возмещения оплаченной за него доли аванса или обеспечения расходов заявителя на ведение арбитражного разбирательства, может затруднить или сде-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 5 октября 2010 г. № 6547/10 по делу № А56-63115/2009.

² Проблема во многом связана с не вполне корректным переводом ст. V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции на русский язык. В оригинальном тексте Нью-Йоркской конвенции употребляется термин «binding»: в исполнении решения международного арбитража может быть отказано, если решение еще не стало обязательным для сторон (the award has not yet become binding on the parties), что автоматически не означает требования окончательности решения для возможности его принудительного исполнения. Стоит отметить, что эта проблема существует не только в российской практике. Нью-Йоркская конвенция не содержит определения понятия «award», поэтому в теории и практике остается дискуссионным вопрос, подпадают ли под ее действие промежуточные решения международных арбитражей. В соответствии с традиционным подходом, «award» предполагает финальность, т.е. арбитражное решение подлежит принудительному исполнению, если оно окончательно разрешает все или часть вопросов по существу спора, что нельзя сказать о промежуточных решениях о расходах или принятии обеспечительных мер (см., например: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. — Kluwer Law International, 1999. P. 740; *Leu J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M.* Comparative International Commercial Arbitration. — Kluwer Law International, 2003. P. 631—632).

³ Постановление Президиума ВАС РФ от 20 апреля 2010 г. № 17095/09 по делу № А40-19/09-ОТ-13.

лать невозможным исполнение решения международного арбитража в части распределения расходов между сторонами, а также причинить значительный ущерб заявителю.

Также в свете проводимой в России судебной и арбитражной реформы не следует исключать изменения подхода российских судов к исполнению промежуточных арбитражных решений в пользу более прогрессивного подхода, встречающегося, например, в практике американских судов¹ и судов некоторых европейских стран². В соответствии с этим подходом, решения международных арбитражей об обеспечительных мерах и подобные им решения рассматриваются как обязательные для сторон в контексте разрешения конкретного вопроса, поставленного перед арбитрами, и подлежат принудительному исполнению на основании Нью-Йоркской конвенции.

6. Выводы

Поведение сторон в процессе рассмотрения споров в международном арбитраже играет важную роль при распределении арбитражных расходов. Недобросовестная сторона — даже в случае вынесения решения по существу в ее пользу — может быть частично или полностью лишена возможности возместить за счет оппонента понесенные ею расходы. В мировой практике существует ряд инструментов по распределению расходов, которые интересны и для российской практики, но использование которых затруднено особенностями приведения в исполнение в России иностранных арбитражных решений. Впрочем, это не препятствует обращению с аналогичными по существу заявлениями в государственные суды в рамках обеспечительных мер в поддержку международных арбитражей.

¹ *Pacific Reinsurance v. Ohio Reinsurance*, 935 F.2d 1019 (9th Cir.1991); *Yasuda Fire & Marine Ins. Co. of Europe v. Continental Cas. Co.*, 37 F.3d 345 (7th Cir. 1994); *Arrowhead Global Solutions, Inc. v. Datapath, Inc.*, 166 Fed.Appx. 39, 41 (4th Cir. 2006) и др.

² См., например: *S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg)*, Paris Court of Appeal (October 7, 2004).

ИНСТИТУТ ЧРЕЗВЫЧАЙНОГО АРБИТРА: ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И РОССИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ

Е.А. ФЕДОТОВА,

солиситор Высших судов Англии и Уэльса,
юрист фирмы «Simmons & Simmons LLP» (London)

В статье рассмотрен зарубежный опыт формирования института чрезвычайного арбитра. Освещены причины и истоки формирования института и выявлены проблемы, связанные с исполнимостью решений чрезвычайного арбитра. Проанализированы элементы института чрезвычайного арбитра на основе сравнительного анализа положений регламентов ведущих арбитражных учреждений. Также приводится анализ имеющихся на сегодняшний день судебных дел, затрагивающих вопрос об исполнимости решений чрезвычайного арбитра.

1. Вступление

Вопрос исполнения арбитражного решения тесно связан с признанием и исполнением обеспечительных мер, направленных на исполнение такого арбитражного решения. Арбитражное решение теряет свою ценность, если ответчик отказывается добровольно его исполнить и истец не имеет возможности обеспечить исполнение арбитражного решения заранее. В таком случае риск сокрытия активов, на которые может быть направлено взыскание, существенно увеличивается.

Вопрос о признании и принудительном исполнении решений арбитров о принятии обеспечительных мер не был урегулирован в рамках Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция). Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. о международном торговом арбитраже тоже не привнес ясность, и поэтому судебная практика каждого государства на вопрос о том, является ли решение арбитра об обеспечи-

тельных мерах «арбитражным решением», подлежащим принудительному исполнению, отвечает по-разному¹.

Новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ 2006 г. (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ) предусматривает признание обязательной силы обеспечительных мер, а также предписывает их исполнение вне зависимости от страны, в которой они были вынесены². На данный момент 16 из 67 государств, третейское законодательство которых основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, привели национальное третейское законодательство в соответствие с его положениями³. Несмотря на тщательные попытки изменить ситуацию, некоторые авторы полагают, что обеспечительные меры по-прежнему остаются ахиллесовой пятой международного коммерческого арбитража⁴.

2. Истоки формирования феномена чрезвычайного арбитра

Согласно Типовому закону ЮНСИТРАЛ сторона имеет право обратиться к составу арбитража с заявлением о принятии обеспечительных мер. Однако такое право не предусмотрено до формирования состава арбитража.

Формирование состава арбитража, как правило, занимает несколько недель, а то и месяцев. За это время недобросовестная сторона может скрыть активы, на которые было бы направлено взыскание. Некоторые могут возразить, что у сторон всегда существует возможность обратиться в суд для получения аналогичных мер в поддержку третейского разбирательства⁵. Однако стороны, заключившие арбитражное соглашение, по разным причинам не всегда хотят обращаться в государственный суд. Такое стремление сторон понятно, поскольку возможность разрешения спора авторитетными арбитрами, без судебной волокиты и формализма, в условиях конфиденциальности и без вмешательства судебных органов является основным преимуществом и причиной выбора сторон международного коммерческого арбитража.

¹ Руководство МСКА (ICCA) по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: Пособие для судей. — М., Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. С. 16 (доступно в Интернете по адресу: www.arbitration-icca.org/media/1/13654293924350/russian_text.pdf).

² Статьи 17 Н и 17 I Типового закона ЮНСИТРАЛ.

³ Статистика доступна в Интернете по адресу: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

⁴ *Fry J. The Emergency Arbitrator — Flawed Fashion or Sensible Solution? // Dispute Resolution International. 2013. Vol. 7. Issue 2. P. 180.*

⁵ Статья 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

С целью решения этой проблемы арбитражными учреждениями был разработан институт чрезвычайного арбитра, который предоставляет право до формирования состава арбитража обратиться к чрезвычайному арбитру с заявлением о принятии обеспечительных мер в условиях крайней необходимости.

Ни Нью-Йоркская конвенция, ни Типовой закон ЮНСИТРАЛ не упоминают о «чрезвычайном арбитре» и не содержат определения понятия «арбитр», а «арбитражный суд» (далее — состав арбитража) определяется как единоличный арбитр или коллегия арбитров¹. Такое определение не позволяет раскрыть суть понятия «арбитр» и ответить на вопрос о том, является ли чрезвычайный арбитр арбитром.

В 1990 г. Международная торговая палата (ИСС) разработала Правила о процедуре доарбитражного рефери (далее — Правила), которые впоследствии оказали сильное влияние на формирование института чрезвычайного арбитра². Правила продолжают действовать и по сей день.

Согласно Правилам, рефери имеет право назначить предварительные или восстановительные меры в случае крайней необходимости для устранения необратимых потерь или убытков с целью защиты прав или имущества одной из сторон³.

Несмотря на привлекательность идеи, Правила не получили широкого распространения⁴. Причин было несколько. С практической точки зрения сторонам необходимо было вступить в отдельное соглашение о применении Правил. Если стороны по каким-либо причинам не сделали этого заранее, после возникновения спора достичь соглашения было практически невозможно. Помимо этого, уверенность сторон в использовании Правил была подорвана решением апелляционного суда Франции по делу *Société Nationale des Petrolés du Congo and République du Congo v. TEP Congo*⁵, в котором впервые государственный суд рассмотрел статус доарбитражных решений рефери.

В деле *Congo* республика Конго подала заявление в апелляционный суд Франции об отмене решения рефери, заявив, что решение рефери является арбитражным решением и истец имеет право требовать его отмены на основании ст. 1504 ГПК Франции. Другая сторона в ответ выдвинула два

¹ Статья 2(b) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

² *Baigel B.* The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis // *Journal of International Arbitration*. 2014. Vol. 31. Issue 1. P. 4.

³ Статья 2.1.

⁴ *Meredith I., Birch M.* The ICC's pre-arbitral referee procedure (<http://uk.practicallaw.com/0-379-7487#null>).

⁵ Cour d'appel [CA], Paris 1e ch., 29 Apr. 2003.

аргумента: во-первых, Правила не являются арбитражным регламентом; во-вторых, решение рефери не является арбитражным решением и не может быть окончательным, а следовательно, не может быть отменено на основании ст. 1504 ГПК Франции, поскольку эта статья применима только к арбитражным решениям.

Апелляционный суд Франции, выслушав доводы сторон, начал рассмотрение спора с вопроса о статусе рефери. По мнению суда, было бы неверным делать какие-то выводы о природе решения рефери без определения статуса рефери. Суд начал с анализа полномочий рефери, а именно действовал ли рефери как арбитр и обладал ли рефери полномочиями арбитра. Суд пришел к выводу, что рефери не является арбитром по следующим основаниям. В то время в преамбуле Правил рефери описывался как третье лицо, и суд сделал вывод, что Правила старательно избегают слова «арбитр». Суд нигде в Правилах не нашел ссылку на то, что процедура носит арбитражный характер. Само решение рефери предписывало не препятствовать исполнению договора, и, согласно решению, спор по существу должен был быть рассмотрен составом арбитража в соответствии с арбитражной оговоркой. В итоге суд постановил, что обязательный характер решения рефери основан на договоре, а природа самого решения схожа с обязательством сторон по договору и решение рефери не обладает эффектом *res judicata*¹.

Решение апелляционного суда Франции было первым решением, рассмотревшим доарбитражную процедуру. Многие авторы выразили несогласие с позицией суда в этом деле. Одни авторы критикуют решение за его формализм, полагая, что нельзя делать вывод о том, что рефери не является арбитром, на основании того, что слово «арбитр» не упоминается в Правилах². Другие отмечают, что факт того, что полномочия рефери исходят из договора сторон, не означает, что рефери не может вынести решение, обладающее эффектом *res judicata*, ведь и полномочия арбитра о вынесении арбитражного решения тоже основаны на договоре сторон³. Третьи полагают, что определяющим фактором является намерение сторон отдать спор

¹ Перевод решения на английский язык можно найти на сайте: www.iaiparis.com; выдержки из решения приводятся в: *Gaillard E., Pinsolle Ph. The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experience // Arbitration International. 2004. Vol. 20. № 1. P. 32—36* (доступно в Интернете по адресу: www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2004/01/The-ICC-PreArbitral-Referee--First-Practical-Exp_/Files/IA_ICC-PreArbitral-Referee_040308_07/FileAttachment/IA_ICC-PreArbitral-Referee_040308_07.pdf); *Gaillard E. First Court Decision on Pre-Arbitral Referee // New York Journal. 2003. June 5; Revue Libanaise de l'Arbitrage. 2003. Vol. 25. P. 17.*

² *Baigel B. Op. cit. P. 4.*

³ *Gaillard E., Pinsolle Ph. Op. cit. P. 22.*

на арбитражное рассмотрение и что такое намерение в отношении процедуры рефери отсутствовало¹.

Дело *Congo* примечательно тем, что в нем были затронуты несколько фундаментальных проблем, которые существуют до сих пор в конструкции процедуры разбирательства, используемой до формирования состава арбитража.

Нью-Йоркская конвенция не содержит определения понятия «арбитр», «состав арбитража» — тем более в ней нет понятия «рефери» или «чрезвычайный арбитр». Полномочия лица, назначенного до начала арбитражного разбирательства, неясны.

Также в Нью-Йоркской конвенции нет определения понятий «арбитражное разбирательство» и «арбитраж».

Непонятен статус решений такого лица, как рефери или чрезвычайный арбитр. Нью-Йоркская конвенция не содержит определения понятия «арбитражное решение» и не позволяет сделать вывод о признаках «арбитражного решения». Нет указания на то, кто имеет полномочия выносить арбитражное решение. Нигде в ней не говорится, что арбитражное решение должно быть окончательным, и непонятно, чем арбитражное решение отличается от других решений². В связи с этим следует отметить неточный перевод ст. V(1)(e) Нью-Йоркской конвенции на русский язык, в котором слово «binding» было переведено как «окончательный» вместо «обязательный». Понятие «обязательный» шире понятия «окончательный», и в Нью-Йоркской конвенции не содержится утверждения, что только окончательные решения носят обязательный характер.

3. Институт чрезвычайного арбитра сегодня

Выводы апелляционного суда Франции по делу *Congo*, несомненно, повлияли на формирование основных положений института чрезвычайного арбитра. Впервые этот институт был закреплен в 2006 г. в Регламенте Международного центра по урегулированию споров (International Centre for Dispute Resolution (ICDR)) (далее — Регламент ICDR), который является частью Американской арбитражной ассоциации (American Arbitration Association (далее — AAA)).

¹ *Lecuyer-Thieffry C.* First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure // *Journal of International Arbitration*. 2003. Vol. 20. Issue 6. P. 599; *Beraudo J.-P.* Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals // *Journal of International Arbitration*. 2005. Vol. 22. Issue 3. P. 245.

² *Born G.B.* International Commercial Arbitration. — Kluwer Law International, 2009. P. 2348—2349; *Berg A.J. van den.* The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. — Kluwer Law International, 1981. P. 44.

Предшествовавшие этому Рекомендательные правила AAA о чрезвычайных мерах защиты 1999 г. не получили широкого распространения — главным образом потому, что они, как и Правила, требовали отдельного согласия сторон для их применения (конструкция «opt-in»).

Положения о чрезвычайном арбитра, закрепленные в ст. 37 Регламента ICDR, стали его частью, а следовательно, и частью арбитражного соглашения сторон, заключенного после вступления в силу новой редакции Регламента ICDR. Однако стороны в момент подписания арбитражного соглашения или позже имели право договориться об исключении положений ст. 37 (конструкция «opt-out»). К арбитражным соглашениям, заключенным до вступления в силу новой редакции Регламента ICDR, положения о чрезвычайном арбитрае автоматически не применялись, но стороны всегда могли отдельно договориться об их применении¹.

Такому примеру инкорпорации договора сторон о назначении чрезвычайного арбитра в текст регламента, который является частью арбитражного соглашения, последовали и многие другие арбитражные учреждения. Сегодня положения о чрезвычайном арбитрае содержатся в регламентах Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration (далее — LCIA)) 2014 г., Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (Stockholm Chamber of Commerce (далее — SCC)) 2010 г., Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (далее — ICC)) 2012 г., Международного арбитражного центра Сингапура (Singapore International Arbitration Centre (далее — SIAC)) 2013 г., Гонконгского международного арбитражного центра (Hong Kong International Arbitration Centre (далее — HKIAC)) 2013 г., Австралийского центра международного коммерческого арбитража (Australian Centre for International Commercial Arbitration), а также в Швейцарском регламенте международного арбитража (Swiss Rules of International Arbitration) (далее — Швейцарский регламент). Помимо этого, Регламент *P.R.I.M.E. Finance* (P.R.I.M.E. Finance Arbitration Rules) и Всемирная организация интеллектуальной собственности (World Intellectual Property Organization (WIPO)) предусматривают возможность обратиться к чрезвычайному арбитрау.

4. Особенности института чрезвычайного арбитра

Несмотря на то что все регламенты ведущих арбитражных учреждений используют термин «чрезвычайный арбитра», каждый регламент содержит уникальную конструкцию этого института, рассматривать которую следует с уче-

¹ Статья 37(1) Регламента ICDR.

том арбитражного законодательства места арбитража. Следовательно, было бы ошибочно делать какие-то обобщающие выводы о статусе чрезвычайного арбитра или его решений, поскольку анализ нужно проводить применительно к каждому конкретному случаю. Вопрос об исполнимости решения чрезвычайного арбитра следует рассматривать в совокупности с нормами арбитражного законодательства государства, в котором ставится вопрос о его исполнении.

В некоторых регламентах положения о чрезвычайном арбитра инкорпорируются в текст самого регламента¹; в других же они содержатся либо только в приложении к регламенту², либо и в тексте, и в приложении к регламенту³.

Ниже автор статьи предлагает анализ и сравнение регламентов LCIA, ICC, SIAC, HKIAC, SCC, ICDR и Швейцарского регламента.

4.1. Чрезвычайные меры и обстоятельства чрезвычайного характера

Как правило, вопрос о назначении чрезвычайного арбитра возникает в тех случаях, когда будущий истец хочет сохранить *status quo* до разрешения спора и обеспечить исполнение арбитражного решения. Поэтому в первую очередь истец должен понять, о каких мерах можно заявлять и почему он нуждается в принятии таких мер в срочном порядке.

К сожалению, ни один из регламентов не содержит ни перечня примерных мер, ни признаков, по которым можно было бы определить, что обстоятельства носят чрезвычайный характер и требуют принятия таких мер. Конфиденциальный характер международного коммерческого арбитража не способствует систематизации практики по этому вопросу, и зачастую истцу придется руководствоваться здравым смыслом при принятии решения о подаче заявления.

Например, в Регламенте ICC определение «чрезвычайных мер» включает срочные промежуточные меры или обеспечительные меры, принятие которых необходимо до формирования состава арбитража⁴. Более детальное описание возможных мер содержится в Регламенте ICDR, согласно которому чрезвычайный арбитр может принять предварительные или обеспечительные меры, которые чрезвычайный арбитр посчитает необходимыми, включая запрет и иные меры для целей защиты или сохранения имущества⁵. Регламент LCIA использует понятие «*средства правовой защиты чрезвычай-*

¹ Регламенты LCIA, ICDR.

² Регламенты SCC, SIAC.

³ Регламенты ICC, HKIAC.

⁴ Статья 29(2) Регламента ICC.

⁵ Статья 37(5) Регламента ICDR.

ного характера»¹. Регламент SIAC указывает, что чрезвычайный арбитр принимает «обеспечительные меры»², а регламенты НКІАС³ и SCC⁴ отсылают к соответствующим статьям об обеспечительных мерах, в то время как Швейцарский регламент называет такие меры предварительными и тоже отсылает к статье об обеспечительных мерах⁵.

Обеспечительные меры могут быть самыми разными. Два самых популярных вида обеспечительных мер в рамках арбитражных разбирательств — это меры, направленные на сохранение доказательств, имеющих отношение к делу и к разрешению спора, и меры, направленные на запрет распоряжаться активами до разрешения спора по существу. Меры чрезвычайного характера не должны подменять разрешение спора по существу⁶.

В отношении того, носят ли обстоятельства чрезвычайный характер и требуют ли принятия чрезвычайных мер, необходимо принять во внимание интересы заявителя и ответить на вопрос, перевешивают ли они интересы другой стороны, которая ожидает, что заявление о принятии обеспечительных мер должно быть рассмотрено составом арбитража после его формирования⁷.

4.2. Выбор тактики

Определившись с заявляемыми мерами и причинами, по которым истец считает, что такие меры должны быть приняты чрезвычайным арбитром, истец должен принять решение о тактике, которую он выберет при подаче заявления.

Право стороны обратиться с заявлением о назначении чрезвычайного арбитра не умаляет ее права одновременно обратиться с заявлением о таких же или иных обеспечительных мерах в суд. Поэтому истец может выбрать, обращаться ли ему только в суд, или в суд и арбитраж, или только в арбитраж. Решение о выбранной тактике будет зависеть от конкретных обстоятельств, а иногда обращение в суд будет единственным правильным реше-

¹ Статья 9.5 Регламента LCIA.

² Статья 6 Приложения I к Регламенту SIAC.

³ Статья 16 Приложения 4 к Регламенту НКІАС, ст. 23(1) Регламента НКІАС.

⁴ Статья 1(2) Приложения II к Регламенту SCC, ст. 32(1) Регламента SCC.

⁵ Статьи 43(8) и 26 Швейцарского регламента.

⁶ *Ghaffari A., Walters E.* The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age? // *Arbitration International*. 2014. Vol. 30. Issue 1. P. 154.

⁷ *Habegger Ph.A.* Chapter 3, Part II: Commentary on the Swiss Rules, Article 43: Emergency Relief // *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* / M. Arroyo (ed.). — Kluwer Law International, 2013. P. 649.

нием (если, например, необходимо получить решение в отношении третьего лица, не являющегося стороной арбитражного соглашения).

В Регламенте НКІАС сказано, что разбирательство с участием чрезвычайного арбитра не имеет своей целью предотвратить обращение любой стороны в компетентный судебный орган с ходатайством о срочных обеспечительных мерах в любое время¹. В Регламенте LCIA указано, что положения о чрезвычайном арбитраже не будут считаться альтернативой или заменой права на обращение в суд². Таким образом, стороны всегда вправе инициировать параллельное обращение в суд.

На практике в сложных международных спорах, где стороны дорожат своей деловой репутацией и не хотят привлекать внимание прессы, возможность обращения в суд может рассматриваться как действие, наносящее ущерб деловой репутации и инвестиционной привлекательности компании, для восстановления которой могут потребоваться годы. Однако несомненным преимуществом возможности параллельно обратиться в суд являются отсутствие риска непризнания исполнимости решения чрезвычайного арбитра и возможность получить обеспечительные меры в тех государствах, где решения чрезвычайного арбитра не будут признаваться. Однако сторонам все же рекомендуется одновременно обращаться с заявлением о назначении чрезвычайного арбитра. Решение чрезвычайного арбитра, оперативно вынесенное до получения такой же обеспечительной меры в суде, позволит сохранить *status quo* до решения суда и может послужить убедительным аргументом в пользу необходимости принятия такой меры. В случае нарушения решения чрезвычайного арбитра состав арбитража может сделать негативные выводы в отношении стороны-нарушителя и учесть нарушение при вынесении решения о расходах³. Также, в случае если правовая система государства признает договорный характер чрезвычайного решения, можно подать иск о нарушении договора⁴.

В случае параллельного обращения в суд за обеспечительными мерами необходимо уведомить о таком обращении и (или) о принятых обеспечительных мерах секретариат и (или) чрезвычайного арбитра и стороны⁵.

В случаях, когда истец хочет получить обеспечительные меры против третьей стороны, обращение в суд является единственным возможным вариантом,

¹ Статья 22 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

² Статья 9.12 Регламента LCIA.

³ Статья 29(4) Регламента ICC.

⁴ *Beraudo J.-P.* Op. cit. P. 245, 253.

⁵ Статья 9.12 Регламента LCIA.

потому что положения о чрезвычайном арбитра применяются только к сторонам, подписавшим арбитражное соглашение, и к их правопреемникам¹.

4.3. Подача заявления

На выбор тактики также может повлиять условие регламента о моменте подачи заявления о назначении чрезвычайного арбитра. Не все регламенты предусматривают возможность подачи заявления о назначении чрезвычайного арбитра до подачи просьбы о начале арбитражного разбирательства². Однако, например, согласно Регламенту SCC, заявление о назначении чрезвычайного арбитра может быть подано до просьбы, при условии что чрезвычайное решение утрачивает обязательную силу, если арбитражное разбирательство не было начато в течение 30 дней с момента принятия чрезвычайного решения либо если дело не было передано составу арбитража в течение 90 дней с момента принятия чрезвычайного решения³. Похожие положения содержатся в Регламенте ICC⁴ и в Швейцарском регламенте⁵. Отсутствие возможности подать заявление о назначении чрезвычайного арбитра до подачи просьбы о начале арбитражного разбирательства вызывает негодование у некоторых теоретиков и практиков. С их точки зрения, такой формальный подход недопустим, поскольку лишает стороны возможности действовать в условиях экстремальной срочности и не служит их практическим потребностям. Признавая, что причина скрывается в опасении, что чрезвычайной процедурой могут злоупотреблять вне рамок арбитражного разбирательства, они предлагают предусмотреть, что заявление о назначении чрезвычайного арбитра и его решение имеют силу только в случае, если в определенный срок после подачи заявления заявитель подает просьбу о начале арбитражного разбирательства⁶.

Как правило, сторона, подавшая заявление о назначении чрезвычайного арбитра, обязана уведомить об этом другую сторону⁷. Согласно Регламен-

¹ Статья 29(5) Регламента ICC.

² Статья 9.5 Регламента LCIA.

³ Статья 32(4) Регламента SCC, ст. 9(4)(iii), (iv) Приложения II к Регламенту SCC.

⁴ Статья 1(6) Приложения V к Регламенту ICC.

⁵ Статья 43(1) и (3) Швейцарского регламента.

⁶ *Born G.B., Lee S.* The Emergency Arbitrator Procedures Under the New HKIAC Rules // *Asian Dispute Review*. 2013. Oct. P. 116 (доступно в Интернете по адресу: www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/PDFs/The-Emergency-Arbitrator-Procedures-Under-the-New-HKIAC-Rules-ADR.pdf).

⁷ Статья 9.5 Регламента LCIA.

ту ИСС, секретариат уведомляет другую сторону о подаче заявления одновременно с принятием решения о назначении чрезвычайного арбитра либо отклонения заявления¹. Довольно крайнюю позицию принимает по этому вопросу Швейцарский регламент, предусматривая возможность в исключительных случаях принять решение по заявлению об обеспечительных мерах в форме предварительного постановления без уведомления любой другой стороны о заявлении, при условии, что такое уведомление будет сделано одновременно с принятием предварительного постановления и что другим сторонам незамедлительно будет предоставлена возможность представить свои пояснения². Похожее положение в отношении предварительного постановления, вынесенного составом арбитража, содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ³.

4.4. Ускоренное формирование состава арбитража

Заявление о назначении чрезвычайного арбитра может быть подано только до формирования состава арбитража⁴. В этом отношении следует отметить особенность Регламента LCIA, в котором содержатся положения и о чрезвычайном арбитраже, и об ускоренном формировании состава арбитража. На протяжении многих лет институт ускоренного формирования арбитража являлся своеобразной альтернативой институту чрезвычайного арбитра.

Согласно ст. 9А Регламента LCIA в случае исключительной необходимости любая сторона может обратиться в Суд LCIA с заявлением об ускоренном формировании состава арбитража. На практике ускоренное формирование состава арбитража может занять некоторое время, особенно если состав арбитража состоит из трех арбитров. За этот срок ответчик может попытаться предпринять действия, направленные на сокрытие активов, чтобы избежать исполнения арбитражного решения. Введение института чрезвычайного арбитра позволяет назначить единоличного чрезвычайного арбитра, даже если арбитражным соглашением предусмотрено формирование основного состава арбитража из трех арбитров. Назначение одного арбитра, как правило, занимает меньше времени, чем назначение трех. Институт ускоренного формирования состава арбитража не предусматривал такой возможности.

Несмотря на то что новый Регламент LCIA содержит теперь положения о чрезвычайном арбитраже, правила об ускоренном формировании состава

¹ Статьи 1(5), 2(3) Регламента ИСС.

² Статья 26(3) Швейцарского регламента.

³ Статья 17 В Типового закона ЮНСИТРАЛ.

⁴ Статья 29(1) Приложения V к Регламенту ИСС.

арбитража не были из него удалены. На практике рекомендуется подавать вместе с заявлением о назначении чрезвычайного арбитра и заявление об ускоренном формировании состава арбитража. Таким образом, учитывая, что Суд LCIA имеет право сократить любые сроки, предусмотренные арбитражным соглашением, можно добиться принятия обеспечительных мер чрезвычайным арбитром и сформировать состав арбитража в максимально короткие сроки¹.

4.5. Чрезвычайный арбитр и состав арбитража

Как правило, в регламентах указывается, что, если иное не предусмотрено соглашением сторон, чрезвычайный арбитр не вправе выступать в качестве арбитра в каком-либо арбитражном разбирательстве, связанном со спором, в котором он исполнял функции чрезвычайного арбитра². Однако в Регламенте LCIA нет прямого запрета назначения чрезвычайного арбитра в качестве арбитра в составе арбитража.

4.6. Специальный сбор

Вместе с заявлением о назначении чрезвычайного арбитра истец должен представить доказательство оплаты специального сбора, который, как правило, представляет собой фиксированную сумму и включает в себя взнос на административные расходы арбитражного учреждения, связанные с рассмотрением заявления, а также гонорар и расходы чрезвычайного арбитра. Размер сбора может быть увеличен с учетом сложности и объема выполненной работы. Без оплаты сбора арбитражное учреждение не уведомляет другую сторону о заявлении³ и отказывает в его рассмотрении⁴.

4.7. Место арбитража

Кроме указания испрашиваемых чрезвычайных мер, чрезвычайных обстоятельств и причин, по которым такие чрезвычайные меры должны быть приняты, заявление о назначении арбитража должно содержать комментарии стороны о месте арбитража⁵. Согласно регламентам LCIA, НКІАС и SIAC, если стороны не договорились о месте арбитража, местом арбитража

¹ Статьи 9.3 и 9.13 Регламента LCIA.

² Статья 2(6) Приложения V Регламента ICC.

³ Статья 7(1) Приложения V Регламента ICC.

⁴ Статья 6 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

⁵ См., например, ст. 1(3)(g) Приложения V к Регламенту ICC.

будет считаться Лондон¹, Гонконг² и Сингапур³ соответственно, если чрезвычайный арбитр, принимая во внимание все обстоятельства дела и замечания сторон, не сочтет, что более подходящим является другое место арбитража⁴. Иные регламенты решение о месте арбитража для целей вынесения решения чрезвычайного арбитра оставляют на усмотрение президента, правления либо суда при арбитражном учреждении. Как правило, место разбирательства с участием чрезвычайного арбитра определяется без ущерба для определения места арбитражного решения, выносимого по существу спора⁵.

4.8. Решение о принятии или отклонении заявления

Решение о принятии или отклонении заявления о назначении чрезвычайного арбитра принимается, как правило, секретарем, президентом или судом арбитражного учреждения⁶. На этой стадии проверяются наличие договора между сторонами о применении положений о чрезвычайном арбитраже⁷, соответствие заявления формальным требованиям регламента и (или) наличие оснований для назначения чрезвычайного арбитра⁸. В Регламенте SCC говорится, что чрезвычайный арбитр не может быть назначен, если очевидно, что отсутствует юрисдикция SCC⁹. Несмотря на то что такого прямого указания нет в других регламентах, заявление, из которого очевидно, что у состава арбитража нет юрисдикции на рассмотрение спора, вероятно, тоже будет отклонено.

Так, заявление, как правило, не будет принято, если арбитражное соглашение было заключено до инкорпорации положений о чрезвычайном арбитраже в регламент или если положения о чрезвычайном арбитраже были исключены сторонами. В регламентах, как правило¹⁰, нет прямого указания на то,

¹ Статьи 9.13 и 16.2 Регламента LCIA.

² Статья 10 Приложения 4 к Регламенту НКИАС.

³ Статья 11 Приложения 1 к Регламенту SIAC, ст. 18.1 Регламента SIAC.

⁴ Статьи 9, 13 и 16.2 Регламента LCIA, ст. 18.1 Регламента SIAC и ст. 11 Приложения 1 к Регламенту SIAC.

⁵ Статья 10 Приложения 4 к Регламенту НКИАС. Аналогичное положение содержится в Регламенте ICC и Швейцарском регламенте.

⁶ Статья 1(5) Приложения V Регламента ICC.

⁷ Там же.

⁸ Статья 9.5 Регламента LCIA.

⁹ Статья 4(2) Приложения II Регламента SCC.

¹⁰ Например, в ст. 9.14 Регламента LCIA и ст. 29(6)(b) Регламента ICC предусмотрено, что положения о чрезвычайном арбитраже могут быть исключены сторонами.

что стороны могут исключить действие положений о чрезвычайном арбитраже. Согласно Регламенту ICC, положения о чрезвычайном арбитраже не применяются, если стороны согласились на другую доарбитражную процедуру, которая предусматривает предоставление обеспечительных, промежуточных или аналогичных мер¹. Положения Швейцарского регламента о чрезвычайном арбитраже имеют ретроспективную силу и применимы к арбитражному соглашению, заключенному до вступления в силу соответствующих положений².

4.9. Решение о компетенции чрезвычайного арбитра

Чрезвычайный арбитраж решает все споры относительно толкования положений о чрезвычайном арбитраже³. Согласно Регламенту LCIA, ст. 23 о компетенции и полномочиях состава арбитража применима и к чрезвычайной процедуре⁴. Несмотря на то что Регламент SCC предусматривает отказ в рассмотрении заявления, если Правление решит, что отсутствие компетенции чрезвычайного арбитра является очевидным⁵, как правило, чрезвычайный арбитраж вправе сам принять решение о своей компетенции, включая вопрос действительности и сферы применения арбитражного соглашения (соглашений).

4.10. Независимость чрезвычайного арбитра и его отвод

Чрезвычайный арбитраж до назначения должен раскрыть любые обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его беспристрастности или независимости. Любой отвод чрезвычайного арбитра должен быть заявлен оперативно (например, согласно Регламенту ICC, в течение одного рабочего дня со дня сообщения сторонам секретарем о назначении чрезвычайного арбитра и о раскрытых обстоятельствах⁶). В Регламенте НКІАС говорится, что при замещении чрезвычайного арбитра разбирательство возобновляется с той стадии, на которой произошло замещение, если новый чрезвычайный арбитраж не решит иначе⁷.

¹ Статья 29(6)(с) Регламента ICC.

² Статья 1(3) Швейцарского регламента.

³ Статья 11 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

⁴ Статья 9.13 Регламента LCIA.

⁵ Статья 9(i) Регламента SCC.

⁶ Статья 3 Приложения 1 к Регламенту SIAC.

⁷ Статья 9 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

4.11. Назначение чрезвычайного арбитра

Самый кратчайший срок — 24 часа, — в который может быть назначен чрезвычайный арбитр, предлагается Регламентом SCC¹. Другие регламенты, как правило, предусматривают, что чрезвычайный арбитр должен быть назначен как можно быстрее, но не позже одного рабочего дня или трех календарных дней. Согласно Регламенту ICDR, чрезвычайный арбитр назначается из специальной панели чрезвычайных арбитров². Представляется, что и в других учреждениях существуют специальные административные ресурсы для оперативных действий.

4.12. Полномочия чрезвычайного арбитра

Полномочия чрезвычайного арбитра возникают с момента его назначения и прекращаются, как правило, с момента формирования и передачи дела составу арбитража³. Однако, согласно Регламенту НКИАС, чрезвычайный арбитр сохраняет право вынести решение после передачи дела составу арбитража⁴, а Регламент ICC указывает, что аналогичное право чрезвычайного арбитра действует в течение 15-дневного срока, отведенного на принятие такого решения.

Вопрос объема полномочий чрезвычайного арбитра тесно связан с определением его статуса. Каждый регламент содержит свои особенности статуса чрезвычайного арбитра и его полномочий, а в некоторых странах решение этого вопроса закреплено на законодательном уровне.

Как упоминалось ранее, Нью-Йоркская конвенция не содержит определение понятия «арбитр» — нет такого определения и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Согласно изменениям к ст. 2а сингапурского Закона о международном коммерческом арбитраже, вступившим в силу 1 июня 2012 г., понятие «состав арбитража» включает в себя «чрезвычайного арбитра, назначенного в соответствии с согласованным сторонами арбитражным регламентом, включая арбитражный регламент арбитражного учреждения или организации». В Регламенте SIAC сказано, что «чрезвычайный арбитр обладает полномочиями состава арбитража в соответствии с данными Правилами»⁵.

В Регламенте НКИАС содержится указание, что ссылка на «состав арбитража» включает в себя ссылку на «чрезвычайного арбитра»⁶. Регламент НКИАС

¹ Статья 4(1) Приложения II к Регламенту SCC.

² Статья 37(3) Регламента ICDR.

³ Статья 20 Приложения 4 к Регламенту НКИАС.

⁴ Статья 13 Приложения 4 к Регламенту НКИАС, ст. 2(2) Приложения V к Регламенту ICC.

⁵ Статья 5 Приложения 1 к Регламенту SIAC.

⁶ Статья 3.6 Приложения 4 к Регламенту НКИАС.

предусматривает, что во всех иных обстоятельствах, не предусмотренных в Приложении, чрезвычайный арбитр действует согласно духу Регламента НКІАС¹. Похожее положение предусмотрено и в Регламенте ІСС².

Регламент LCIA содержит перечень статей, которые применяются к процедуре чрезвычайного арбитра, а в отношении других положений арбитражного соглашения он предусматривает, что чрезвычайный арбитр и стороны принимают во внимание, что некоторые из таких положений могут применяться не в полной мере или не полностью подходят для чрезвычайных процедур³.

Регламент SCC предусматривает, что полномочия чрезвычайного арбитра изложены в п. (1)—(3) ст. 32, а именно право разрешить любые обеспечительные меры, которые он посчитает целесообразными.

На основании вышеприведенного анализа можно сделать вывод, что полномочия арбитра и полномочия чрезвычайного арбитра нетождественны и полномочия чрезвычайного арбитра определяются целью его мандата.

4.13. Слушание по существу заявления

У чрезвычайного арбитра нет обязанности проводить слушания по существу заявления. Чрезвычайный арбитр вправе вести разбирательство о принятии предварительных мер таким образом, какой он сочтет надлежащим, принимая во внимание срочность подобных разбирательств и обеспечивая каждой стороне право на изложение собственной позиции по заявлению⁴. В регламентах SIAC и ICC предусмотрено составление чрезвычайным арбитром процессуального графика процедуры рассмотрения заявления⁵.

4.14. Решение чрезвычайного арбитра

Статус решения чрезвычайного арбитра является вторым важным элементом рассматриваемого института.

Согласно Регламенту ІСС, решение чрезвычайного арбитра принимается в форме приказа, в котором он должен определить, допустимо ли заявление о его назначении и обладает ли он компетенцией издать такой приказ⁶.

¹ Статья 23 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

² Статья 8(3) Приложения V к Регламенту ІСС.

³ Статья 9.13 Регламента LCIA.

⁴ См., например, ст. 43(6) Швейцарского регламента.

⁵ Статья 5(1) Приложения V к Регламенту ІСС, ст. 5 Приложения 1 к Регламенту SIAC.

⁶ Статья 29(2) Регламента ІСС, ст. 6(1) и (2) Приложения V к Регламенту ІСС.

По мнению Бейгеля (Baigel), Регламент ИСС занимает особую позицию, предусматривая, что, в отличие от состава арбитража¹, чрезвычайный арбитраж ИСС может выносить свои решения только в форме приказа². Проанализировав положения Регламента ИСС, Бейгель делает вывод, что положения о чрезвычайном арбитраже в Регламенте ИСС не носят признаков арбитражного разбирательства в его традиционном понимании, а чрезвычайный арбитраж не является арбитражем и что стороны при подписании арбитражной оговорки со ссылкой на Регламент ИСС имеют намерение создать *sui generis* процедуру договорного характера³. Так, состав арбитража не связан решением чрезвычайного арбитра и может пересмотреть его решение. Это в совокупности свидетельствует об отсутствии квазисудебной природы решений чрезвычайного арбитра.

Бейгель ставит под сомнение соответствие процедуры требованиям Нью-Йоркской конвенции, а именно короткие сроки уведомления другой стороны и короткие сроки рассмотрения заявления⁴, что не может не отразиться на качестве доказательственной базы и полноте возражений другой стороны.

Согласно Регламенту ИСС, сторона имеет право направить заявление о назначении чрезвычайного арбитра до подачи просьбы о начале арбитражного разбирательства. Бейгель считает, что компетенция возникает с момента подачи просьбы о начале арбитражного разбирательства и до этого у чрезвычайного арбитра нет компетенции на совершение каких-либо действий⁵. В итоге автор делает вывод, что доарбитражный характер чрезвычайной процедуры свидетельствует о том, что эта процедура скорее является частью составной арбитражной оговорки, когда стороны договорились о процедуре с участием третьего лица до начала арбитражного разбирательства. По мнению Бейгеля, решения чрезвычайного арбитра носят договорный характер. Важным убедительным аргументом против такой точки зрения Бейгель считает применение места арбитража к разбирательству с участием чрезвычайного арбитра⁶.

Однако существует и другое мнение, согласно которому во Франции возможно принудительно исполнить приказ чрезвычайного арбитра⁷. Такой

¹ Который согласно ст. 28 Регламента ИСС может выносить решения об обеспечительных мерах как в форме приказа, так и в форме арбитражного решения.

² Статья 29(2) Регламента ИСС.

³ *Baigel B.* Op. cit. P. 18. При этом автор также ссылается на решение по делу *Congo* о доарбитражном рефери.

⁴ *Ibid.* P. 6.

⁵ *Ibid.* P. 10.

⁶ *Ibid.* P. 16.

⁷ *Ghaffari A., Walters E.* Op. cit. P. 163.

вывод делается на основании решения по делу *Braspetro Oil*¹, в котором французский апелляционный суд рассмотрел содержание приказа состава арбитража и постановил, что вопрос о том, является ли приказ арбитражным решением, не зависит от терминов, которые использует состав арбитража. Далее суд заключил, что состав арбитража вынес мотивированное решение, подлежащее принудительному исполнению, в котором состав арбитража окончательно разрешил спор между сторонами.

Согласно Регламенту ICDR, чрезвычайный арбитр выносит свои решения в форме промежуточных решений и приказов². В Швейцарском регламенте указано, что решение чрезвычайного арбитра имеет такую же юридическую силу, как и решение состава арбитража о принятии обеспечительных мер, которое выносится в форме промежуточного решения. Регламент НКІАС использует специальное понятие «чрезвычайное решение», которое может быть вынесено в форме постановления, распоряжения или решения³ и обладает такой же юридической силой, что и обеспечительные меры, принятые согласно ст. 23⁴. Однако чрезвычайное решение нетождественно «решению», которое определяется в Регламенте НКІАС как, помимо прочего, промежуточное решение, решение относительно обеспечительных мер, частичное или окончательное решение. Несмотря на это, решение чрезвычайного арбитра можно принудительно исполнить на территории Гонконга, получив разрешение суда. В Постановлении об изменении Закона об арбитраже от 19 июля 2013 г. говорится, что решение о чрезвычайных мерах, вынесенное чрезвычайным арбитром согласно арбитражному регламенту в Гонконге или за его пределами, исполняется так же, как и любой приказ или постановление суда, имеет такое же действие, но только с разрешения суда⁵.

Немного иной подход в отношении статуса решений чрезвычайного арбитра закреплен в регламентах SCC, SIAC и LCIA. В Регламенте SCC предусмотрено, что чрезвычайный арбитр обладает полномочиями выносить решение об обеспечительных мерах в форме приказа или арбитражного решения⁶. Арбитражное решение является окончательным и обязатель-

¹ *Braspetro Oil Services Company v. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*, Paris Court d'Appeal (1 Jul. 1999).

² Статья 37 (5) Регламента ICDR.

³ Статья 12 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

⁴ Статья 16 Приложения 4 к Регламенту НКІАС.

⁵ Статья 22B(1).

⁶ Статья 1(2) Приложения II к Регламенту SCC, ст. 32(3) Регламента SCC.

ным для сторон¹. Согласно Регламенту SIAC, чрезвычайный арбитр может вынести решение в форме приказа или арбитражного решения. В ст. 1 Регламента SIAC указано, что «арбитражное решение» понимается как частичное или окончательное арбитражное решение и как арбитражное решение, вынесенное чрезвычайным арбитром².

В Регламенте LCIA предусмотрено, что чрезвычайный арбитр может вынести любой приказ или арбитражное решение, какое может вынести состав арбитража в соответствии с арбитражным соглашением (за исключением вопросов арбитражных и юридических расходов)³, а решение чрезвычайного арбитра в форме «арбитражного решения» будет иметь силу арбитражного решения в соответствии со ст. 26.8 Регламента LCIA, в которой указано, что все арбитражные решения будут окончательными и обязательными, причем стороны отказываются от любой формы апелляции, пересмотра и обжалования такого решения настолько, насколько такой отказ не запрещен в соответствии с применимым законодательством⁴.

Несмотря на то что решение чрезвычайного арбитра является обязательным и стороны обязуются его соблюдать и исполнять⁵, состав арбитража не связан решением чрезвычайного арбитра⁶. Он может его изменить, прекратить его действие, приостановить или отменить по просьбе сторон или по своей собственной инициативе⁷. Помимо этого, решение чрезвычайного арбитра, как правило, теряет обязательную силу, если сторона не подала заявление о начале арбитражного производства, если состав арбитража вынес окончательное решение по существу спора (при условии что состав арбитража не решит иначе), если исковые требования отозваны и дело прекращено. Чрезвычайное решение может быть изменено, приостановлено либо отменено самим чрезвычайным арбитром по заявлению сторон или по собственной инициативе⁸.

¹ Статья 40 Регламента SCC.

² Статья 1.5 Регламента SIAC.

³ Статья 9.8 Регламента LCIA.

⁴ Статья 9.9 Регламента LCIA.

⁵ Однако Регламент ICDR не содержит такого прямого указания на обязательность, однако она подразумевается.

⁶ Однако Регламент НКІАС не содержит такого прямого указания, но возможность состава арбитража изменить, приостановить действие либо отменить решение чрезвычайного арбитра свидетельствует о том, что состав арбитража не связан решением чрезвычайного арбитра (*Born G.B., Lee S. Op. cit.*).

⁷ См., например, ст. 9.11 Регламента LCIA.

⁸ Однако Регламент LCIA не содержит прямого указания на такую возможность. Тем не менее факт отсутствия прямого указания не означает, что таких полномочий у чрезвычайного арбитра нет.

4.15. Срок принятия решения

Регламент SCC предусматривает кратчайший срок (не позднее пяти дней со дня, когда заявление было передано чрезвычайному арбитру), в который чрезвычайный арбитр обязан принять приказ либо арбитражное решение об обеспечительных мерах. В других регламентах чрезвычайному арбитру на принятие решения, как правило, отводится 14 дней. Такой срок может быть продлен. Однако во всех случаях чрезвычайный арбитр должен действовать без промедления. Чрезвычайный арбитр может вынести решение, требующее предоставления адекватного встречного обеспечения¹.

4.16. Конфиденциальность

Соглашение сторон о конфиденциальности арбитражного разбирательства будет распространяться на разбирательство с участием чрезвычайного арбитра. В некоторых регламентах прямо указано, что положения о конфиденциальности распространяются на разбирательство с участием чрезвычайного арбитра². В тех случаях, когда в регламенте или арбитражном соглашении сторон нет такого прямого указания, вопрос о конфиденциальности остается неразрешенным³.

4.17. Расходы

Диаметрально противоположные позиции заняли Регламент ICC и Регламент LCIA в отношении присуждения расходов на разбирательство чрезвычайным арбитром. Согласно Регламенту ICC, чрезвычайный арбитр в своем приказе должен установить сумму расходов на разбирательство, осуществляемое чрезвычайным арбитром, и решить, какая из сторон должна их нести и в какой пропорции⁴. Регламент LCIA решает этот вопрос иначе: вопрос о том, кто оплатит расходы разбирательства, осуществляемого чрезвычайным арбитром, а также юридические расходы, отсрочивается до окончания дела по существу и решается составом арбитража⁵.

¹ Однако Регламент LCIA не содержит прямого указания на такую возможность. Тем не менее факт отсутствия прямого указания не означает, что таких полномочий у чрезвычайного арбитра нет.

² Статья 42.2 Регламента НКIAC.

³ *Fry J. Op. cit.* P. 185.

⁴ Статья 7(3) Приложения V к Регламенту ICC.

⁵ Статья 9.10 Регламента LCIA.

5. Исполнение решений чрезвычайного арбитра за рубежом

Является ли чрезвычайный арбитраж арбитражем? Является ли разбирательство с участием чрезвычайного арбитра арбитражным процессом? Могут ли решения чрезвычайного арбитра быть принудительно исполнены? Как компетенция и полномочия чрезвычайного арбитра соотносятся с компетенцией и полномочиями арбитра? Является ли решение чрезвычайного арбитра по своей природе квазисудебным или договорным?¹ Ответы на эти вопросы будут разными в зависимости от положений конкретного регламента и арбитражного законодательства. На сегодняшний день существуют всего три судебных прецедента, в которых напрямую затрагивался вопрос о принудительном исполнении решений чрезвычайного арбитра², и делать какие-то однозначные выводы еще рано.

По мнению Бейгеля, решение носит договорный характер, если лицо, принимающее решение, действует от имени сторон с целью создания для них нового обязательства. Решение носит квазисудебный характер, если лицо, принимающее решение, обладает квазисудебными полномочиями издавать решения, которые обязательны для сторон и принудительное исполнение которых осуществляется судами³. Суду при ответе на этот и другие вопросы следует руководствоваться намерением сторон в отношении того, договорились ли они о том, какой характер — квазисудебный или договорный — будет иметь такое решение, проанализировав обстоятельства дела и текст регламента без учета намерения группы, которая занималась составлением такого регламента⁴.

Согласно другой точке зрения⁵, необходимо отталкиваться от определения арбитра как «частного судьи в глазах тех, спор кого он разрешает»⁶ и ответить на вопрос, разрешает ли чрезвычайный арбитраж какой-то спор. Большинство авторов полагает, что квазисудебные полномочия арбитра заключаются в разрешении спора по существу и только такое решение является арбитражным решением и может подлежать принудительному испол-

¹ *Baigel B.* Op. cit. P. 2.

² Включая дело *Congo* о статусе доарбитражного рефери.

³ *Baigel B.* Op. cit. P. 3.

⁴ *Ibid.* P. 8.

⁵ *Fry J.* Op. cit. P. 187.

⁶ *Clay Th.* L'arbitre. — Dalloz, 2001. P. 18; Halsbury's Laws England. 4th ed. — Butterworths, 1991. P. 332.

нению согласно Нью-Йоркской конвенции¹. Другие авторы полагают, что спор о предоставлении обеспечительных мер является таким же спором между сторонами, как и любой другой спор, и что решение, которое разрешает спор окончательно (например, о сохранении доказательств), может быть признано арбитражным решением и принудительно исполнено².

5.1. Франция

Во Франции пока еще не существует судебного прецедента, который бы рассмотрел статус чрезвычайного арбитра, и поэтому решение по делу *Congo*, описанное выше, остается единственным решением, затрагивающим данный вопрос.

5.2. Великобритания

В Англии институт чрезвычайного арбитра был закреплен в Регламенте LCIA относительно недавно³, и прецедентов по этому вопросу пока еще нет.

Положения английского Закона об арбитраже 1996 г. не содержат определение понятий «арбитр» или «состав арбитража»⁴. Несмотря на то что Закон об арбитраже 1996 г. не упоминает о чрезвычайном арбитра, большинство авторов⁵ сходятся во мнении, что английский суды, скорее всего, примут во внимание, что целью приказов или решений чрезвычайного арбитра является обеспечение окончательного арбитражного решения, и признают их исполнимость. Вывод об исполнимости решения в форме приказа чрезвычайного арбитра авторы делают на основании разд. 38, 39, 41 и 42 Закона об арбитраже 1996 г. Согласно этим положениям, в случае если сторона не выполняет приказ состава арбитража, состав арбитража имеет право вынести окончательный приказ (*peremptory order*)⁶, который подлежит при-

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration. 5th ed. — Oxford University Press, 2009. P. 515; *Born G.B.* International Arbitration: Law and Practice. — Kluwer Law International, 2012. P. 278; *Sutton D.St.J., Gill J., Gearing M.* Russell on Arbitration. 23rd ed. — Sweet & Maxwell, 2007. P. 271.

² См., например, *Metallgesellschaft AG v. Constanter*, 790 F.2d 280, 282—283 (2d Cir 1986); *Great E Sec, Inc. v. Goldendale Invs Ltd.*, № 06 Civ 667, 2006 US Dist LEXIS 94271 (S.D.N.Y. Dec. 20, 2006).

³ 1 октября 2014 г.

⁴ Статья 2(1) Закона об арбитраже 1996 г.

⁵ *Ghaffari A., Walters E.* Op. cit. P. 162; *Fry J.* Op. cit. P. 193; *D'Agostino J.*, First aid in arbitration: Emergency Arbitrators to the rescue (<http://kluwarbitrationblog.com/blog/2011/11/15/first-aid-in-arbitration-emergency-arbitrators-to-the-rescue/>).

⁶ Статья 41(5) Закона об арбитраже 1996 г.

нудительному исполнению¹. Судебная практика покажет, является ли такой вывод обоснованным.

Согласно судебным прецедентам, вопрос о том, является ли процесс с участием чрезвычайного арбитра арбитражным разбирательством, будет зависеть от намерения сторон, а не от названия самого процесса².

5.3. США

В США существуют два прецедента, которые рассматривают институт чрезвычайного арбитра.

В деле *Chinmax Medical Systems Inc. v. Alere San Diego Inc.*³ судом был рассмотрен вопрос об отмене решения чрезвычайного арбитра, принятого согласно ст. 37 Регламента ICDR. Суд рассмотрел ряд судебных прецедентов об исполнимости решений об обеспечительных мерах, вынесенных составом арбитража. Суд обратил внимание на то, что временные приказы о сохранении активов или совершении определенных действий, направленные на исполнимость окончательного арбитражного решения, являются окончательными приказами, которые могут быть отменены или признаны судами в соответствии с американским федеральным Законом об арбитраже⁴. Суд отметил, что не название документа, а содержание имеет значение при определении окончательного характера решения⁵. Если арбитр оставил за собой право разрешить спор по существу, это свидетельствует о том, что решение не является окончательным⁶. На основании этого, а также рассмотрев воздействие и суть решения чрезвычайного арбитра, суд пришел к выводу, что, согласно положениям Регламента ICDR, спор, являющийся предметом решения чрезвычайного арбитра, может быть пересмотрен составом арбитража, а значит, решение чрезвычайного арбитра не является окончательным и суд не имеет право вмешиваться в арбитражное разбирательство путем пересмотра решения чрезвычайного арбитра.

¹ Статья 42(1) Закона об арбитраже 1996 г.

² *David Wilson Homes Ltd. v. Survey Services Ltd.*, [2001] B.L.R. 267; *Cott UK Ltd. v. Barber*, [1997] 3 All E.R. 540; *Walkinshaw v. Diniz*, [2000] 2 All E.R. (Comm) 237.

³ Case № 10cv02467 (USDC S.D. Cal. May 27, 2011) (доступно в Интернете по адресу: https://jenner.com/system/assets/assets/4287/original/Chinmax_v_Alere.pdf?1319838875).

⁴ *Pacific Reinsurance Management Corp. v. Ohio Reinsurance Corp.*, 935 F.2d 1019, 1023 (9th Cir. 1991), 1022.

⁵ *Publicis Commc'n v. True N. Commc'ns, Inc.*, 206 F.3d 725, 729 (7th Cir. 2000), 1030.

⁶ *Orion Pictures Corp. v. Writers Guild of Am., W., Inc.*, 946 F.2d 722, 724 (9th Cir. 1991).

В деле *Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*¹ было рассмотрено решение чрезвычайного арбитра, принятое согласно Рекомендательным правилам ААА о чрезвычайных мерах защиты 1999 г. (далее — Правила ААА). Правила ААА отличаются от рассмотренных выше регламентов главным образом тем, что, согласно Правилам ААА, пересмотр решения чрезвычайного арбитра самим чрезвычайным арбитром или составом арбитража возможен только в случае появления новых обстоятельств².

Спор возник по поводу исполнения договора, согласно которому компания «Yahoo» должна была оказать «Microsoft» поисковые и связанные с этим рекламные услуги. Заявление «Microsoft» о принятии обеспечительной меры в виде приказа об оказании услуг в назначенное время было удовлетворено чрезвычайным арбитром. Компания «Yahoo» заявила, что чрезвычайный арбитр, приняв такое решение, превысил свои полномочия, так как решение обязывает исполнить обязательство по договору в натуре и по сути подменяет разрешение спора по существу. Также «Yahoo» заявила, что решение, которое не носит окончательного характера, не может быть принудительно исполнено судом. Суд не согласился с такими аргументами, заключив, что чрезвычайный арбитр имеет право назначить меры нематериального характера, необходимые для поддержания *status quo*. Также суд сделал вывод, что решение чрезвычайного арбитра было в данном случае окончательным.

Несмотря на то что дело *Yahoo* относится к положениям о чрезвычайном арбитраже по Правилам ААА, оно свидетельствует о том, что решение чрезвычайного арбитра в США может быть окончательным и подлежать принудительному исполнению³.

5.4. Швеция

Согласно шведскому арбитражному законодательству, арбитр имеет право принимать решение или приказ о назначении обеспечительных мер⁴. Однако Шведский арбитражный закон 1999 г. не предусматривает возможность принудительного исполнения таких решений, вне зависимости от того, как такое решение называется⁵, и только суд может принять решение о применении обеспечительных мер, ранее назначенных составом арбитража (т.е. по сути продублировать решение состава арбитража по этому вопросу).

¹ Case № 13cv7237, 2013 U.S. Dist. LEXIS 151175 (S.D.N.Y. Oct.21, 2013).

² Статья О-5 Правил ААА.

³ *Westgaver C.M. de*. Emergency arbitrators and the US courts // *Global Arbitration Review*. 2014. Vol. 9. Issue 1.

⁴ Статья 25(4) Шведского арбитражного закона 1999 г.

⁵ *Hobér K*. *International Commercial Arbitration in Sweden*. — Oxford University Press, 2011. P. 249.

По мнению некоторых авторов, решение состава арбитража об обеспечительных мерах носит договорный характер, и пострадавшая сторона может попытаться добиться исполнения такого решения, подав иск о нарушении обязательств по договору¹. Другие авторы считают, что решение состава арбитража об обеспечительных мерах может подлежать принудительному исполнению, если оно является окончательным в отношении спора, являющегося предметом заявления².

Таким образом, поскольку преобладающая точка зрения исходит из того, что в Швеции даже решение состава арбитража об обеспечительных мерах не подлежит принудительному исполнению, тем более проблематичным является принудительное исполнение решения чрезвычайного арбитра.

5.5. Сингапур и Гонконг

Как уже подробно упоминалось выше, арбитражное законодательство Сингапура³ и Гонконга⁴ предоставляет основу для принудительного исполнения решений чрезвычайного арбитра.

5.6. Швейцария

Обеспечительные меры, назначенные чрезвычайным арбитром, вне зависимости от формы решения, не являются арбитражными решениями, но могут быть признаны судом исполнимыми по заявлению стороны⁵.

6. Институт чрезвычайного арбитра и российское законодательство о третейских судах

В России существует разделение на внутреннее третейское разбирательство и международное⁶.

¹ *Lindskog St.* Skiljeförfarande: En kommentar. 2nd ed. — Inbunden, 2012. P. 690—693.

² *Heuman L.* Arbitration Law in Sweden: Practice and Procedure. — Juris Pub., 2003. P. 333.

³ Статья 2а сингапурского Закона о международном коммерческом арбитраже от 1 июня 2012 г.

⁴ Статья 22В(1) Постановления об изменении арбитражного закона от 19 июля 2013 г.

⁵ Статья 183(2) Закона о международном частном праве.

⁶ Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА), Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон о третейских судах). В данный момент Министерство юстиции РФ работает над проектом нового Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

В Законе о МКА говорится, что состав арбитража может распорядиться о принятии обеспечительных мер по заявлению одной из сторон и что обращение стороны в суд о принятии обеспечительных мер до или во время арбитражного разбирательства не является несовместимым с арбитражным соглашением¹. Похожие положения содержатся в Федеральном законе о третейских судах.

В российской правовой доктрине существует мнение, что российское третейское законодательство закрепляет два порядка обеспечения иска: добровольный и принудительный². Так, состав арбитража не наделен правом назначать принудительные обеспечительные меры³, и только обеспечительные меры, вынесенные судом, могут быть исполнены в принудительном порядке. Следовательно, решения чрезвычайного арбитра, скорее всего, будут иметь такой же статус, как и решения состава арбитража, и их исполнение на территории Российской Федерации будет возможно только в добровольном порядке.

Помимо этого, решения чрезвычайных арбитров, скорее всего, не будут подлежать принудительному исполнению, поскольку они не являются окончательными судебными актами по существу спора⁴. В Информационном письме № 78 указано, что иные судебные акты иностранных государств, принятые до или после рассмотрения спора по существу, не приводятся в исполнение и что нормы АПК РФ распространяются только на окончательные решения, рассмотренные «*при анализе всего комплекса доказательств в полноценной процедуре*». Поскольку решения чрезвычайного арбитра, как и обеспечительные меры, принимаются в ускоренном порядке и на основании анализа ограниченного круга доказательств, принудительное исполнение чрезвычайных мер на территории Российской Федерации маловероятно.

¹ Статьи 9 и 17.

² Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. 4-е изд., перераб. и доп. — М.: Инфотропик Медиа, 2010. С. 180; *Зайцев А.И., Филимонов М.В., Григорьева Е.А.* Комментарий к Федеральному закону от 24 июля 2002 г. № 120-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (постатейный). Гл. V (СПС «Гарант»).

³ Постановление ФАС Поволжского округа от 20 мая 2003 г. № А12-30011/03-С13.

⁴ Пункт 26 информационного письма Президиума ВАС РФ от 7 июля 2004 г. № 78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер» (далее — Информационное письмо № 78). Также согласно п. 33 постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» судебные акты иностранных судов о применении обеспечительных мер не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории Российской Федерации, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательном процессе.

Таким образом, в условиях действующего российского законодательства, если одна из сторон по арбитражному соглашению хочет принять чрезвычайные меры до формирования состава арбитража, исполнение которых осуществимо на территории Российской Федерации, следует обращаться напрямую в российский государственный суд. Суд при рассмотрении такого заявления будет применять общие правила об обеспечительных мерах, предусмотренные нормами АПК РФ¹. Например, в одном деле компания подала заявление о принятии обеспечительной меры и указала, что готовит подачу искового заявления в третейский суд. Заявитель не приложил копию арбитражного соглашения, и по этой причине в удовлетворении заявления было отказано².

Несмотря на добровольный характер исполнения решения чрезвычайного арбитра, рекомендуется одновременно с подачей заявления в российский суд подать заявление о назначении чрезвычайного арбитра в арбитражное учреждение. Решение чрезвычайного арбитра, как правило, будет вынесено в максимально короткий срок и сохранит *status quo*. В случае нарушения решения чрезвычайного арбитра состав арбитража может сделать негативные выводы в отношении стороны-нарушителя и учесть нарушение в решении о расходах. Однако существует риск, что суд может отказать в принятии предварительных обеспечительных мер, если сочтет принятые ранее чрезвычайным арбитром обеспечительные меры достаточными и если заявитель не представит доказательств, что они не исполняются добровольно³.

Ранее отмечалось, что некоторые регламенты предусматривают, что чрезвычайный арбитр может вынести постановление в форме арбитражного решения. К сожалению, и это вряд ли спасет пострадавшую сторону. В одном деле состав арбитража принял обеспечительные меры в форме решения, а не определения, как этого требует Федеральный закон о третейских судах в отношении вопросов, не затрагивающих спор по существу. Суд, проанализировав нормы третейского законодательства о форме и содержании решения состава арбитража, постановил, что они не предусматривают возможность в резолютивной части решения распорядиться о принятии обеспечительных мер⁴, и отказал в принудительном исполнении такого решения.

¹ Пункт 23 Информационного письма № 78, ч. 3 ст. 90 АПК РФ.

² Пункт 23 Информационного письма № 78, ч. 5 ст. 92 АПК РФ.

³ Пункт 24 Информационного письма № 78.

⁴ Пункт 7 Обзора практики рассмотрения дел об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов (одобрено Президиумом ФАС Уральского округа 7 июля 2010 г.).

7. Заключение

Институт чрезвычайного арбитра был создан арбитражными учреждениями с целью предоставления возможности обратиться к независимому органу с заявлением об обеспечительных мерах до формирования состава арбитража.

На сегодняшний день во многих странах остается нерешенным вопрос о статусе чрезвычайного арбитра и статусе его решений, что обуславливает небольшое количество соответствующих обращений. Иначе обстоит дело в Сингапуре и Гонконге, где третейское законодательство признает исполнимость решений чрезвычайных арбитров. Согласно статистике, с 1 января 2012 г. в ICC были поданы 14 заявлений о назначении чрезвычайного арбитра (шесть заявлений были рассмотрены в 2014 г.)¹. С 1 января 2010 г. в SCC были всего девять разбирательств с участием чрезвычайного арбитра (из четырех заявлений, рассмотренных в 2014 г., два касались инвестиционных споров, одно — защиты корпоративных прав и одно — строительства)². С 1 июля 2010 г. в SIAC были поданы 42 заявления (12 заявлений были рассмотрены в 2014 г.)³.

В условиях действующего российского третейского законодательства на территории Российской Федерации решения чрезвычайного арбитра могут быть исполнены только в добровольном порядке. В случае если сторона желает подать заявление о принятии обеспечительных мер до формирования состава арбитража в России, наряду с обращением в арбитражное учреждение о назначении чрезвычайного арбитра следует подавать заявление о принятии аналогичных обеспечительных мер в российский суд, который уполномочен вынести решение принудительного характера. Несмотря на то что у заявителя нет возможности принудить ответчика исполнить решение чрезвычайного арбитра, состав арбитража может принять во внимание его нарушение при присуждении размера расходов, а также сделать определенные негативные выводы в связи с таким нарушением.

¹ Статистика ICC доступна в Интернете по адресу: www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/.

² Статистика SCC доступна в Интернете по адресу: www.sccinstitute.com/statistics/.

³ Статистика SIAC доступна в Интернете по адресу: www.siac.org.sg/2013-09-18-01-57-20/2013-09-22-00-27-02/annual-report.

Таблица 1. Сопоставление положений о чрезвычайном арбитраже из различных арбитражных регламентов

Арбитражное учреждение / Регламент	Статья / приложение / жеие	Дата, с которой применяются положения	Момент подачи заявления	Срок назначения, кем назначается	Срок принятия решения	Вид решения	Расходы	Особенности
LCIA	9B	1 октября 2014 г.	Вместе с просьбой или после, но до формирования состава арбитража	В течение трех дней после получения заявления арбитра Судом LCIA	Как можно скорее, но не позднее чем через 14 дней после назначения арбитра	Приказ или арбитражное решение, какое может вынести состав арбитража в соответствии с арбитражным соглашением	28 тыс. ф. стерл.	Возможность параллельно подать заявление об ускоренном формировании состава арбитража согласно ст. 9A
ICC	29 / V	1 января 2012 г.	До передачи дела составу арбитража и независимо от того, направила ли сторона просьбу об арбитраже!	В максимальном короткий срок, обычно в течение двух дней, Президентом Суда ICC	В течение 15 дней с момента передачи дела чрезвычайному арбитражу	Приказ	40 тыс. долл. США	Чрезвычайный арбитраж составляет процессуальный график в максимально короткий срок, обычно в течение двух дней с момента передачи дела
SCC	32 / II	1 января 2010 г.	До или после просьбы, но до формирования состава арбитража?	В течение 24 часов с момента получения ходатайства о назначении чрезвычайного арбитра	Не позднее пяти дней с момента передачи дела чрезвычайному арбитражу	Чрезвычайное решение	15 тыс. евро	Полномочия чрезвычайного арбитра изложены в ст. 32 Регламента об обеспечительных мерах
SIAC	/ I	1 июля 2010 г.	Вместе с просьбой или после, но до формирования состава арбитража	В течение одного рабочего дня с момента получения заявления о назначении чрезвычайного арбитра и оплаты всех требуемых сборов Президентом SIAC	Не указан	Приказ или промежуточное арбитражное решение, которое может быть обусловлено представлением встречного обеспечения	Минимум 20 тыс. сингапурских долларов или 20% максимального тоннара единоличного арбитра, рассчитанного на основании Шкалы сборов	Чрезвычайный арбитраж должен настолько быстро, насколько это возможно, но в любом случае в течение двух рабочих дней утвердить график рассмотрения заявления

HKIAC	23 / 4	1 ноября 2013 г.	Вместе с просьбой или после, но до формирования состава арбитража	В течение двух дней арбитражным учреждением	В течение 15 дней с момента передачи дела чрезвычайному арбитражу	Решение обла- дает такой же юридиче- ской силой, что и обеспечитель- ные меры, при- нятые составом арбитража	250 тыс. гонконгских долларов	Решение может быть вынесено даже после того, как дело передано составу арбитража
SRIA (Швейцар- ский регламент)	26, 43	1 июня 2012 г.	До или после просьбы, но до формиро- вания состава арбитража ¹	В максимал- но короткий срок с момента полу- чения заявления, регистрации вы- чайному составу сбора и депозита за принятие пред- варительных мер судом SRIA	В течение 15 дней с момента пере- да- чи дела чрез- вычайному арбитражу	Решение имеет такую же юри- дическую силу, что и решение об обеспече- нии мер, при- нятое соста- вом арбитража	24 500 швейцар- ских франков	Возможность подать заявление без уве- домления другой стороны ¹
ICDR	37	1 мая 2006 г.	Вместе с просьбой или после, но до формиро- вания состава арбитража	В течение одного рабочего дня администратором из списка чрезвы- чайных арбитров	Не указан	Промежуточ- ное решение или приказ, которые могут быть обуслов- лены предо- ставлением встречного обеспечения	Специальный сбор отсутствует	Отсутствие специаль- ного сбора

- ¹ При условии, что просьба об арбитраже будет направлена в течение 10 дней после получения заявления о назначении чрезвычай- ного арбитра.
- ² При условии, что основное разбирательство начато не позднее 30 дней с даты решения чрезвычайного арбитра или дело передано составу арбитража в течение 90 дней с даты чрезвычайного решения.
- ³ При условии, что просьба будет направлена в течение 10 дней со дня получения заявления о назначении чрезвычайного арбитра.
- ⁴ При условии, что такое уведомление будет сделано одновременно с принятием предварительного постановления об обеспече- нии мер.

БЕСПРИСТРАСТНОСТЬ В ГОСУДАРСТВЕННЫХ И ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

В.В. ЯРКОВ,

д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки
Российской Федерации, заведующий кафедрой
гражданского процесса Уральского государственного
юридического университета

1. Понятие беспристрастности

Беспристрастность относится к числу фундаментальных принципов, определяющих содержание правосудия. В последние годы ссылки на отсутствие беспристрастности стали активно использоваться при оспаривании решений международных коммерческих арбитражей и третейских судов, а также в ходатайствах об отводе судей. Понимание беспристрастности арбитров, равно как и ее соотношение с независимостью арбитров, является дискуссионным в практике и доктрине международных арбитражей¹.

В частности, ВАС РФ сформулировал подход, в соответствии с которым создание и финансирование коммерческого арбитража банком как одним из контрагентов по гражданско-правовому договору с одновременной возможностью рассмотрения споров, вытекающих из этого договора, в таком арбитраже, с учетом того, что другая сторона была лишена возможности выполнять подобные же действия, свидетельствуют о нарушении гарантии объективной беспристрастности и, как следствие, справедливости рассмотрения спора в виде нарушения равноправия и соблюдения автономии воли спорящих сторон².

¹ См., например, обзор: *Ходыкин Р.М.* Независимость и беспристрастность арбитров в инвестиционных спорах // *Международный коммерческий арбитраж.* 2011. № 4. С. 135—144.

² См. Постановление Президиума ВАС РФ от 24 мая 2011 г. № 17020/10.

В одном из последних судебных актов — в Определении ВС РФ от 14 августа 2014 г. по делу № 304-ЭС14-495, А67-1587/2014 — было сказано следующее:

«Открытое акционерное общество «Газпром» является одновременно юридическим лицом, создавшим, финансирующим и контролирующим третейский суд «Газпром» как постоянно действующий институт третейского разбирательства, и аффилированным лицом одной из сторон рассмотренного в этом суде спора. Учитывая изложенное, суды пришли к обоснованному выводу о том, что при рассмотрении спора Третейским судом при открытом акционерном обществе «Газпром» был нарушен принцип объективной беспристрастности. Третейский суд при ОАО «Газпром» не имел права рассматривать спор по существу между обществами, аффилированным лицом одного из которых ОАО «Газпром» является».

Насколько правомерен подход, изложенный в приведенных судебных актах?

Как справедливо отмечает Е.А. Виноградова, беспристрастность выступает в качестве гарантии функциональной деятельности третейского судьи¹. Несмотря на то что беспристрастность относится к оценочным правовым понятиям (наряду с такими, как публичный порядок, основные принципы права, разумные сроки и т.д.), тем не менее судебная практика и доктрина выработали ряд принципиальных положений, которые позволяют определить содержание и сферу действия данного понятия.

В частности, известный комментатор практики ЕСПЧ М. де Сальвиа пишет, что «[б]еспристрастность определяется обычно как отсутствие предубежденности или предвзятости»². В литературе по третейскому разбирательству и международному коммерческому арбитражу при характеристике беспристрастности делается акцент на «психологическом состоянии лица, заключающемся в его непредвзятом отношении к тому или иному явлению или лицу. Таким образом, беспристрастность — это явление субъективного характера»³. Как пишет Е.В. Брунцева, «[б]еспристрастность арбитра связана с отсутствием у него предрасположенности по отношению к опреде-

¹ См.: Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. 6-е изд. — М.: Инфотропик Медиа, 2014. С. 704 (автор главы — Е.А. Виноградова).

² См.: Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Энтина. — М.: Норма, 2002. С. 90 (автор комментария — М. де Сальвиа).

³ См.: Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. — СПб.; М.; Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. С. 162, 163 (автор главы — О.Ю. Скворцов).

ленной стороне или существу спора. Предрасположенность эта может быть явной или скрытой»¹.

В п. 2 ст. 4 Правил о непристрастности и независимости третейских судей, утвержденных ТПП РФ (приказ от 27 августа 2010 г. № 39)², сказано, что

«[Т]ретейский судья является непристрастным, если он прямо или косвенно не заинтересован в исходе дела и не имеет заранее сложившихся предпочтений или иных предубеждений в отношении определенной стороны третейского разбирательства, ее представителя, эксперта, консультанта или свидетеля».

2. Различия между субъективной и объективной непристрастностью

Как отмечено в целом ряде решений Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), «[в] целях статьи 6 п. 1 непристрастность должна оцениваться в соответствии с субъективным подходом, отражающим личные убеждения данного судьи по конкретному делу, а также в соответствии с объективным подходом, который определяет, имелись ли достаточные гарантии, чтобы исключить какие-либо сомнения по данному поводу» (Постановление ЕСПЧ от 24 мая 1989 г. по делу «Хаушилдт (Hauschildt) против Дании» (жалоба № 10486/83) и др.)³.

Таким же образом различал два аспекта непристрастности КС РФ в постановлении КС РФ от 25 марта 2008 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности части 3 статьи 21 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного обще-

¹ См.: *Брунцева Е.В.* Международный коммерческий арбитраж: Учебное пособие для высших юридических учебных заведений. — СПб.: Сентябрь, 2001. С. 150. С ней согласна Е.А. Виноградова (см.: Постатейный научно-практический комментарий к законодательству о третейском разбирательстве / Под ред. В.А. Мусина. — СПб, 2004. С. 56 (автор комментария — Е.А. Виноградова)). На психологические моменты непристрастности обращает внимание автор комментария к новому арбитражному законодательству Австрии С. Хегер. Она пишет: «Беспристрастность касается внутреннего настроя человека, она характеризуется отсутствием внутренней предрасположенности арбитра по отношению к определенной стороне» (*Хегер С.* Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. — М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 29).

² См.: Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2(2). С. 130—145.

³ См.: *Сальвиа М.* Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 445 (№ 583).

ства «Товарищество застройщиков», открытого акционерного общества «Нижнекамскнефтехим» и открытого акционерного общества «ТНК-ВР Холдинг»» (далее — Постановление № 6-П). В п. 2 мотивировочной части Постановления № 6-П сказано следующее:

«В ряде решений Европейского Суда по правам человека, в том числе в Постановлениях от 26 февраля 1993 года «Падовани (Padovani) против Италии» (пункты 25 и 27), от 28 февраля 1993 года «Фэй (Feu) против Австрии» (пункты 28 и 30) и от 10 июня 1996 года «Пуллар (Pullar) против Соединенного Королевства» (пункт 30), на основе толкования статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод сформулированы общие критерии беспристрастного суда:

во-первых, суд должен быть «субъективно беспристрастным», т.е. ни один из его членов не может открыто проявлять пристрастие и личное предубеждение; при этом личная беспристрастность предполагается, пока не будет доказано иное. Данный критерий отражает личные убеждения судьи по конкретному делу;

во-вторых, суд должен быть «объективно беспристрастным», т.е. необходимы достаточные гарантии, исключающие какие-либо сомнения по этому поводу. Данный критерий, в соответствии с которым решается вопрос, позволяют ли определенные факты, поддающиеся проверке, независимо от поведения судьи усомниться в его беспристрастности, учитывает внешние признаки: при принятии соответствующего решения мнение заинтересованных лиц принимается во внимание, но не играет решающей роли, — решающим является то, могут ли их опасения считаться объективно обоснованными. Всякий судья, в отношении беспристрастности которого имеются легитимные основания для сомнения, должен выйти из состава суда, рассматривающего дело».

3. Субъекты, к которым обращено требование беспристрастности

Беспристрастность судьи относится к основополагающим категориям организации и функционирования судебной власти, а также иных юрисдикционных органов и должностных лиц, наделенных полномочиями юрисдикционного и правореализационного характера. Поэтому требование беспристрастности выделено как в отношении судей государственных судов, так и в отношении третейских судей третейских судов и арбитров международных коммерческих арбитражей в отличие от иных лиц, например нотариусов¹.

¹ Согласно ч. 1 ст. 5 Основ Российской Федерации о нотариате (утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1) «[н]отариус беспристрастен... в своей деятельности...» (см. подробнее: Нотариальное право России: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. — М.: Волтерс Клувер, 2003. С. 79, 80 (автор главы — В.В. Ярков).

Требование беспристрастности содержится в целом ряде источников международного и российского, а также «мягкого» права. В *международном праве* право на беспристрастный суд является составной частью положений ст. 10 Всеобщей декларации прав человека, а также ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — Конвенция), определяющей содержание права на справедливое судебное разбирательство¹. При этом гарантии, предусмотренные ст. 6 Конвенции, полностью вписываются в рамки европейского публичного порядка в области основополагающих прав².

Требование беспристрастности содержится в целом ряде других международно-правовых актов, например в Основных принципах независимости судебных органов (приняты в г. Милане 26 августа — 6 сентября 1985 г.)³, п. 1.1 Европейской хартии о статуте для судей, принятой Советом Европы (8—10 июля 1998 г.), Бангалорских принципах поведения судей, утвержденных 25—26 ноября 2002 г. Комиссией ООН по правам человека⁴.

В *российском праве* беспристрастность как основополагающее начало правосудия выделена в российском законодательстве, например в ч. 2 ст. 12 ГПК РФ, ч. 3 ст. 9 АПК РФ, а также в ст. 9 Кодекса судейской этики, утвержденного VIII Всероссийским съездом судей.

Равным образом требование беспристрастности отражено в законодательстве, регулирующем третейское и арбитражное разбирательство, в частности в международно-правовом акте «мягкого права» — в ст. 11 и 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (принят в г. Нью-Йорке 21 июня 1985 г. на 18-ой сессии ЮНСИТРАЛ).

С целью разрешения вопросов, связанных с обеспечением беспристрастности, Международной ассоциацией юристов (далее — МАЮ) принято Руководство МАЮ по конфликту интересов в международном арбитраже (одобрено Советом МАЮ 22 мая 2004 г.)⁵. Согласно Общему стандарту 1

¹ См. подробнее: Сальвиа М. Указ. соч. С. 443—458; см. также: Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / Под ред. Т.Г. Моршаковой. — М.: Мысль, 2012. С. 36 (автор главы — М.А. Филатова).

² См.: Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Энтина. — С. 84 (автор комментария — М. де Сальвиа).

³ См.: Глазкова М.Е. Применение европейских стандартов отправления правосудия в российском арбитражном процессе: Монография. — М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Анкил, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ См.: Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежный компоненты. — М.: Норма, 2008. С. 192.

⁵ См. неофициальный перевод на русский язык: Третейский суд. 2008. № 2. С. 33—52. В 2014 г. была утверждена новая редакция этого документа.

«[в] момент назначения и на протяжении всего арбитражного процесса вплоть до вынесения окончательного разрешения или окончательного прекращения процесса по иным причинам каждый арбитр должен быть *беспристрастен* и независим от сторон» (курсив мой. — *В.Я.*).

Также принцип беспристрастности закреплен в российском законодательстве, регулирующем третейское и арбитражное разбирательство. В частности, согласно ч. 1 ст. 8 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон о третейских судах)

«[т]ретейским судьей избирается (назначается) физическое лицо, способное обеспечить *беспристрастное* разрешение спора, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей третейского судьи» (курсив мой. — *В.Я.*).

Кроме того, согласно ст. 18 Федерального закона о третейских судах

«[т]ретейское разбирательство осуществляется на основе принципов законности, конфиденциальности, независимости и *беспристрастности* третейских судей, диспозитивности, состязательности и равноправия сторон» (курсив мой. — *В.Я.*).

Согласно п. 1 ст. 12 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА)

«[в] случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его *беспристрастности* или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства должен без промедления сообщать сторонам о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельствах ранее» (курсив мой. — *В.Я.*).

В ст. 18 Закона о МКА в развитие принципа беспристрастности изложен основополагающий принцип равного отношения к сторонам арбитражного разбирательства со стороны арбитров:

«К сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции».

Способы устранения сомнений в беспристрастности основаны на установлении достоверных фактов или фактических обстоятельств вероятностного характера. В частности, применительно к судьям государственных судов в рамках цивилистического процесса данные вопросы разрешены в ст. 21, 22 АПК РФ, ст. 16, 17 ГПК РФ, ст. 9 Кодекса судейской этики.

Применительно к третейским судьям данные вопросы разрешены в ст. 11 и 12 Федерального закона о третейских судах, а в отношении арбитров международных коммерческих арбитражей — в ст. 12 Закона о МКА. Для разрешения вопроса об устранении сомнений в беспристрастности арбитров используется уже упоминавшееся Руководство МАЮ по конфликту интересов в международном арбитраже, а в России дополнительно — Правила о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденные ТПП РФ.

Таким образом, в качестве субъектов, к которым обращено требование беспристрастности, во всех перечисленных источниках выступают всегда конкретные физические лица, выполняющие юрисдикционные либо иные правореализационные и правоприменительные функции: судьи государственных судов, третейские судьи третейских судов, арбитры международных коммерческих арбитражей, нотариусы и другие лица. Требование беспристрастности носит персонифицированный характер, обращено к физическим лицам и ни в одном из приведенных правовых актов не применяется в отношении организаций и органов, от имени которых или при которых данные лица осуществляют определенную правовую деятельность. Нет такого толкования ни в доктрине, ни в практике ЕСПЧ либо КС РФ.

Поэтому понятие беспристрастности в международном праве, «мягком праве» и российском законодательстве, судебной практике ЕСПЧ и КС РФ распространяется на конкретных судей государственных судов, арбитров международных коммерческих арбитражей и третейских судей третейских судов. Оно никак не отождествляется с органами, образовавшими конкретный государственный суд (иначе государственные суды не могли бы рассматривать споры, где стороной являются субъекты публичного права), с организациями, образовавшими международный коммерческий арбитраж или третейский суд.

4. Отличия в отношении требований беспристрастности, предъявляемых к третейским судьям по сравнению с судьями государственных судов

При рассмотрении данного вопроса необходимо исходить из правовой природы третейского суда и международного коммерческого арбитража. В соответствии с п. 1 ст. 11 ГК РФ защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной

процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд. Таким образом, защита прав в третейских судах признается в целом такой же формой правовой защиты, как и правовая защита в государственных судах. Как справедливо пишет Г.А. Жилин, «[о]бращение к альтернативным способам разрешения споров является одной из форм реализации конституционной нормы, согласно которой каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45 Конституции РФ)»¹.

В практике ЕСПЧ право на суд «...не является абсолютным, так как возможны ограничения вроде отказа от рассмотрения дела в суде, предусмотренного, например, арбитражной оговоркой в договоре»². В целом ряде постановлений ЕСПЧ сформулировал позицию о том, что третейские суды являются вполне легитимным способом разрешения правовых конфликтов, основанным на соглашении сторон.

Например, в п. 54 Постановления ЕСПЧ от 3 августа 2004 г. по делу «Риджент Кампани (Regent Company) против Украины» (жалоба № 773/03) было указано:

«Поскольку Правительство заявляет возражение против применимости пункта 1 статьи 6 Конвенции к третейскому разбирательству, Суд повторяет, что статья 6 не препятствует учреждению третейских судов для того, чтобы разрешать споры между частными лицами. В самом деле, слово «суд» в пункте 1 статьи 6 не обязательно должно пониматься как обозначающее судебное учреждение классического вида, интегрированное в стандартный судебный механизм страны... Он далее полагает, что арбитражный суд [речь шла о МКАС при ТПП Украины. — В.Я.] является «судом, созданным на основании закона», действующим в соответствии с Законом о международном коммерческом арбитраже 1994 г. и внутренним регламентом»³.

В целом ряде других судебных актов ЕСПЧ также отражена легитимность создания и функционирования третейских судов⁴.

¹ См.: Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. — М.: Проспект, 2010. С. 216.

² См.: Комментарий к Конвенции о защите прав человека и основных свобод и практике ее применения / Под общ. ред. В.А. Туманова и Л.М. Энтина. — М.: Норма, 2002. С. 86 (автор комментария — М. де Сальвиа).

³ Цит. по: Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж: Учебник. — М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 19.

⁴ См., например: Правосудие в современном мире: Монография / Под ред. В.М. Лебедева, Т.Я. Хабриевой. — М.: Норма; Инфра-М, 2012 (автор гл. 28 — Е.С. Гетман) (СПС «Консультант»).

При этом не все постановления ЕСПЧ относимы для характеристики соотношения критериев справедливого разбирательства и беспристрастности в третейских судах. В частности, в судебной практике относительно беспристрастности были сделаны ссылки на Постановление ЕСПЧ по делу «Хаушилдт против Дании», а также на постановления ЕСПЧ от 13 ноября 2007 г. по делу «Дриза (Driza) против Албании» (жалобы № 33771/02, 33222/02) и от 22 октября 1984 г. по делу «Шрамак (Sramek) против Австрии» (жалоба № 8790/79)¹.

Между тем, во-первых, все указанные судебные акты ЕСПЧ приняты в отношении государственных судей и относятся к делам, возникающим из публичных правоотношений. Однако недопустимо автоматическое отождествление правового статуса и полномочий государственных судей и третейских судей, хотя бы в силу различий их правовой природы, поскольку это противоречит правовой позиции КС РФ, отраженной в постановлении КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации» (далее — Постановление № 10-П), в п. 3.2 мотивировочной части которого сказано:

«Передача спора, который возник или может возникнуть между сторонами какого-либо конкретного правоотношения, на рассмотрение третейского суда остается альтернативной формой защиты права и не превращает сам по себе порядок третейского разбирательства в собственно судебную форму защиты права».

Во-вторых, недопустимо без какого-либо анализа применять к третейским судам правовые позиции ЕСПЧ в отношении разрешения споров из публичных правоотношений, которые по российскому праву вообще неар-

тантПлюс»); *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 18, 19; Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. 6-е изд. — С. 643—645 (автор главы — Е.А. Виноградова); *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.

¹ См., например, постановления Президиума ВАС РФ от 24 мая 2011 г. № 17020/10, от 28 июня 2011 г. № 1308/11, от 29 октября 2013 г. № 8445/13; см. также обзор и анализ судебной практики по данному вопросу: *Корчин А.А.* Борьба с «карманными» третейскими судами и вопросы независимости и беспристрастности арбитров в российской судебной практике // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 1(7). С. 42—52.

битрабильны! Так, Постановление ЕСПЧ по делу «Дриза против Албании» касается пересмотра дела в порядке надзора, а Постановление ЕСПЧ по делу «Шрамак против Австрии» — публичного права. Постановление ЕСПЧ по делу «Хаушилдт против Дании» вообще было принято по уголовному делу¹, однако уголовные дела по российскому праву ни при каких обстоятельствах не относятся к компетенции третейских судов! На указанные обстоятельства в отношении всех трех приводимых постановлений ЕСПЧ уже обращалось внимание специалистами сразу после появления данных судебных актов ВАС РФ².

Позиция о конституционности рассмотрения дел в третейских судах отражена в целом ряде судебных актов КС РФ, например в определениях КС РФ от 9 декабря 1999 г. № 191-О, от 13 апреля 2000 г. № 45-О, от 21 июня 2000 г. № 123-О, от 26 октября 2000 г. № 214-О, от 15 мая 2001 г. № 204-О, от 4 июня 2007 г. № 377-О-О, от 1 июня 2010 г. № 754-О-О.

Наиболее ярко позиция КС РФ была выражена в Постановлении № 10-П. В п. 2 мотивировочной части Постановления № 10-П указано следующее:

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

Стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда. В таких случаях право на судебную защиту, которая — по смыслу статьи 46 Конституции Российской Федерации — должна быть полной, эффективной и своевременной, обеспечивается возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд, в частности путем подачи заяв-

¹ См. обзор дела: Третейский суд. 2013. № 1. С. 19, 20.

² См.: *Севастьянов Г.В.* Постоянно действующие третейские суды — создание системы доверия! // Третейский суд. 2013. № 1. С. 12—15; *Скворцов О.Ю.* Объективная независимость арбитража // Третейский суд. 2013. № 2. С. 80, 81; *Он же.* Доктрина объективной беспристрастности и ее влияние на практику третейского разбирательства // Третейский суд. 2013. № 6. С. 113—115; *Курбатов А.Я.* Аффилированность как средство борьбы с третейскими судами // Предпринимательское право. 2013. № 1. С. 17—24.

ления об отмене решения третейского суда либо о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда...

<...>

Тем самым подтверждается правомерность обращения частных лиц — в пределах реализации ими на основе автономии воли права на свободу договора — к третейскому разбирательству в сфере гражданских правоотношений, где допускается разрешение споров посредством общественного саморегулирования, а публичные интересы обеспечиваются законодательными предписаниями, устанавливающими процедуры третейского разбирательства, что предполагает наличие гарантий справедливости и беспристрастности, присущих любому судебному разбирательству в силу требований статьи 46 Конституции Российской Федерации во взаимосвязи со статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод».

Таким образом, третейское разбирательство основано на фундаментальном праве человека на выбор надлежащей и приемлемой для него формы правовой защиты.

Другой аспект данного вопроса — является ли принцип беспристрастности полностью тождественным применительно к требованиям для судей государственных судов и третейских судей, либо они различны.

Как уже отмечалось, принцип беспристрастности является общим принципом в деятельности лиц, осуществляющих любую юрисдикционную и в целом правореализационную деятельность. Вместе с тем вряд ли можно говорить о полной тождественности содержания беспристрастности для судей государственных судов и третейских судей. Е.А. Виноградова справедливо обратила внимание, что «за исключением принципа конфиденциальности, все названные в Законе о третейских судах принципы являются одноименными, но не полностью тождественными по содержанию аналогичным принципам осуществления судопроизводства»¹.

В таком подходе нет ничего необычного, поскольку многие принципы гражданского процессуального и арбитражного процессуального права также являются в определенной степени одноименными, частично совпадая по содержанию. Например, различный характер носят принципы сочетания коллегиального и единоличного рассмотрения дел, государственного языка судопроизводства в арбитражных судах и судах общей юрисдикции, а принцип непрерывности судебного разбирательства гражданского процессуального права в арбитражном процессе вообще отсутствует.

¹ См.: Постатейный научно-практический комментарий к законодательству о третейском разбирательстве / Под ред. В.А. Мусина. — С. 55 (автор комментария — Е.А. Виноградова).

Поэтому можно заключить, что принцип беспристрастности находит различное выражение применительно к судьям государственных судов и третейским судьям. Такой подход основан на недопустимости отождествления правового статуса государственных судов и их судей и третейских судей третейских судов. На это справедливо обратил внимание КС РФ в п. 3.2 мотивировочной части Постановления № 10-П:

«...это не означает отождествление третейской формы защиты права с судебной защитой как таковой, осуществляемой государственными судами, а третейских судов как институтов гражданского общества — с судами Российской Федерации, которые в соответствии со статьями 10, 11 (часть 1) и 118 Конституции Российской Федерации и Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации» в рамках разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную осуществляют судебную власть и образуют судебную систему Российской Федерации.

Передача спора, который возник или может возникнуть между сторонами какого-либо конкретного правоотношения, на рассмотрение третейского суда остается альтернативной формой защиты права и не превращает сам по себе порядок третейского разбирательства в собственно судебную форму защиты права, равно как и не порождает иных юридических последствий, помимо предусмотренных законом именно для третейского решения, которое — в силу юридической природы третейского разбирательства — принимается третейским судом от своего имени, обязательно для сторон на основе добровольного исполнения, а обеспечение его принудительного исполнения находится за пределами третейского рассмотрения и является задачей государственных судов и органов принудительного исполнения».

Поскольку третейский суд является по своей правовой природе органом частного правоприменения, негосударственным по характеру, то, соответственно, полностью все стандарты ст. 6 Конвенции к нему неприменимы. В частности, в Постановлении ЕСПЧ от 27 ноября 1996 г. по делу «Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands» (жалоба № 28101/95) была отмечена нетождественность оснований отмены решений третейских решений всем требованиям ст. 6 Конвенции. В частности, в данном Постановлении сказано:

«Комиссия отмечает, что основания, по которым арбитражные решения могут быть оспорены в государственных судах, различаются среди Договаривающихся Государств, и полагает, что из положений Конвенции не следует, что национальные суды должны обеспечивать проведение арбитражных разбирательств в соот-

ветствии со ст. 6 Конвенции. В некоторых аспектах — например, в отношении публичности — очевидно, что арбитражные разбирательства часто просто не могут находиться в соответствии со ст. 6 и арбитражное соглашение влечет отказ от полного применения этой статьи. Поэтому Комиссия полагает, что арбитражное решение не обязательно должно быть отменено из-за того, что стороны не имели всех гарантий ст. 6, а Договаривающиеся Государства в принципе могут сами решать, по каким основаниям должно быть отменено арбитражное решение»¹.

На основе анализа указанного Постановления ЕСПЧ и ряда других А.В. Асосков сделал справедливый вывод о различии стандартов, обеспечивающих гарантии справедливости и беспристрастности для государственных судов и третейских судов². Соответственно, беспристрастность применительно к третейским судьям не совпадает полностью по содержанию, не тождественна тем требованиям, которые предъявляются к беспристрастности судей государственных судов.

Как было отмечено в уже упоминавшемся Постановлении ЕСПЧ по делу «Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. Netherlands»,

«[у]читывая толкование, которое Верховный суд [Нидерландов] дал аргументам о нарушении публичного порядка, Комиссия констатирует, что аргументы заявителей о том, что даже простая видимость (*mere appearance*) отсутствия независимости и беспристрастности должна вести к отмене арбитражного решения, не имеет основы в голландском праве. Она [Комиссия] полагает, что п. 1 ст. 6 Конвенции не требует от голландских судов применять какой-либо иной критерий при определении того, следует ли отменять арбитражное решение. Она находит разумным, что в данном отношении для отмены уже вынесенного арбитражного решения голландское право требует серьезных причин, поскольку отмена часто будет означать, что длинная и дорогая арбитражная процедура оказалась бесполезной, а в новое разбирательство должны быть инвестированы существенные усилия и средства»³.

Поэтому более правильным, исходя из одноименности и неполного совпадения характеристик беспристрастности для судей государственных судов и третейских судей, поскольку ЕСПЧ не требует применения единого стандарта для деятельности государственных и третейских судей, сделать

¹ Цит. по: Асосков А.В. Указ. соч. С. 71.

² Там же. С. 72, 74, 75.

³ Цит. по: там же. С. 72, 73.

вывод о том, что в третейском разбирательстве действует *принцип соблюдения минимальных стандартов справедливости*, заключающийся в необходимости обеспечить при формулировании правил третейского разбирательства и их применении положения, позволяющие гарантировать определенные стандарты справедливого разбирательства. Данное положение является, по справедливому замечанию А.С. Комарова, критерием признания третейского суда допустимым элементом правовой системы конкретной страны¹. В этом плане можно выделить несколько аспектов. Во-первых, как справедливо пишет А.С. Комаров, речь не идет о соответствии процессуальных норм государственных судов, которые являются максимальными критериями справедливости, правилам третейского разбирательства².

Во-вторых, возможны ситуации, когда регламент третейского суда и само содержание третейского разбирательства не соответствуют минимальным стандартам справедливости. В этом плане критериями, по мнению А.С. Комарова, выступают международные акты, например Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. Такие общепризнанные и авторитетные акты являются ориентиром для национального нормотворчества и положены, в частности, в основу Закона о МКА и Федерального закона о третейских судах.

Таким образом, можно заключить, что гарантии беспристрастности для третейского судьи хотя и достаточно высоки в силу необходимости обеспечить право на справедливое разбирательство, тем не менее не являются полностью идентичными и совпадающими с гарантиями беспристрастности в государственных судах. ЕСПЧ не требует их полной тождественности, поскольку минимальный стандарт справедливого разбирательства для третейского суда ниже, что объясняется его правовой природой.

Если бы в международном, иностранном и российском праве был бы установлен полностью одинаковый уровень требований к судьям государственных судов и третейским судьям, арбитрам международных коммерческих арбитражей, то в этом случае не было бы необходимости в том разнообразии форм защиты гражданских прав и разрешения споров, которые вырабатывались на протяжении правовой истории человечества. Между тем, как справедливо отмечалось в классической работе профессора Ю.К. Осипова, «[д]ифференцированное правовое регулирование общественных отношений обуславливает и многообразие возникающих на этой основе юридических

¹ См.: Комаров А.С. Основополагающие принципы третейского суда // Вестник ВАС РФ. 2001. № 4. С. 91—92.

² Там же. С. 91.

дел, которое заставляет использовать различные формы их разрешения»¹. Таким образом, множественность форм разрешения юридических дел объективно необходима².

Наиболее существенные различия в содержании требований субъективной и объективной беспристрастности, предъявляемых к государственным и третейским судьям, заключаются в следующем. Во-первых, следует исходить из системности понимания содержания и действия принципов. По справедливому и обоснованному мнению авторитетных представителей доктрины цивилистического процесса, принципы процессуального права являются сбалансированной системой, и выделение одного из них не должно умалять роль других, поскольку только в системе возможно понимание каждого из принципов³, в том числе определяющих третейское разбирательство и статус третейских судей. Как справедливо писала Н.А. Чечина, «каждый принцип самостоятелен, но не автономен, т.е. он может быть включен в систему только при условии внутренней связи с остальными принципами»⁴. Поэтому принцип беспристрастности должен соотноситься в рамках системы принципов третейского разбирательства с автономией воли сторон, конфиденциальностью и другими основными началами деятельности третейских судей. Поэтому в третейских судах нет публичности и гласности, поскольку эти принципы присущи государственному судопроизводству.

Во-вторых, беспристрастность третейских судей характеризует более широкие диспозитивные полномочия сторон, позволяющие им самим как договориться о порядке формирования состава третейского суда, так и сформировать его состав на основе указанной договоренности (ст. 10 Федерального закона о третейских судах). Право на участие сторон спора в формировании состава третейского суда является одним из основополагающих, поскольку определяется в целом договорной природой третейского суда и третейского разбирательства.

¹ См.: *Осипов Ю.К.* Подведомственность юридических дел. — Свердловск, 1973. С. 107.

² См.: *Чечот Д.М.* Субъективное право и формы его защиты. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. С. 54.

³ См., например, о системном понимании принципов: *Чечина Н.А.* Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1987. С. 83—86; *Сахнова Т.В.* Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. — М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 86—88; *Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова.* 5-е изд. — М.: Статут, 2013. С. 61, 62 (автор главы — В.В. Молчанов); *Гражданский процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова.* 9-е изд. — М.: Инфотропик Медиа, 2014. С. 27, 28 (автор главы — И.В. Решетникова); *Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова.* 6-е изд. — С. 39—42 (автор главы — В.В. Ярков).

⁴ См.: *Чечина Н.А.* Указ. соч. С. 83.

В то же время, как известно, состав государственного суда формируется в порядке, исключаящем влияние на его формирование лиц, заинтересованных в исходе судебного разбирательства, в том числе с использованием автоматизированной информационной системы (ч. 1 ст. 18 АПК РФ, ч. 3 ст. 14 ГПК РФ). Вместе с тем стороны в арбитражном процессе при рассмотрении дел с участием арбитражных заседателей имели право в соответствии с первоначальной редакцией ст. 19 АПК РФ (до ее изменения Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ) выбирать кандидатуру арбитражного заседателя для рассмотрения дела из списка арбитражных заседателей и представлять ее арбитражному суду.

В-третьих, третейские судьи работают не на профессиональной основе, занимаются другими видами деятельности, как правило, юридического характера, в связи с чем у них неизбежно возникают более тесные профессиональные связи с другими представителями юридического сообщества¹.

В-четвертых, третейский судья необязательно должен быть гражданином Российской Федерации²; кроме того, необходимо получить согласие от избранного физического лица на осуществление полномочий третейского судьи. Между тем судья государственного суда должен иметь гражданство Российской Федерации, и осуществление им полномочий по рассмотрению дел не может быть поставлено в зависимость от его желания.

В-пятых, имеются некоторые различия оснований и порядка устранения беспристрастности государственных и третейских судей, о чем речь пойдет далее.

5. Возможно ли предъявлять требование беспристрастности постоянно действующему суду в целом или оно может предъявляться только конкретным судьям такого суда?

Е.А. Виноградова в свое время справедливо обратила внимание на то, что при понимании правовой природы третейского суда необходимо избегать отождествления постоянно действующего третейского суда с какой-либо организационно-правовой формой³. Сам по себе третейский суд в конкретном деле — это одно или несколько физических лиц, которые избраны сторонами для разрешения спора. Поэтому создание, например, общества с ограниченной ответственностью с названием «Третейский суд» или

¹ См.: *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 73.

² См.: Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. — М.: Статут, 2003. С. 41 (автор комментария — А.А. Костин).

³ См.: *Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова.* 1-е изд. — М.: Юристь, 1998. С. 416, 417.

«Международный коммерческий арбитраж» вовсе не означает, что именно данное ООО выполняет их функции.

Конкретные дела рассматривают третейские судьи, а не третейские суды, поэтому недопустимо связывать объективную беспристрастность с организацией третейского суда, поскольку разбирательство осуществляют третейские судьи. Следует понимать, что, когда мы говорим о беспристрастности третейского суда, мы всегда говорим о беспристрастности именно конкретного состава судей третейского суда, об их свободе от каких-либо влияний со стороны участников рассматриваемого спора. Речи и не может быть о беспристрастности организации, обеспечивающей деятельность третейского суда, поскольку состав третейского суда и организация, обеспечивающие его деятельность, — это разные правовые понятия, существующие каждое в своей плоскости. Роль такой организации, как правило, сводится к утверждению документов о третейском суде, материально-техническому обеспечению его деятельности, принятию и распределению третейского сбора, предоставлению помещения для разбирательства, однако сама по себе она третейским судом не является.

Поэтому осуществление предусмотренных законом и внутренними документами третейского суда полномочий по организационному, материальному и иному обеспечению третейского разбирательства со стороны организации, создавшей третейский суд, ни в коей мере не нарушает гарантии объективной беспристрастности, которые относятся исключительно и обращены только к составу третейского суда, сформированному для рассмотрения конкретного спора. О.Ю. Скворцов в этом плане точно подметил, что в таком случае «и государственный суд не может быть объективным при рассмотрении споров с участием публичных властей, поскольку создается, финансируется и обеспечивается государством и прежде всего исполнительной властью. Аффилированность государственного суда с государством является фактом. Но эта связь не может рассматриваться как столь существенная, что сама по себе мешает отправлению правосудия»¹.

Следующий важный вопрос: *в каких случаях имеет место нарушение гарантий объективной беспристрастности судей, в том числе третейских судей? Являются ли данные случаи нормативно установленными и является ли их перечень исчерпывающим?* При ответе на данный вопрос важно подчеркнуть следующее. Во-первых, как уже указывалось, различаются объективная и субъективная беспристрастность судей государственных судов и третейских судей, позволяющая в зависимости от характера установленного юридического факта решить вопрос о наличии беспристрастности. Например, случаи объ-

¹ См.: Скворцов О.Ю. Доктрина объективной беспристрастности и ее влияние на практику третейского разбирательства. С. 119; *Он же*. Бизнес и частные юрисдикции // Закон. 2012. № 11 (СПС «КонсультантПлюс»).

ективной и субъективной беспристрастности судей определены в ст. 21, 22 АПК РФ и 16, 17 ГПК РФ, а также ст. 9 Кодекса судейской этики.

Во-вторых, все случаи объективной и субъективной беспристрастности относятся к третейским судьям как физическим лицам, а не к организациям, создавшим или образовавшим соответствующий постоянно действующий третейский суд.

В-третьих, наиболее важно выделить случаи и ситуации объективной беспристрастности, поскольку именно они являются безусловными основаниями дисквалификации третейского судьи и исключают любую возможность его участия в третейском разбирательстве в составе третейского суда. На это обратил внимание КС РФ в п. 4 мотивировочной части Постановления № 6-П применительно к беспристрастности арбитражных заседателей государственных арбитражных судов:

«...арбитражный суд, разрешая вопрос о том, имеются ли в конкретном деле легитимные основания, позволяющие сомневаться в беспристрастности арбитражного заседателя, и принимая во внимание мнение лиц, заявивших отвод, исходит из того, что не само по себе мнение играет решающую роль, — решающим является то, могут ли возникшие опасения считаться объективно обоснованными».

На объективную сторону беспристрастности также был сделан акцент при разработке Руководства МАЮ по конфликту интересов в международном арбитраже (путем выделения безусловного Красного перечня)¹, Правил о беспристрастности и независимости третейских судей ТПП РФ².

В частности, Руководство МАЮ по конфликту интересов в международном арбитраже содержит безусловный Красный перечень, условный Красный перечень, Оранжевый и Зеленый перечни. Безусловный Красный перечень содержит случаи, которые свидетельствуют о наличии фактов, вызывающих безусловные сомнения в беспристрастности и объективном конфликте интересов³. Условный Красный перечень охватывает ситуации, которые являются серьезными, но не чрезмерно тяжелыми, а Оранжевый

¹ См.: Руководство Международной ассоциации юристов по конфликту интересов в международном арбитраже // Третейский суд. 2008. № 2. С. 39. См. новую редакцию: www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

² Об этом пишет А.В. Асосков, входивший в состав Рабочей группы по разработке Правил (см.: *Асосков А.В.* Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1(3). С. 153).

³ Третейский суд. 2008. № 2. С. 44.

перечень включает неисчерпаемый перечень конкретных ситуаций, которые могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра¹. Поэтому ситуации, включенные в Красный и Оранжевый перечни, безусловно, требуют раскрытия информации арбитром.

Примерно таким же образом построены российские Правила о беспристрастности и независимости третейских судей. В ст. 5 указаны «Обстоятельства, безусловно препятствующие осуществлению полномочий третейского судьи» (безусловный красный перечень), в ст. 6 — «Обстоятельства, требующие раскрытия» (оранжевый перечень), а в ст. 8 — «Обстоятельства, не требующие раскрытия» (зеленый перечень)².

Таким образом, главным становится определить перечень случаев, вызывающих сомнения в объективной беспристрастности третейских судей, поскольку третейские судьи и арбитры, как и судьи государственных судов, обязаны быть независимыми и беспристрастными и должны доводить до сведения сторон, третейского суда и других арбитров любые обстоятельства, способные повлиять на соблюдение данных принципов или создающие обоснованные объективные сомнения в их гарантированности. Основания и правила заявления отвода определены в ст. 8, 11, 12 Федерального закона о третейских судах и ст. 12, 13 Закона о МКА. Указанные действия осуществляются уже на стадии формирования состава арбитража. Значение же данной стадии заключается в том, что «именно надлежащим образом сформированный состав третейского суда наделяется компетенцией рассматривать спор и принимать окончательное решение о его разрешении»³. На данное обстоятельство обращали внимание многие другие специалисты, в частности О.Ю. Скворцов⁴.

В связи с оценочным характером объективной беспристрастности ориентиром здесь для нас могут быть как положения рекомендательного характера, содержащиеся в Правилах о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденных ТПП РФ, и Руководстве МАЮ по конфликту интересов в международном арбитраже, так и нормы российского законодательства о третейских судах.

¹ Третейский суд. 2008. № 2. С. 44, 45.

² См. подробный комментарий: *Асосков А.В.* Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации. С. 142—171.

³ Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. 6-е изд. — С. 719 (автор главы — Е.А. Виноградова).

⁴ *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. — М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 249.

6. КС РФ и изменение подходов судебной практики

В последней судебной практике были высказаны принципиальные положения о понимании беспристрастности, которые отражают подход, направленный на разграничение объективной и субъективной беспристрастности, и делают акцент на предъявлении к арбитрам требований субъективной беспристрастности. В частности, в постановлении КС РФ от 18 ноября 2014 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пункта 2 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О некоммерческих организациях» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Сбербанк России» было отмечено следующее: необходимо установление «нарушения принципа беспристрастности при рассмотрении конкретного спора именно составом третейского суда, но... [это] не исключает учет в этих целях его организационно-правовых связей со сторонами спора».

Такая же позиция была высказана в определении КС РФ от 9 декабря 2014 г. № 2750-О «По жалобе закрытого акционерного общества «Ямалгазинвест» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 8, статьей 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» и пунктом 2 части 3 статьи 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»:

«...Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 18 ноября 2014 года № 30-П отметил важность достижения в каждом конкретном случае должного баланса интересов всех лиц, участвующих в соответствующих правоотношениях, и принятия решения, наиболее отвечающего требованиям справедливости, т.е. исходя из предусмотренных действующим правовым регулированием пределов усмотрения компетентного суда по установлению обстоятельств, являющихся основанием для отмены (отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение) решения третейского суда, что предполагает необходимость установления нарушения принципа беспристрастности при рассмотрении конкретного спора именно составом третейского суда, но при этом не исключает учет в этих целях его организационно-правовых связей со сторонами спора. В данном Постановлении Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что положения, служащие основанием для решения вопроса о возможности выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда — применительно к случаям, когда сторона, в пользу которой принято решение третейского суда, является одним из учредителей автономной некоммерческой организации, при которой создан данный третейский суд, — не противоречат Конституции Российской Федерации.

Следовательно, сами по себе положения пункта 1 статьи 8 и статьи 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», а также пункта 2 части 3 статьи 233 АПК Российской Федерации, конституционность которых подвергает сомнению заявитель, в силу приведенных правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации не позволяют рассматривать решение третейского суда как нарушающее гарантии объективной беспристрастности третейского суда без установления компетентным судом нарушения принципа беспристрастности при рассмотрении конкретного спора именно составом третейского суда, что не исключает учет в этих целях его организационно-правовых связей со сторонами спора».

Толкование КС РФ повлияло на судебную практику по конкретным делам. В частности, Определением ВС РФ от 30 декабря 2014 г. № 304-ЭС14-495 по делу № А67-1587/2014 было принято решение об отмене Определения судьи ВС РФ от 14 августа 2014 г. № 304-ЭС14-495 и передаче кассационной жалобы общества с ограниченной ответственностью «Геотрест» вместе с делом № А67-1587/2014 Арбитражного суда Томской области для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ. Схожая позиция была высказана в Определении ВС РФ от 24 февраля 2015 г. по делу № 304-ЭС14-5357, А81-2005/2014.

7. Афффилированность = объективная беспристрастность, или «новое вино в старые меха»?

В последней судебной практике можно найти довольно странные положения, которые, по сути дела, дезавуируют правовую позицию КС РФ, отраженную в уже упомянутых Постановлении от 18 ноября 2014 г. № 30-П и Определении от 9 декабря 2014 г. № 2750-О. В частности, Определение Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 19 марта 2015 г. № 310-ЭС14-4786, с одной стороны, содержит ряд интересных положений, например о возможности применения доктрины эстоппель и квалификации действий недобросовестной стороны, оспаривающей решение третейского суда, как злоупотребления процессуальным правом.

С другой стороны, вместо категории объективной беспристрастности, активно использовавшейся ВАС РФ, в данном Определении ВС РФ вводится понятие афффилированности третейского суда, которая, мало того, предполагается в любом случае, если одна из сторон связана с учредителем третейского суда. В частности, в Определении отмечается:

«Правовая природа третейского разбирательства в экономических отношениях основана на сложившемся исторически понимании третейского суда как

органа разрешения споров при объединениях предпринимателей между участниками такого объединения... В таком случае третейский суд будет всегда аффилированным с обеими спорящими сторонами».

Понятие аффилированности третейского суда распространяется в данном Определении и на те случаи, когда в третейский суд обращается сторона, не являющаяся участником такого объединения. При этом, по сути дела, в этом Определении вводится презумпция аффилированности любого третейского суда в отношении одной или обеих сторон, если постоянно действующий третейский суд был образован с участием хотя бы одной из сторон спора¹.

Такой вывод представляется спорным по целому ряду причин. Во-первых, аффилированность в соответствии с гражданским, акционерным, антимонопольным и иным законодательством имеет строгое юридическое содержание и распространяется на деятельность субъектов предпринимательской деятельности, способных оказывать влияние экономического характера на других субъектов гражданского оборота.

Между тем деятельность постоянно действующего третейского суда не является предпринимательской, а споры разрешаются конкретным составом арбитров, избираемых (назначаемых) сторонами в согласованном между ними порядке, которые также в данном случае, выполняя функции третейских судей, не являются предпринимателями. Какое-либо экономическое влияние со стороны организации, выполняющей функции обеспечения деятельности постоянно действующего третейского суда, на третейских судей, избранных сторонами, невозможно хотя бы в силу того, что их деятельность финансируется самими сторонами спора.

Во-вторых, введение презумпции аффилированности постоянно действующих третейских судов, по сути дела, возрождает отвергнутый КС РФ тезис об их якобы прирожденной объективной пристрастности. Мы снова наливаем с использованием других слов «новое вино в старые меха».

В данном случае этот довод выглядел совсем странным, поскольку сама цель любой торгово-промышленной палаты заключается в объединении на определенной территории всех значимых субъектов предпринимательской деятельности, и в силу одного этого факта в рамках подобной логики такой третейский суд объявляется заранее аффилированным со всем более-менее значимым бизнесом данного региона (в Определении речь идет о Смоленской области), если та либо иная коммерческая организация уплачивает членские взносы в ТПП, возможно, весьма символические по размеру. Тем самым, факт членства в регио-

¹ В данном Определении Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ понятие аффилированности и аффилированного третейского суда используется 15 раз.

нальной ТПП и уплата в нее взносов создают при таком подходе якобы презумпцию аффилированности с созданным ТПП третейским судом.

В-третьих, в определении отвергается подход КС РФ, который не использует понятие аффилированности, а «предполагает необходимость установления нарушения принципа беспристрастности при рассмотрении конкретного спора именно составом третейского суда, но при этом не исключает учет в этих целях его организационно-правовых связей со сторонами спора». Между тем понятия организационно-правовой связи и презумпции аффилированности нетождественны, поскольку различны по сфере действия, способам установления и распределения бремени доказывания, другим критериям.

В-четвертых, Определение ВС РФ снова смешивает понятия постоянно действующего третейского суда и конкретного состава третейского суда (физических лиц — арбитров), созданного сторонами спора для его разрешения. Презумпция аффилированности распространяется как на постоянно действующий третейский суд в силу его создания с участием одной из сторон спора, так и на физических лиц, избранных сторонами в качестве третейских судей. Между тем такое смешение недопустимо по причинам, о которых уже писалось выше.

Поэтому более правильным было бы основываться в судебной практике арбитражных судов и ВС РФ на актах КС РФ, а не вводить под видом новых понятий старые, тем самым фактически пересматривая позицию, сформированную в рамках конституционного судопроизводства.

8. Заключение

Таким образом, важно подчеркнуть, что как объективная, так и субъективная беспристрастность физических лиц — третейских судей не существуют сами по себе, а относятся исключительно и обсуждаются всегда только в контексте конкретного третейского разбирательства и в отношении установления взаимосвязей и исключения сомнений в беспристрастности конкретных физических лиц в конкретном составе третейского суда. Концепция объективной беспристрастности или заменяющая ее концепция презумпции аффилированности третейского суда вряд ли состоятельны и не могут быть положены в основу выводов о наличии фактических обстоятельств, свидетельствующих о пристрастности третейских судей.

Более правильным и точным является подход КС РФ, предлагающего исследовать наличие организационно-правовых связей третейского суда со сторонами спора при появлении сомнений в беспристрастности третейских судей по данным основаниям.

ТОТЕМЫ И ТАБУ В ТРЕТЕЙСКОЙ СФЕРЕ: ПОСТАНОВЛЕНИЕ КС РФ № 30-П ПО ПОВОДУ ОБЪЕКТИВНОЙ БЕСПРИСТРАСТНОСТИ И НЕЗАВИСИМОСТИ АРБИТРОВ

А.И. Муранов (www.muranov.ru),
к.ю.н., доцент МГИМО (У) МИД России,
управляющий партнер коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры» (www.rospravo.ru),
арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ

20 ноября стало известно о принятии КС РФ постановления от 18 ноября 2014 г. № 30-П, посвященного третейским судам, — «По делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пункта 2 части 3 статьи 239 АПК РФ и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О некоммерческих организациях» в связи с жалобой ОАО «Сбербанк России»» (далее — Постановление № 30-П)¹.

Его принятие было вызвано позицией Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ), выраженной в Постановлении последнего от 16 июля 2013 г. № 1567/13 по поводу вопросов независимости и беспристрастности третейских судей. Многие юристы расценили данное Постановление ВАС РФ как весьма неоднозначное и опасное для третейского разбирательства в России. Не согласилось с ним и ОАО «Сбербанк России», так как ВАС РФ отменил вынесенное в его пользу третейское решение, решив, что коль скоро это ОАО было одновременно участником некоммерческой организации, при которой действовал вынесший такое решение третейский суд, то требование независимости и беспристрастности третейских судей соблюдено не было. КС РФ поддержал ОАО «Сбербанк России», сказав фактиче-

¹ Я не могу не поблагодарить за плодотворную помощь в поиске информации для настоящей статьи А.И. Белегову, юриста коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры».

ски следующее: позиция ВАС РФ слишком радикальна, а в каждом отдельном случае надо разбираться отдельно!

Кто-то может усмотреть в таком постановлении желание «лягнуть мертвого льва», но это не так. КС РФ, скорее всего, принял бы это постановление и при «живом» ВАС РФ: темы независимости и беспристрастности третейских судей — как узкие, так и обширные — любопытны и для юристов, и для многих государственных судей, равно как и для более широких кругов: каждому в силу человеческой природы хочется слыть независимым и беспристрастным, одновременно подозревая других в уклонении от несения этого долга (более того, из-за этого вопросы независимости и беспристрастности могут казаться на первый взгляд несложными, что, конечно же, не так). Иными словами, темы это вечные.

Кроме того, они также в целом политически нейтральные и безопасные, однако впечатлить юристов и вызвать бурления мнений могут, даже если от этого мало что зависит. Наконец, они затрагивают интересы крупных бизнес-структур, с участием которых созданы те третейские суды, которые в последние годы вдруг стали именовать не иначе как «карманными». Иными словами, это те вопросы, мимо которых для КС РФ пройти совсем не к стати.

И очень хорошо, что он удостоил эти вопросы своим вниманием: как бы кому ни нравился тот или иной подход к ним, сам факт их обсуждения на уровне КС РФ — событие для третейской сферы примечательное, и эксперимент заслуживал того, чтобы его поставить.

Но почему тотемы и табу? Конечно же, это навеяно знаменитой работой З. Фрейда. Я далек от проведения хромающих параллелей между будущим права в России и одним из тех тезисов, который защищается в этой работе: право и мораль своим подлинным появлением и развитием обязаны имевшему место в истории факту ликвидации вожака группой лиц, положивших конец его власти, авторитету; он был образцом, которому завидовали и которого боялись; в акте уничтожения они осуществили свое отождествление с ним, каждый из них усвоил себе часть его силы; в воспоминании этого недолжного деяния, в раскаянии и сожалении в связи с ним взяло свое начало многое: запреты (табу), моральные ограничения, социальная организация, религия¹.

Скорее я почему-то подумал по изучении Постановления № 30-П и после взгляда на судебные этапы дела, в связи с которым появилось это Постанов-

¹ З. Фрейд писал о связанных кровным родством отце и детях в доисторическом обществе. Однако общеизвестно, что и сегодня (особенно в патерналистских обществах, включая Россию) обладание лицом большими знаниями, полномочиями, средствами по сравнению с другими лицами может вести к появлению между ними некровных отношений психологического подчинения вторых первому, придание ему, хотя бы и бессознательно, статуса «отца».

ление (а их было три: третейская стадия, этап в госарбитраже и завершающая фаза в КС РФ), что их можно соотнести с теми тремя ступенями развития человеческого мирозерцания и соотносящимися с ними стадиями либидинозного развития отдельного индивида, о которых так красочно говорит З. Фрейд в упомянутом труде. Однако соотнести их можно не абстрактно, а именно с некоторых позиций, выраженных в этом Постановлении. Равным образом с этих же позиций у меня возникло ощущение сравнимости этих трех судебных этапов с тремя слоями человеческой психики, описанными все тем же великим ученым.

Но все же в данный момент говорить об этом преждевременно: сначала надо проанализировать данное Постановление. Сейчас же достаточно сказать, что тотемами и табу я в настоящей статье образно именую те идеалы и запреты, которыми руководствуются КС РФ, а также само третейское сообщество в вопросах беспристрастности и независимости третейских судей: критический взгляд на содержание Постановления № 30-П¹ и на возникшую благодаря ему реакцию позволяют выявить такие идеалы и запреты хотя бы отчасти. Более же подробно по этому поводу см. в настоящей статье содержащий некоторые соображения последний ее раздел 13 «Тотемы и табу в вопросах беспристрастности и независимости третейских судей для КС РФ и третейского сообщества. Еще два сравнения с идеями З. Фрейда».

1. «Пятое» по счету постановление КС РФ по третейским вопросам и его общая характеристика от журнала «Третейский суд»

Безусловно, принятие КС РФ всего второго за всю его историю постановления², посвященного третейским судам (помимо Постановления № 10-П), — это важное событие для всего третейского сообщества в России, да и для судебной системы. 36 определений КС РФ, связанных, так или иначе, с третейским разбирательством, по сравнению с постановлениями — не в счет.

¹ Оно теснейшим образом связано с известным Постановлением КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П (дело о арбитрабельности споров по поводу недвижимости) (далее — Постановление № 10-П). На самом деле последнее также можно рассматривать под критическим углом, но это тема для отдельного исследования.

² Если не считать еще постановления от 9 июля 2012 г. № 17-П «По делу о проверке конституционности не вступившего в силу международного договора Российской Федерации — Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации», в котором термин «*Russian arbitral tribunals*» КС РФ истолковал как обозначающий государственные арбитражные суды в России.

Впрочем, почему второе, когда сам КС РФ сказал на стр. 7¹ Постановления № 30-П, что он уже обращался к анализу законоположений, определяющих правомочия третейского суда, не только в Постановлении № 10-П, но и в постановлениях от 4 апреля 2002 г. № 8-П и от 17 марта 2009 г. № 5-П?

Вот названия этих двух постановлений: от 4 апреля 2002 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с запросами Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия) и Совета Республики Государственного Совета — Хасэ Республики Адыгея» и от 17 марта 2009 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности положения, содержащегося в абзацах четвертом и пятом пункта 10 статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации, в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Варм»».

Любой желающий без труда может убедиться в том, что это акты действительно для третейских судов в РФ важные хотя бы той причине, что КС РФ в них к проблематике таких судов отнесся очень бережно, вообще ее не затронув.

А на стр. 8 Постановления № 30-П КС РФ упоминает еще один важный акт, посвященный третейским судам, — Постановление от 26 ноября 2011 г. № 10-П. Правда, до сегодня под номером 10-П было известно Постановление от 26 мая 2011 г., но, видимо, Постановление от 26 ноября 2011 г. с тем же номером просто еще не обнародовано и ждет своего часа.

Постановлению № 30-П журналом «Третейский суд» уже дана самая лучшая характеристика: оно *«становится новой вехой в развитии отечественной доктрины третейского разбирательства. Оно очень изящно раскрывает правовую природу третейского разбирательства и, что особенно важно, одновременно показывает принципиальные отличия от государственного судопроизводства»*.

Впечатляет вдумчивая характеристика базовых принципов третейского разбирательства, исключаяющая их искажение созданием конструкций (объективной беспристрастности третейского суда), не имеющих ничего общего с идеей третейского разбирательства как института саморегулирования гражданского общества» (<http://arbitrage.spb.ru>).

С этими оценками допустимо ли не согласиться?

¹ Здесь и далее указываются страницы по тексту в файле, размещенном на сайте КС РФ.

2. «Изыщество и вдумчивость» Постановления № 30-П

Таковым весьма способствовали следующие моменты в нем.

2.1. Метод «сору-paste», который привел не только к появлению «постановлений» от 4 апреля 2002 г. № 8-П и от 17 марта 2009 г. № 5-П как новых актов по третейским вопросам, но и к тому, что КС РФ на двух страницах (7 и 8) повторил свое прежнее Постановление № 10-П (от 26 мая 2011 г.!). Последнее же при этом не упомянуто.

Страницы 13 и 14 созданы аналогично при помощи того же Постановления № 10-П, однако в этот раз на него сделана ссылка.

21% самоповтора (4 страницы из 19) — это немного, т.е. действительно изыщно.

2.2. Указание на стр. 16 и 17 на то, что положения ст. 18 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон о третейских судах), п. 2 ч. 3 ст. 239 АПК РФ и п. 3 ст. 10 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» *«как единая нормативная конструкция рассчитана на различные ситуации, возникающие в связи с оспариванием решений третейских судов»*, с приведением примеров таких ситуаций из постановлений ФАС СЗО от 6 июня 2005 г. по делу № А56-50320/04), ФАС МО от 30 июля 2012 г. по делу № А40-78556/11-68-671) и ФАС ЗСО от 10 июня 2014 г. по делу № А45-19364/2013.

Между тем ссылка на ст. 18 имеется только в последнем (правда, в двух первых говорится о ст. 8 Федерального закона о третейских судах, которая с такой статьей 18 связана: в них обеих упоминаются независимость и беспристрастность).

Однако ни в одном из этих трех постановлений не упомянута ст. 239 АПК РФ «Основания отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда», что неудивительно: в первом речь шла об отмене третейского решения, а в двух других — о признании третейской оговорки недействительной.

Более того, ни в одном из этих дел некоммерческие организации не участвовали.

Думается, что задействование этих судебных актов для демонстрации той *«единой нормативной конструкции»*, которая в них не встречается, направлено на показ принципиальных отличий конституционного судопроизводства от лучших третейских образцов.

2.3. Оборот *«обеспечение его [третейского решения] принудительного исполнения... является задачей... органов принудительного исполнения»* (стр. 14). Впрочем, этот неудачный оборот «перекочевал» из Постановления № 10-П.

2.4. Ссылка на ч. 3 ст. 17 Конституции РФ («*Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц*») с указанием через строку на принцип «недопустимости... осуществления прав и свобод человека и гражданина с нарушением прав и свобод других лиц» (стр. 18).

2.5. Указание на различие между такими требованиями к третейскому судье, как его независимость и беспристрастность, с последующим определением второй через первую: «**Независимость третейского судьи от сторон рассматриваемого спора подразумевает, как правило, отсутствие трудовых (работник — работодатель, начальник — подчиненный), гражданско-правовых (должник — кредитор) и иных правоотношений (административных, финансовых, семейных и т.д.), а беспристрастность обеспечивается законодательным закреплением ряда специальных требований, которые предъявляются к третейским судьям: согласно пункту 1 статьи 8 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» третейским судьей может быть избрано (назначено) лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела и являющееся независимым от сторон**» (стр. 11)¹.

2.6. Неполное знакомство КС РФ с латинской юридической терминологией: «*Так, принцип законности в третейском разбирательстве означает, в частности, что нарушение решением третейского суда основополагающих принципов российского права или вынесение им решения по спору, который в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства, является основанием для отмены (отказа в исполнении) такого решения компетентным судом ex officio*».

КС РФ перепутал в третейском контексте «*ex officio*» с «*suo motu*».

«*Ex officio*» означает «по должности», «в силу должности», «ввиду своей официальной позиции».

Однако суд всегда действует по должности, в том числе и тогда, когда решает вопросы отмены (отказа в исполнении) третейского решения.

Вопрос в ином: действует ли он при решении таких вопросов по собственной инициативе или только по просьбе сторон: *suo motu*, *sua sponte* или же нет?

Данное различие в контексте «самостоятельной инициативы суда» настолько аксиоматично в третейском разбирательстве, что привнесение в него идеи «*ex officio*» приводит к несуразности: суд решает вопросы отмены (отказа в исполнении) третейского решения именно потому, что он является судом!

2.7. Смысловые и логические неточности. Например: «*В статье 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» перечислены основные принципы третейского разбирательства — законность, конфиденциальность и диспозитивность, состязательность и равноправие сторон, неза-*

¹ Здесь и далее выделено автором.

висимость и беспристрастность третейских судей. Эти принципы, согласно современной доктрине справедливого правосудия, относятся к числу фундаментальных, однако в третейском разбирательстве их проявление имеет свои особенности, которые обусловлены частной, негосударственной природой третейского суда» (стр. 9).

Получается, что основные принципы самого третейского разбирательства известны современной доктрине справедливого правосудия и являются фундаментальными. Однако именно в третейском разбирательстве проявление этих опять-таки третейских принципов имеет свои особенности!

Понятно, что КС РФ хотел сказать нечто иное, но вышло то, что получилось.

2.8. Мелкие ошибки в синтаксисе, например: *«Независимость третейского судьи, избранного... от организации-учредителя данного третейского суда обеспечивается запретом на вмешательство в его деятельность по рассмотрению спора... органов, должностных лиц и сотрудников этой организации, которая управомочена лишь на утверждение процедурных правил соответствующей деятельности и списка третейских судей... а также порядком выплаты им [а почему не «ему»? См. выше] гонораров и компенсации иных расходов...»* (стр. 10—11).

Или еще вот: *«Этой же цели подчинены предусмотренные Федеральным законом «О третейских судах в Российской Федерации» правила формирования состава третейского суда (статья 10) и порядок отвода третейских судей (статья 12), который [т.е. отвод] при наличии соответствующих оснований, свидетельствующих о несоблюдении ими [третейскими судьями] предусмотренных статьей 8 названного Федерального закона требований, каждая из сторон вправе заявить избранному ею третейскому судье... отвод»* (стр. 11—12). Не соблюдают судьи, а отвод судье?

3. Публичная функция третейских судов: «мина» от КС РФ для третейского либертарианства

КС РФ в Постановлении № 30-П (стр. 7) опять повторил тезис, впервые прозвучавший в Постановлении № 10-П: третейские суды действуют *«в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями»*.

Очень сложно понять, почему некоторые представители третейского сообщества, отстаивающие необходимость максимального дерегулирования в третейской сфере, рассматривающие любую попытку отхода от него как посягательство на священные права третейских судов и ссылающиеся в доказательство своей правоты на Постановление № 10-П, а теперь и на

Постановление № 30-П как «вехи»¹, не понимают, что в этих постановлениях как раз и заложена «мина» против подобного либертарианства. Разумно ли, особенно в современных российских условиях, переносить акцент на словосочетание «институт гражданского общества», забывая об указании «наделен публично значимыми функциями»?

Между тем это указание — прямое конституционное обоснование права Минюста России реализовывать идеи реформирования сегодняшнего российского регулирования третейской сферы, причем на основе баланса публичных и частных интересов, а не следуя той анархо-арбитражной идеологии, которую сейчас выражает такое регулирование в отношении вопросов создания третейских институтов, администрирования ими третейских разбирательств и ответственности таких институтов (речь здесь не о деятельности составов арбитража и не о процедуре третейского разрешения споров).

Это как в случае с адвокатурой: она также институт гражданского общества, наделенный публично значимыми функциями, ввиду чего в ней учет и контроль со стороны государства присутствуют серьезно, а все адвокаты необходимость такого положения вещей понимают. Причем степень вмешательства государства в деятельность адвокатуры все же достаточно минимальна, но если, например, этот минимум попытаться внедрить в третейскую сферу (сдача экзамена, внесение в реестр, дисциплинарные разбирательства, лишение статуса и т.д.), то упомянутые представители третейской общественности придут в ужас.

Их в него уже повергли даже те предложения Минюста России, которые вполне вписываются в идеологию классического либерализма. Однако с позиций минархизма или даже анархо-арбитраживания, которые сегодня преобладают в третейской среде, эти предложения — не что иное, как дрейф к тоталитаризму.

Мое убеждение: все же становится все более понятно, что КС РФ совершил определенную ошибку, столь радикально объявив в 2011 г. третейские суды институтами, наделенными публично значимыми функциями, если учитывать чрезмерно либеральное регулирование законом вопросов создания третейских институтов, администрирования ими третейских разбирательств и ответственности таких институтов. КС РФ в целях соблюдения баланса частных и публичных интересов следовало бы хотя бы намекнуть на то, что выполнение третейскими судами публично значимых функций неотделимо от несения ими ответственности перед обществом и следования с их стороны определенным правилам, отвечающим публичным интересам.

¹ И они действительно либеральны, хотя и только применительно к юридико-техническим аспектам в третейской сфере: арбитрабельность некоторых споров в отношении недвижимости, вопросы независимости и беспристрастности арбитров.

Ведь что произошло после принятия Постановления № 10-П? Большинство третейских институтов прониклось идеями ответственности, самоответственности, самоконтроля, самосовершенствования? Нет, размахивая флагом с надписью «институт гражданского общества», они стали совершать еще больше злоупотреблений. Иначе почему активизировался «Высший третейский арбитражный суд», саморекламируется «Арбитражный третейский суд г. Москвы»?

Мне представляется, что раздражение у ВАС РФ вызывали именно заведения подобного типа, а не третейские идеи и серьезные арбитражные центры: мнящие много о себе и не действующие профессионально образования, смеющие именовать себя институтами гражданского общества, да еще и претендовать на разрешение в том числе тех дел, которые так или иначе с публичной сферой связаны. Либертарианское же регулирование канализовало подобное раздражение и на иные третейские институты: как говорится в одной шутке, «какие-то восемьдесят процентов портят репутацию целых оставшихся двадцати».

4. Парадокс от КС РФ: стремление судить закон, суть и практику применения которого он до конца не понял. Ошибки технического свойства в Постановлении № 30-П

В свете относительно недавних высказываний судьи КС РФ Н.С. Бондаря¹, важных для понимания обществом роли КС РФ (а Н.С. Бондарь проголосовал за Постановление № 30-П ранее, чем таким образом высказался), третейская общественность (и не только она) вправе ожидать, что акты КС РФ будут гораздо совершеннее закона, над которым такими актами чинится суд.

Само собой, не в плане ликвидации заложенных в законах РФ идей либерализма в отношении третейских судов (не для КС РФ это дело — скорее для ФС РФ), но все же хотя бы юридико-технически.

Но лучшие ожидания, к сожалению, не оправдались. КС РФ в Постановлении № 30-П очень наглядно продемонстрировал, что с третейской сферой он знаком зачастую понаслышке.

¹ «...В понимании Бондаря роль КС очень велика. По его словам, он «является хранителем и генератором конституционных ценностей» — последние можно вывести не только из текста самой Конституции, но и из решений КС. «Это объясняется тем, что КС в моем представлении больше чем суд... Во-первых, Конституционный суд, по словам судьи, как судебно-юрисдикционный орган судит не человека, а закон, это «суд над властью». Во-вторых, КС — это квазиправотворческий орган, который может выражать идеи в своих решениях, в том числе формируя конституционные ценности. И тут возникает конституционный парадокс. «Решение КС — не законодательный акт, но по юридической силе оно сильнее, чем закон», — констатировал Бондарь» (<http://pravo.ru/story/view/112841/>).

Иначе откуда та небрежность в юридическом языке акта, судящего закон и позицию ВАС РФ, которая демонстрируется ниже? Безусловно, кому-то приводимые примеры покажутся мелковатыми, но это лишь доказывает то, что в Постановлении № 30-П КС РФ сам не стремился не мельчать.

4.1. «*Независимость третейского судьи, избранного (назначенного) в состав постоянно действующего третейского суда, от организации — учредителя данного третейского суда обеспечивается запретом на вмешательство в его деятельность по рассмотрению спора и в принятие решения по делу...*» (стр. 10).

Данная формулировка наглядно показывает, что КС РФ спутал состав арбитража по делу с постоянно действующим третейским судом как институтом.

4.2. «*Этой же цели подчинены предусмотренные Федеральным законом «О третейских судах в Российской Федерации» правила формирования состава третейского суда (статья 10) и порядок отвода третейских судей (статья 12), который при наличии соответствующих оснований, свидетельствующих о несоблюдении ими предусмотренных статьей 8 названного Федерального закона требований, каждая из сторон вправе заявить избранному ею третейскому судье...*» (стр. 11—12).

Вообще-то сторона обычно заявляет отвод иному, а не избранному ею третейскому судье. Но это мелочь: *Aquila non capiat muscas*.

4.3. Но вот и следующая муха, не замеченная КС РФ: «...*стороны (частные лица) доверяют защиту своих гражданских прав избранному им составу третейского суда*» (стр. 14).

Говорить об избрании такого состава именно сторонами спора — с юридико-технической зрения скорее *tauvais ton*. Но и эта неточность уже была в Постановлении № 10-П.

4.4. Количество «мух» возрастает: «...*основания, наличие которых подлежат установлению компетентным судом, а именно: спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом или решение третейского суда нарушает основополагающие принципы российского права*» (стр. 15).

На самом деле речь не о том, что подлежит установлению компетентным судом (суд всегда что-то устанавливает — все это знают, — вопрос в том, делает это компетентный суд *suo motu* или же нет? В отличие от иных оснований для отмены (отказа в приведение в исполнение третейских решений), где инициатива суда невозможна.

4.5. «*[О]бращение в третейский суд — международный коммерческий арбитраж или внутренний третейский суд (постоянно действующий третейский суд или третейский суд, образованный сторонами для решения конкретных споров (ad hoc)*» (стр. 6—7).

Такое упоминание о международном коммерческом арбитраже с последующим подразделением внутреннего третейского суда на постоянно действующий и *ad hoc* (с отсутствием необходимой второй закрывающей скобки) позволяет, видимо, еще раз подчеркнуть существенные отличия международного коммерческого арбитража от внутреннего третейского суда. Это, несомненно, станет важным доводом в пользу сохранения их раздельного регулирования.

Ну а то, что подразделение международного коммерческого арбитража на постоянно действующий и *ad hoc* также всегда имело и имеет место (даже чаще, чем применительно к внутренним третейским судам), не так уж и важно, видимо. Впрочем, эту неточность КС РФ заимствовал из Постановления № 10-П.

4.6. *«На момент формирования состава третейского суда для разрешения соответствующего гражданско-правового спора предпосылки для оценки способности избираемых (назначаемых) третейских судей обеспечить его беспристрастное разрешение — с точки зрения таких субъективных категорий, как мировоззрение, моральные принципы, обусловленное причинами психологического или интеллектуального характера ситуативное отношение к одной из сторон спора и т.д., — отсутствуют»* (стр. 15).

Этот пассаж свидетельствует о том, что КС РФ не имеет полного представления о том, как на самом деле выбирается третейский судья в серьезных делах под эгидой серьезных арбитражных институтов.

На самом деле в таких делах стороны спора в вопросах номинирования тех или иных лиц как арбитров часто учитывают все: и их мировоззрение и моральные принципы, и обусловленное причинами психологического или интеллектуального характера их ситуативное отношение к одной из сторон спора, и т.д.

Но можно мнению КС РФ придать достоверность, если в начале приведенной выше фразы добавить: *«В мелких и никому неинтересных делах»* и далее по тексту. Впрочем, даже и так получится не очень корректно.

4.6.1. Кстати, один ли я усматриваю определенное противоречие между приведенным в предыдущем пункте мнением КС РФ и следующим его указанием на стр. 16: *«Соответственно, при оценке беспристрастности третейского судьи во внимание принимается... его личная позиция по конкретному делу...»?*

Так все же *«предпосылки для оценки способности избираемых (назначаемых) третейских судей»*, учитывая их личную позицию по конкретному делу, имеются или же не имеются *«на момент формирования состава третейского суда»?*

4.7. Финальным указанием на недостаточное понимание КС РФ того, как на самом деле функционирует третейский механизм, является следующий пассаж: *«Независимость третейского судьи... обеспечивается... поряд-*

ком выплаты... гонораров и компенсации иных расходов, связанных с участием в третейском разбирательстве: как следует из статьи 15 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», бремя этих расходов, состав которых определяется правилами конкретного постоянно действующего третейского суда, несут стороны спора, а размер вознаграждения (гонорар) зависит от заранее определенного размера уплачиваемого авансом третейского сбора, часть которого подлежит распределению между третейскими судьями вне зависимости от результатов рассмотрения дела (сама же организация-учредитель лишь получает соответствующие денежные средства, осуществляет их хранение и выплату)» (стр. 10—11).

Ключевые слова здесь «часть которого». Общеизвестно, что современные российские третейские институты забирают себе очень большую долю третейского сбора.

Причин тому две:

1) так повелось еще с советских времен СССР во ВТАК и в МАК при ТПП СССР, когда арбитрам фактически выплачивали фиксированную «зарплату» за рассмотрение дел, независимо от уровня их сложности или же цены иска;

2) руководство многих третейских институтов искренне полагает, что платить много третейским судьям не нужно, что они даже это не заслуживают, учитывая, что многое из организационной работы за них делает секретариат, и что такие судьи и так должны быть благодарны за такой дополнительный заработок. И последние, учитывая, что среди них немало преподавателей и исследователей, действительно рады и таким суммам. Правда и то, что определенная часть третейских судей (некоторые даже с именем) действительно не всегда заслуживает большего гонорара из-за своего нежелания заниматься администрированием дел и перекладывания своих обязанностей на секретариат третейского института и на докладчиков.

И здесь возникает очень интересный феномен, который можно назвать «ловушкой образованного бедного»: зависимость образованного лица от источника низкого дохода, выделяющего его образованность, оказывается гораздо сильнее его зависимости от источника любого иного высокого дохода, такую его образованность не подчеркивающего. Под «бедным» тут я понимаю не то, что лицо в целом является малоимущим, а то, что его доход от определенного вида деятельности, особенно интеллектуально-емкого, оказывается весьма небольшим: это лицо может быть очень состоятельным, но в то же время может осознанно заниматься деятельностью, которая приносит ему минимальный доход.

Казалось бы, а зачем образованному человеку заниматься такой невыгодной деятельностью, не проще ли направить свою энергию в иные, более доходные сферы?

Ответ на этот вопрос дает понимание пирамиды потребностей по А. Маслоу¹: когда дефицитарные нужды (физиологические или же касающиеся безопасности) удовлетворены, то вступают в игру бытийные надобности: социальные, потребности в уважении, потребности самовыражения и т.д.

Деятельность в качестве третейского судьи, особенно в известном третейском институте, такие потребности вполне удовлетворяет.

Именно по этой причине образованные лица ради их удовлетворения и готовы действовать в качестве третейских судей за минимальный доход, ведь их дефицитарные нужды в современной России удовлетворены. Это и используют третейские институты.

В свете сказанного КС РФ применительно к российским реалиям не прав: независимость третейского судьи обеспечиваться порядком выплаты и размером гонорара не может в принципе, если речь идет о минимальном гонораре, как это и имеет место сегодня.

Другое дело, если речь идет о гонораре серьезном. В таком случае получаемые «излишне» (в сравнении с текущими пределами гонораров в РФ, конечно) средства третейский судья мог бы потратить на повышение стандарта удовлетворения различных дефицитарных нужд, а это автоматически привело бы к повышению стандарта удовлетворения бытийных потребностей, включая рост самооознания, ощущения самодостоинства и самонезависимости.

Другой вопрос, что внутри РФ слабое развитие третейской сферы, отсутствие серьезной конкуренции между третейскими институтами и осознанная политика последних, направленная на максимизацию именно что своих дохо-

¹ «Потребности Маслоу распределены по мере возрастания, объяснив такое построение тем, что человек не может испытывать потребности высокого уровня, пока нуждается в более примитивных вещах. В основании — физиология (утоление голода, жажда, сексуальная потребность и т. п.). Ступенью выше разместилась потребность в безопасности, над ней — потребность в привязанности и любви, а также в принадлежности какой-либо социальной группе. Следующая ступень — потребность в уважении и одобрении, над которой Маслоу поставил познавательные потребности (жажда знаний, желание воспринимать как можно больше информации). Далее следует потребность в эстетике (жажда гармонизировать жизнь, наполнить ее красотой, искусством). И наконец, последняя ступень пирамиды, наивысшая, — стремление к раскрытию внутреннего потенциала (она и есть самоактуализация). Важно заметить, что каждая из потребностей не обязательно должна быть утолена полностью — достаточно частичного насыщения для перехода на следующую ступень.

«Я совершенно убежден, что человек живет хлебом единым только в условиях, когда хлеба нет, — разяснял Маслоу. — Но что случается с человеческими стремлениями, когда хлеба вдоволь и желудок всегда полон? Появляются более высокие потребности, и именно они, а не физиологический голод, управляют нашим организмом. По мере удовлетворения одних потребностей возникают другие, все более и более высокие. Так постепенно, шаг за шагом человек приходит к потребности в саморазвитии — наивысшей из них» (https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D0%B8%D1%80%D0%B0%D0%BC%D0%B8%D0%B4%D0%B0_%D0%BF%D0%BE%D1%82%D1%80%D0%B5%D0%B1%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B5%D0%B9_%D0%BF%D0%BE_%D0%9C%D0%B0%D1%81%D0%BB%D0%BE%D1%83).

дов за счет арбитров, исключают возможность получения третейскими судьями больших гонораров: им предлагают довольствоваться тем, что предлагается, с чем последние согласны ради удовлетворения тех своих потребностей, которые образуют в пирамиде потребностей по А. Маслоу высшие слои.

Не удивительно, что все это заставляет третейских судей искать источники больших гонораров вне РФ, на Западе. Но добиться там этого получится само собой у единиц: слишком высока конкуренция.

Так что хотя в абстракции КС РФ прав (независимость третейского судьи может обеспечиваться порядком выплаты и размером гонорара), однако это верно только в том случае, когда этот гонорар достаточно высок, а не минимален, как сегодня в РФ.

В условиях же минималистичности гонорара и невозможности для третейских судей изменить эту ситуацию их зависимость от третейских институтов становится в свете их стремления удовлетворять бытийные потребности фиксированной и очень сильной. Просто они боятся потерять этот свой статус, «скатиться вниз» по пирамиде А. Маслоу.

КС РФ этого не понял. Впрочем, винить его в этом нельзя, коль скоро не все и в российской третейской сфере это четко осознают. Вернее, все понимают и интуитивно чувствуют, но вслух об этом не говорят?

5. Ошибки идеологического свойства в Постановлении № 30-П

5.1. «Что касается закрепленного в международных договорах, большинстве национальных законов и правилах третейского разбирательства принципа независимости и беспристрастности третейских судей, то вытекающие из него требования производны от требований к судьям государственных судов, аналогичны и подходы к основополагающим гарантиям их деятельности, направленным на обеспечение реализации гражданами и их объединениями (организациями) права на справедливое разбирательство дела независимым и беспристрастным судом. Исходя из этого Федеральный закон «О третейских судах в Российской Федерации» запрещает образование постоянно действующих третейских судов при федеральных органах государственной власти, органах государственной власти субъектов Российской Федерации и органах местного самоуправления (абзац второй пункта 2 статьи 3), а также избрание (назначение) третейским судьей физического лица, которое в соответствии с его должностным статусом, определенным федеральным законом, не может быть избрано (назначено) третейским судьей (пункт 7 статьи 8)» (стр. 9—10).

Этот пассаж также позволяет воочию убедиться в неполном понимании со стороны КС РФ природы третейского разбирательства.

На самом деле принципы независимости и беспристрастности третейских судей не имеют подобного конституирующего значения для этих двух законодательных запретов:

1) образовывать постоянно действующие третейские суды при федеральных органах государственной власти, органах государственной власти субъектов Российской Федерации и органах местного самоуправления;

2) избирать (назначать) третейским судьей физическое лицо, которое в соответствии с его должностным статусом, определенным федеральным законом, не может быть избрано (назначено) третейским судьей.

В самом деле, если использовать тот же самый методологический подход, который лежит в основе Постановления № 30-П (а именно: «В каждом отдельном случае надо разбираться отдельно!»), то очевидно, что возможны ситуации, когда, например, и образование постоянно действующих третейских судов при федеральных органах государственной власти, и (или) избрание (назначение) третейским судьей государственного чиновника все же могут привести к тому, что и третейское решение, и процедура его вынесения будут безупречными.

Вот госсуды же, например, разве не продвигают всячески (и иногда успешно) процедуры медиации в форме открытия в их помещениях «комнат примирения» и приглашения работать в них медиаторов? Чем же третейские суды принципиально хуже?

На самом же деле смысл таких запретов не в проблематике независимости и беспристрастности третейских судей, а в ином — в нежелательности излишней вовлеченности органов власти и чиновников в дела гражданского общества. И органы власти, и чиновники могут быть, само собой, независимы и беспристрастны, но проблема не в этом, а в том, что не надлежит им такими вопросами заниматься — у них своих вопросов должно хватать.

Отдавайте кесарю кесарево, а гражданскому обществу — третейское. В этом состоит смысл указанных запретов, а отнюдь не в том, на что указал КС РФ.

В этом плане особенно странно то, что сам же КС РФ и провозгласил третейские суды институтами гражданского общества и вместо того, чтобы основываться на этом, он без опоры на логику и методологию выводит указанные запреты из принципов независимости и беспристрастности третейских судей!

Продолжим раскрывать сакральные характеристики третейского разбирательства в свете конституционных ценностей¹.

¹ «Конституция беспроblemна не по своему тексту, не по букве, а по конституционным ценностям, по духу», — говорил он [Н.С. Бондарь, судья КС РФ]. В этом плане она представляет собой светскую Библию. По мнению Бондаря, простое прочтение Основного закона страны не раскрывает все сакральные характеристики конституционных ценностей» (<http://pravo.ru/story/view/112841/>).

5.2. После прочтения Постановления № 30-П складывается ощущение, что, по мнению КС РФ, вопросы независимости и беспристрастности третейских судей должно регулировать на уровне закона: в этом плане количество ссылок КС РФ на Федеральный закон о третейских судах в таком постановлении очень велико, на мой вкус, оно даже чрезмерно.

Однако не дело закона регламентировать данные вопросы детально — таков общепризнанный подход во всем мире.

5.3. «*[П]ередача спора, который возник или может возникнуть между сторонами какого-либо конкретного правоотношения, на рассмотрение третейского суда... не порождает иных юридических последствий, помимо предусмотренных законом именно для третейского решения...*» (стр. 14).

Как видно, сначала речь о передаче спора в третейский суд, а потом о третейском решении, как будто бы это идеологически одно и то же. А то, что и ГПК РФ, и АПК РФ предусматривают юридические последствия именно для передачи спора в третейский суд в форме оставления иска без рассмотрения, не учитывается, но ведь данный момент очень важен при понимании природы третейского разбирательства. Впрочем, эта ошибка также была сделана еще в Постановлении № 10-П.

6. Четкое противопоставление со стороны КС РФ третейских судов госсудам. Еще одна «мина» от КС РФ для третейского либертарианства

Внимание третейского сообщества не может не привлечь и то, что согласно Постановлению № 30-П третейские суды не занимаются судебной защитой прав.

КС РФ сказал об этом дважды: «*Стороны спора, заключая соглашение о его передаче на рассмотрение третейского суда и реализуя тем самым свое право на свободу договора, добровольно соглашаются подчиниться правилам, установленным для конкретного третейского суда. В таких случаях право на судебную защиту, которая — по смыслу статьи 46 Конституции Российской Федерации — должна быть полной, эффективной и своевременной, обеспечивается возможностью обращения в предусмотренных законом случаях в государственный суд, в частности путем подачи заявления об отмене решения третейского суда либо о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда*» (стр. 8);

«*передача спора, который возник или может возникнуть между сторонами какого-либо конкретного правоотношения, на рассмотрение третейского суда остается альтернативной формой защиты права и не превращает само по себе третейское разбирательство в собственно судебную форму защиты права,*

равно как и не порождает иных юридических последствий, помимо предусмотренных законом именно для третейского решения...» (стр. 14).

Безусловно, эти две идеи уже встречались в Постановлении № 10-П. Но там они хотя бы сопровождаются разъяснениями по поводу того, что под судебной формой защиты прав КС РФ понимает деятельность госсудов¹.

Впрочем, этот подход также не является идеальным в свете п. 1 ст. 11 «Судебная защита гражданских прав» ГК РФ («*Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее — суд)*»). Но хотя бы понятно то, что третейское разбирательство может считаться судебной формой защиты прав в свете гражданского регулирования, однако не является таковой с позиций конституционного права, где оно может претендовать только на статус альтернативной формы защиты прав, альтернативного и несудебного способа разрешения гражданско-правовых споров.

Не исключаю, что многие представители третейских кругов, впечатленные либерализмом постановлений № 10-П и № 30-П, с удивлением бы отнеслись к идее о том, что с позиций КС РФ называть деятельность третейских судов судебной защитой гражданских прав недопустимо.

Как так? То, что называют судом, не осуществляет судебную защиту прав? Да, именно так, и КС РФ это немного пояснил в п. 3 Постановления № 10-П: «*Основанная на положениях Конституции Российской Федерации возможность разрешения гражданско-правовых споров посредством третейского разбирательства закреплена в гражданском законодательстве и соответствующих процессуальных нормах, предметом регулирования которых обусловлено и использование применительно к третейскому разбирательству как альтернативной форме защиты гражданских прав термина «суд»*».

Как видно, использование такого понятия оказывается просто юридико-техническим приемом, условностью. Называют же гражданское право гражданским, хотя оно имеет отношение не только к гражданам, а с гражданством вообще не связано! Называют же уголовное право уголовным, тогда как сегодня в РФ оно и не имеет дела с усековением голов! Называют же

¹ Например, в Постановлении № 10-П словам о «непревращении» предшествовало указание на невозможность отождествления «*третейской формы защиты права с судебной защитой как таковой, осуществляемой государственными судами, а третейских судов как институтов гражданского общества — с судами Российской Федерации, которые в соответствии со статьями 10, 11 (часть 1) и 118 Конституции Российской Федерации и Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации» в рамках разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную осуществляют судебную власть и образуют судебную систему Российской Федерации*».

международное частное право именно так, даже если оно международным (и даже зачастую частным) не оказывается!

Что-то мне подсказывает, что намеренный отказ КС РФ считать деятельность третейских судов судебной защитой гражданских прав может иметь гораздо более далеко идущие последствия, чем это может показаться на первый взгляд. Это своего рода вторая «мина» от КС РФ для третейского либертарианства.

Все же не зря в последние годы в РФ наблюдается стремление как-то ограничить третейские суды в использовании их наименований, в которых, что понятно, упор делается на слово «суд». Недаром Минюст России в ходе реформирования третейской сферы предлагает следующее положение в закон: *«Запрещается создание в Российской Федерации постоянно действующих арбитражных учреждений, наименования которых включают словосочетания «арбитражный суд» и «третейский суд», если полное наименование учреждения сходно до степени смешения с наименованиями судов Российской Федерации или иным образом способно ввести участников гражданского оборота в заблуждение относительно правовой природы и полномочий постоянно действующего арбитражного учреждения».*

И дело тут не только в риске сходства до степени смешения. Имеет значение и иное: чтобы называться «судом», нужно это право заслужить, а не заниматься мимикрией и паразитировать на названиях госорганов, как это делает, например, «Высший третейский арбитражный суд» или «Арбитражный третейский суд г. Москвы». А много ли третейских судов заслужили такое право? Неизвестно. И даже если много, то как тогда понять, кто именно и почему одним можно называться судами, а другим — нет?

Так что не исключено, что упомянутые идеи в постановлениях № 10-П и № 30-П о четком противопоставлении третейских судов госсудам — предвестник того, что рано или поздно в РФ все третейские суды будет обязательно называть «комиссиями».

Такое в отечественной истории уже было. И почва для этого благодаря КС РФ уже подготовлена.

И кстати говоря, в свете сегодняшней политической конъюнктуры ничего удивительного в таком финальном решении не будет. Вот попробовал бы себя сегодня кто-то широко называть «третейским Президентом России» или «Третейским Советом Федерации», так ему быстро бы органы государственной власти дали понять, что такое хорошо и что такое плохо!

А вот называть себя «Высшим третейским арбитражным судом» или «Арбитражным третейским судом г. Москвы» не опасно. Причина проста: в РФ нетерпимы посягательства на президентскую, исполнительную и законодательную власть, а суды по общему правилу мало кому интересны.

Само по себе наличие и самореклама «Высшего третейского арбитражного суда» и «Арбитражного третейского суда г. Москвы» — свидетельство истинного, подлинно-приниженного значения судебной власти в РФ.

Не исключено, что иные ветви власти захотят это исправить, полагая, что запрет на слово «суд» для третейское разбирательства — еще полумера, а вот настоящей мерой было бы его переименование в «нетрадиционный способ разрешения споров».

И в заключение отметим, что хотя КС РФ и не считает деятельность третейских судов судебной защитой прав, в Постановлении № 30-П все же иногда прорывается его невольная забывчивость в отношении необходимости четко противопоставлять третейские суды госсудам:

1) *«обратиться в третейский суд — в контексте гарантий, закрепленных статьями 45 (часть 2) и 46 Конституции Российской Федерации»* (стр. 8). Между тем в ч. 2 ст. 45 говорится: *«Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом»*, а в ч. 1 ст. 46: *«Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод»*.

Значит, именно что обращение в третейский суд производится в контексте гарантий на судебную защиту?

2) *«публичные интересы обеспечиваются законодательными предписаниями, устанавливающими процедуры третейского разбирательства, что предполагает наличие гарантий справедливости и беспристрастности, присущих любому судебному разбирательству в силу требований статьи 46 Конституции Российской Федерации во взаимосвязи со статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод»* (стр. 8).

Так значит, третейское производство является все же судебным разбирательством?

3) *«Что касается закрепленного в международных договорах, большинстве национальных законов и правилах третейского разбирательства принципа независимости и беспристрастности третейских судей, то вытекающие из него требования производны от требований к судьям государственных судов, аналогичны и подходы к основополагающим гарантиям их деятельности, направленным на обеспечение реализации гражданами и их объединениями (организациями) права на справедливое разбирательство дела **независимым и беспристрастным судом**»* (стр. 9).

Так все же третейское разбирательство производится также и в конституционном смысле независимым и беспристрастным судом?

4) *«В статье 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» перечислены основные принципы третейского разбирательства — законность, конфиденциальность и диспозитивность, состязательность и равноправие сторон, независимость и беспристрастность третейских судей. Эти*

принципы, согласно современной доктрине справедливого правосудия, относятся к числу фундаментальных, однако в третейском разбирательстве их проявление имеет свои особенности, которые обусловлены частной, негосударственной природой третейского суда» (стр. 9).

Но если эти принципы третейского разбирательства являются фундаментальными через призму современной доктрины справедливого правосудия, а правосудие по Конституции РФ осуществляет только госсуд, то, может, все же четкое противопоставление третейских судов госсудам в контексте судебной защиты гражданских прав имеет несколько искусственный характер?

Ну и в заключение напомним, что в Определении от 29 мая 2012 г. № 993-О (т.е. уже после вынесения Постановления № 10-П) сам же КС РФ указал: *«Положение пункта 5 части 1 статьи 148 АПК Российской Федерации, предусматривающее обязанность арбитражного суда оставить исковое заявление без рассмотрения при наличии соглашения сторон о рассмотрении данного спора третейским судом, само по себе не может расцениваться как нарушающее конституционные права участвующих в гражданском судопроизводстве лиц, поскольку, по смыслу данного положения, возникшее между ними разногласие в этом случае может быть разрешено в судебном порядке — в третейском суде».*

7. Фиксация в Постановлении № 30-П подчиненности третейских судов госсудам

Вообще говоря, при большом третейском желании четкое противопоставление госсудов третейским судам можно считать, по сути, отделением зерен от плевел, а агнцев — от козлиц.

Третейские суды окажутся в таком свете не просто альтернативой, но альтернативой неполной и неполноценной. Тут речь пойдет не о желательной и идеальной ситуации с автономностью двух способов разрешения споров, с их независимостью друг от друга, но в то же время с одновременным их сложным взаимодействием на основе взаимоуважения, когда все понимают, что у одного способа — свои плюсы и минусы, а у другого — собственные достоинства и недостатки. Акцент будет делаться на ином, скорее, — на подконтрольности одного способа другому, и понятно, какому какому.

В пользу того, что именно так КС РФ и понимает взаимодействие госсудов и третейских судов, говорит как указание в Постановлении № 10-П на «формы государственного контроля за третейским разбирательством», так и следующая идея в Постановлении № 30-П: *«Что касается закрепленного в международных договорах, большинстве национальных законов и правилах третейского разбирательства принципа независимости и беспристрастности третейских судей, то вытекающие из него требования производны от требо-*

ваний к судьям государственных судов, аналогичны и подходы к основополагающим гарантиям их деятельности, направленным на обеспечение реализации гражданами и их объединениями (организациями) права на справедливое разбирательство дела независимым и беспристрастным судом» (стр. 9).

Производность требований к третейским судам от требований к госсудам можно, конечно же, трактовать как указание на более высокую эволюционную ступень третейского разбирательства по отношению к госсудам, но все же представляется, что тут имелось в виду иное — приземленная природа третейских судов в сравнении с высшей расой госсудов.

Это напоминает уже высказывавшуюся в госарбитраже точку зрения: *«Третейский суд — альтернативный судебному разбирательству способ разрешения конфликта в сфере предпринимательства в его досудебной стадии. ... И хотя арбитрами, выбираемыми самими предпринимателями (их общественными организациями), следует рассматривать [sic!] как досудебную стадию разрешения конфликта, такая предварительная стадия не может быть основанием для отказа в правосудии. Именно на разрешение этой дилеммы: желательность урегулирования предпринимательского конфликта частного характера на досудебной стадии (арбитражем — общественным органом сообщества предпринимателей) и обеспечение доступа к государственному правосудию каждому частному лицу — как гарантии справедливости направлены многочисленные международно-правовые нормы о разрешении проблем конкуренции государственных судов и арбитражей.*

<...>

Безусловно, перечислить все возможные способы разрешения проблем конкуренции досудебного и судебного способов рассмотрения предпринимательских споров вряд ли возможно. Действительность всегда окажется богаче всех тех ситуаций, на которые рассчитаны международно-правовые нормы. В том же случае, когда возникающая коллизия между досудебным и судебным порядками разрешения конфликта окажется совершенно новой, приоритет следует отдавать принципу «Отказ в правосудии запрещен». Арбитражная оговорка не может рассматриваться как преграда к правосудию»¹.

Чудес не бывает: если в РФ взаимодействие между государством и гражданским обществом далеко от отказа первого от патерналистской опеки над вторым, то как может быть иначе? Особенно в ситуации, когда и само гражданское общество, и третейские суды далеко не свободны от недостатков и часто не вправе всерьез претендовать на то, чтобы к ним всегда относились как к равным. Однако ведь в то же время верно и другое: разве российское

¹ *Нешатаева Т.Н.* Международный гражданский процесс: Учеб. пособие. — М.: Дело, 2001. С. 120, 128.

государство вправе требовать от гражданского общества и третейских судов того, чтобы они рассматривали его как надежного контрагента?

8. Позитивизм КС РФ в третейской сфере

Приведенное выше мнение КС РФ о «производности» требований к третейским судам — вряд ли случайность.

В Постановлении № 30-П он указал: *«Независимость третейского судьи от сторон рассматриваемого спора подразумевает, как правило, отсутствие трудовых (работник — работодатель, начальник — подчиненный), гражданско-правовых (должник — кредитор) и иных правоотношений (административных, финансовых, семейных и т.д.), а беспристрастность обеспечивается законодательным закреплением ряда специальных требований, которые предъявляются к третейским судьям: согласно пункту 1 статьи 8 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» третейским судьей может быть избрано (назначено) лицо, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела и являющееся независимым от сторон. Такой подход согласуется с правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации, в силу которой отсутствие предубеждения и пристрастности со стороны судьи является необходимым условием справедливого судебного разбирательства (Постановление от 25 марта 2008 года № 6-П)»* (стр. 12).

Взглянем теперь на такое Постановление № 6-П: *«Таким образом, по смыслу статьи 46 Конституции Российской Федерации во взаимосвязи со статьей 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, право на беспристрастный суд, предполагающее отсутствие предубеждения и пристрастности судей, является одним из неотъемлемых свойств права на судебную защиту и необходимым условием справедливого судебного разбирательства. Поэтому федеральный законодатель, обладающий достаточной свободой усмотрения в выборе средств, призванных гарантировать эффективность судебной власти и способность судебной системы реально обеспечить право каждого на справедливое судебное разбирательство посредством компетентного, независимого и беспристрастного суда, вместе с тем при осуществлении на основании статей 71 (пункт «о») и 76 Конституции Российской Федерации соответствующего правового регулирования должен исходить из того, что требование беспристрастности носит принципиальный характер и распространяется равным образом на всех судей — как осуществляющих судебную власть на профессиональной основе, так и входящих в состав суда в качестве заседателей»*.

Что мы видим: КС РФ применительно к госсудьям исходит не из требований закона, а из надпозитивистских соображений, закон ограничивающих; в то же время в отношении арбитров (третейских судей) он говорит совер-

шенно об ином: их беспристрастность обеспечивается законом, а не надзаконными соображениями! Это прекрасно соотносится с тезисом КС РФ о «производности» требований к третейским судам: требования к госсудьям вытекают из «вечного закона», тогда как требования к арбитрам, коль скоро они производны от первых требований, — из позитивистски преходящего закона.

После этого остается, видимо, только развести руками.

Третейские суды, как сказал сам КС РФ, институт гражданского общества. Выходит, что и требования к этому обществу вытекают не из «вечного закона», а из сиюминутных соображений сугубой нормативности.

А может быть, все наоборот?

Не будет ли более верным скорее говорить о том, что требования именно к арбитрам вытекают самым общим образом из «вечного закона» (включая ожидания сторон спора в отношении справедливости), тогда как требования к госсудьям гораздо более зависимы от позитивистски преходящего закона? История флуктуаций запросов к уровню госсудей в последние годы в России разве это не подтверждает?

Но что делать, КС РФ, получается, настроен в отношении третейских судов сугубо позитивистски. Даже если он и оговорился по поводу того, что беспристрастность третейских судей *«обеспечивается законодательным закреплением»*, то это оговорка по все тому же упоминавшемуся З. Фрейду: КС РФ, видимо, как госорган так искренне чувствует. И это, возможно, одно из проявлений того навязчивого невротического состояния, в котором наше государство пребывает по отношению к гражданскому обществу, сиречь к третейским судам. Но не следует полагать, что я тут с сожалением констатирую только лишь не самые лучшие чувства государства применительно к третейской сфере: на самом деле последняя также может рассматриваться как пребывающая в еще более навязчивом невротическом состоянии, как переполненная комплексами, и именно это-то и может оказывать воздействие на государство, которое также начинает нервно, но в целом справедливо реагировать посредством Минюста России.

Получается следующим образом: третейское сообщество в России субъективно полагает себя подчиненным «вечному закону», но объективно его требованиям в целом не отвечает. В ответ на это государство, включая КС РФ, настроено сугубо позитивистски, полагая необходимым «загнать это сообщество в стойло позитивного закона».

Я согласен с тем, что третейской идее самой по себе такое стремление не соответствует, но проблема в том, что эта идея во многом себя дискредитировала в глазах государства из-за того, что лучшие представители третейского сообщества не смогли противостоять проходимцам.

Поэтому, видимо, позитивизм в его предельном нормативизме — ближайшая судьба регулирования третейского регулирования в России. А на этом пути возможны самые неожиданные повороты, ведь это же позитивистски преходящий закон.

Вызывает сожаление лишь то, что КС РФ в силу своего особого статуса подобную приверженность к такой версии позитивизма мог бы проявить в Постановлении № 30-П в чуть более сдержанной форме, но этого не сделал. В то же время я уверен, что некоторые судьи КС РФ это не могут не понимать (см., например, крайне интересное мнение судьи КС РФ К.В. Арановского к Постановлению № 10-П).

Есть ли варианты преодолеть подобный позитивизм в его предельном нормативизме в судьбе третейского разбирательства в России? Конечно.

Первый из них, реалистичный, — понимание того, что время все лечит. Требуется время. А еще усилия самого третейского сообщества.

Второй, фантастичный, — закрепление в Конституции РФ правил, напоминающих положения французских конституций конца XIX в.¹: «*Акты законодательной власти не могут посягать на право граждан окончательно разрешить свой спор через третейское разбирательство*» (гл. V «Судебная власть» Конституции 1791 г.); «*[г]раждане не могут быть лишены права передавать свои споры на разрешение выбранных ими третейских судей*» (ст. 86 Конституции 1793 г.)²; «*[н]е может быть ущемлено право передать спор на разрешение арбитров, избранных сторонами*» (ст. 210 Конституции 1795 г.); «*[р]ешения таких арбитров не обжалуются и не пересматриваются в кассации в случае, если стороны определено не сохранили за собой это право*» (ст. 211 Конституции 1795 г.)³.

9. Подмена КС РФ проблемного тезиса?

После повторного прочтения Постановления № 30-П я все же прихожу к выводу о том, что КС РФ мог не понять ту проблему, которую разрешал ВАС РФ в своем Постановлении от 16 июля 2013 г. № 1567/13 (далее — Постановление № 1567/13), и подменил ее иным вопросом.

¹ Автор благодарен Л. Балеевских за возможность использовать такие французские положения.

² Текст Конституции на французском языке размещен в Интернете по адресу: www.lexinter.net/lois/constitution_du_24_juin_1793.htm.

³ Текст Конституции на официальном (французском) языке размещен в Интернете по адресу: www.lexinter.net/lois/constitution_du_22_aout_1795_an_iii.htm.

Впервые к ощущениям этого меня привело прочтение в Постановлении № 30-П важнейшего по смыслу п. 3.2¹: он с точки зрения формальной логики совсем не следует из того, что было сказано выше него. Предельно конкретный вывод следует из массы абстракций.

Но это ощущения — они могут быть обманчивы. Поэтому обратимся к логике.

Какую проблему решал ВАС РФ в Постановлении № 1567/13? Проблему соотношения субъективной и объективной беспристрастности третейских судей.

Это очень острый и непростой вопрос в третейском разбирательстве (всегда им был и останется).

Стремлением нащупать ответы на него обусловлено появление и IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, и Правил о беспристрастности и независимости третейских судей (утв. приказом ТПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39).

Аналогичной попыткой являлось и Постановление № 1567/13. В нем ВАС РФ объявил новый критерий объективной беспристрастности третейских судей: если они входят в состав арбитража в рамках постоянно действующего третейского суда, образованного при автономной некоммерческой организации, то они не могут считаться беспристрастными при рассмотрении гражданско-правового спора, одной из сторон которого является учредитель данной автономной некоммерческой организации.

Я не собираюсь доказывать здесь то, что ВАС РФ был прав или же не прав: материалы дела я не видел. Вопрос в ином: ВАС РФ установил четкий ориентир.

Нет сомнений, что ВАС РФ мог бы сформулировать свою позицию по такому ориентиру более защищенным образом с точки зрения конституционных атак: для этого ему было достаточно заявить, что он так решил ввиду особых обстоятельств спора, с учетом всех его моментов. Тогда КС РФ не мог бы принять Постановление № 30-П, ведь он сам провозгласил: «Никаких жестких критериев, вот пусть конкретный госсуд в каждом конкретном случае сам и разбирается, в зависимости от обстоятельств!».

Но ВАС РФ обоснование своего решения конкретикой спора не интересовало: ему был важен общий принцип, новый, упомянутый выше абстракт-

¹ «Таким образом, само по себе приведенное нормативное регулирование — с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных им в сохраняющих свою силу решениях, — не дает оснований для вывода о невозможности передачи на рассмотрение постоянно действующего третейского суда, образованного при автономной некоммерческой организации, гражданско-правового спора, одной из сторон которого является учредитель данной автономной некоммерческой организации».

ный ориентир (а возможно, конкретика спора сама по себе не позволяла ему на нее ссылаться). Это и превратило позицию ВАС РФ в конституционно-уязвимую.

ВАС РФ решил использовать по максимуму старую идею: «Жена Цезаря должна быть вне подозрений», но перевернув ее: по его мысли, дело не в том, что третейский суд как таковой нельзя заподозривать в небеспристрастности, а в том, что для того, чтобы его нельзя было заподозривать в небеспристрастности, он должен быть воистину третейским судом, он должен иметь право носить безупречный статус жены Цезаря. Любое сомнение в праве обладать таким статусом должно вести к выводу о необладании таким статусом.

Позиция ВАС РФ более откровенными словами была выражена следующим образом: *«А вот Наталья Павлова, экс-судья ВАС, а ныне судья экономической коллегии Верховного суда, придерживается иной позиции [по поводу Постановления № 30-П]. «Что такое объективная беспристрастность? — рассуждала Павлова. — Она и называется объективной, так как тут уже ничего никому доказывать не надо. Вот есть некоторый структурный элемент, который может породить сомнения в беспристрастности. А значит, не нужно ломать голову над этим. Значит, это уже игра по нечестным правилам. Значит, кто-то держит какой-то камень за пазухой, и не исключено, что он сыграет не в пользу этой стороны. Поэтому и порождена доктрина объективной беспристрастности!»¹*. Логику в этом, определенно, усматривать можно.

Бесспорно, ВАС РФ использовал для оценки беспристрастности третейских судей крайне высокий стандарт. Но я не думаю, что это было направлено против автономной некоммерческой организации «Центр Третейского Разбирательства» или же против ОАО «Сбербанк России». ВАС РФ скорее думал о других недобросовестных третейских судах и о том, как пресечь возможные злоупотребления в имеющихся условиях регулирования третейской сферы, подверженного либертариантской идеологии. Об это говорит и комментарий С.В. Сарбаша, одного из идеологов третейских позиций ВАС РФ, в Facebook по поводу Постановления № 30-П: *«Теперь можно начинать составлять коллекцию последствий, а они непременно последуют, ибо с нашей практикой доказывания умело завуалированную субъективную пристрастность доказать будет крайне затруднительно»*.

При этом речь не могла идти о том, что законодатель неосновательно бездействует и что ВАС РФ ненужным образом восполняет дефицит подобной деятельности: на самом деле вопросы беспристрастности и независимости третейских судей в силу самой их природы не могут подробно регулировать-

¹ http://pravo.ru/court_report/view/112376/

ся на уровне закона (иначе бы это давно начали делать). Именно поэтому ставить в упрек ВАС РФ то, что он взялся за вопрос, который должен входить в сферу компетенции законодателя, невозможно.

ВАС РФ начал поиск в отношении вставшего перед ним третейского вопроса в «вечном законе».

Повторю еще раз: я не собираюсь доказывать то, что ВАС РФ был прав или же не прав, устанавливая новый четкий ориентир. Вопрос в ином: обозрев особую ситуацию в российской третейской сфере, ВАС РФ пришел к выводу о необходимости установления этого ориентира.

Важно ли установление таковых в третейской сфере? С абстрактной точки зрения не уверен, но с конкретно-исторической, применительно к российским третейским реалиям, скорее да, чем нет: там количество злоупотреблений достаточно велико, так что введение критериев точно не помешает.

Еще вопрос: мог ли ВАС РФ говорить о том, что при этом он руководствуется конкретно-историческими соображениями в своих рейдах в «вечный закон»? Нет, это прерогатива КС РФ, нередко ссылающегося для обоснования своей позиции на *«тот или иной конкретно-исторический этап развития государства»*.

А что же сделал КС РФ в Постановлении № 30-П: он был заинтересован рассмотреть вопрос о необходимости наличия в российском праве того ориентира беспристрастности и независимости третейских судей, который предложил установить ВАС РФ, или же он занялся чем-то иным?

Мне кажется, что, к сожалению, КС РФ не понял ту проблему, которую разрешал ВАС РФ в Постановлении № 1567/13, и подменил ее иным вопросом.

КС РФ провозгласил: «Пусть вот конкретный госсуд в каждой конкретном случае сам и разбирается, а устанавливать какие-то критерии неправильно!» Тем самым проблема необходимости наличия в российском праве того или иного ориентира беспристрастности и независимости третейских судей была заменена или подменена проблемой пределов свободы усмотрения госсуда.

А возможно, КС РФ был движим иными, даже эгоистичными, соображениями?

В самом деле, если третейское разбирательство объективно в большей степени должно подчиняться «вечному закону», а не позитивным правилам, то кто должен выявлять аспекты применения такого «вечного закона» в условиях наличия КС РФ? Само собой, КС РФ. Разве можно допустить, с его точки зрения, решение таких вопросов и установление абстрактных критериев иными госсудами? Наверное, отрицательный ответ на этот вопрос неожиданным не станет.

При этом КС РФ о проблемах соотношения субъективной и объективной беспристрастности судей был хорошо осведомлен. В своем Постановлении от 25 марта 2008 г. № 6-П он указал: *«В ряде решений Европейского Суда по правам человека, в том числе в постановлениях от 26 февраля 1993 года «Падовани (Padovani) против Италии» (пункты 25 и 27), от 28 февраля 1993 года «Фэй (Feu) против Австрии» (пункты 28 и 30) и от 10 июня 1996 года «Пуллер (Pullar) против Соединенного Королевства» (пункт 30), на основе толкования статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод сформулированы общие критерии беспристрастного суда:*

во-первых, суд должен быть «субъективно беспристрастным», т.е. ни один из его членов не может открыто проявлять пристрастие и личное предубеждение; при этом личная беспристрастность предполагается, пока не будет доказано иное. Данный критерий отражает личные убеждения судьи по конкретному делу;

во-вторых, суд должен быть «объективно беспристрастным», т.е. необходимы достаточные гарантии, исключаящие какие-либо сомнения по этому поводу. Данный критерий, в соответствии с которым решается вопрос, позволяют ли определенные факты, поддающиеся проверке, независимо от поведения судьи усомниться в его беспристрастности, учитывает внешние признаки: при принятии соответствующего решения мнение заинтересованных лиц принимается во внимание, но не играет решающей роли, — решающим является то, могут ли их опасения считаться объективно обоснованными. Всякий судья, в отношении беспристрастности которого имеются легитимные основания для сомнения, должен выйти из состава суда, рассматривающего дело».

Может, сыграло еще роль и то, что КС РФ плохо знает третейский русский мир и не до конца понимает его реалии?

Возможно, он для поддержки подхода ВАС РФ все же не решился сослаться на *«тот или иной конкретно-исторический этап развития государства»*, даже и понимая, что надо решать именно проблему беспристрастности и независимости третейских судей в особой ситуации, в которой находится российская третейская сфера, а не ограничиваться трюизмом в форме указания на то, что разрешать вопрос о пределах свободы усмотрения суда в каждой конкретной ситуации надлежит самому суду?

Еще необычность рассматриваемой ситуации состоит в том, что КС РФ противопоставил поискам со стороны ВАС РФ в «вечном законе» сугубо позитивистский подход. А разве не надо было бы ожидать противоположного? КС РФ, который именно и должен был бы сравнивать позитивный закон с надзаконными принципами, решил от этой функции отказаться в ситуации, когда ВАС РФ, который должен был бы просто ограничиться позитивным законом, осмелился его с указанными принципами сопоставить.

Может, ВАС РФ в итоге за такие свои поиски, за стремление зайти в запредельные сферы, и поплатился?

Впрочем, КС РФ извечный вопрос о беспристрастности и независимости третейских судей так и не разрешил в плане того, кто же все таки финально компетентен дать на него ответ. Суд? Но какой именно суд?

В самом деле, субъективное мнение ВАС РФ он заменил своим субъективным мнением. Однако разве субъективное мнение КС РФ не может быть заменено, например, позицией ЕСПЧ? Или же какого-то международного инвестиционного арбитража?

И вот этот последний момент также интересен: позиция КС РФ, выросшая в итоге из позиции третейского суда в РФ, может быть в теории (в предельной абстракции, конечно же) опровергнута мнением иного третейского суда — международного инвестиционного арбитража.

10. Важная оговорка по поводу вопроса о подмене проблемного тезиса

Я не отрицаю того, что в ответ на прозвучавшую критику можно возразить: из Постановления № 30-П вовсе не следует, что КС РФ провозгласил лозунг: «Никаких жестких критериев, вот пусть конкретный госсуд в каждом конкретном случае сам и разбирается, в зависимости от обстоятельств!». Можно сказать, что КС РФ признал неправильным только определенный, конкретный подход ВАС РФ и что не следует приписывать ему столько далеко-идуших намерений.

Если это так, то многое из критики Постановления № 30-П действительно становится бесцельным.

Однако я все же утверждаю, что выделенные слова КС РФ (*«Федеральный законодатель... учитывал специфику третейского разбирательства..., ориентируя тем самым компетентные суды на принятие решения, наиболее отвечающего требованиям справедливости.*

Между тем практика применения положений... судами, сложившаяся с учетом позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, не позволяет в каждом конкретном случае достичь должного баланса интересов всех лиц, участвующих в соответствующих правоотношениях, и принять решение, наиболее отвечающее требованиям справедливости, т.е. исходя из предусмотренных действующим правовым регулированием пределов усмотрения компетентного суда по установлению обстоятельств, являющихся основанием для отмены (отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение) решения третейского суда, что предполагает необходимость установления нарушения принципа беспристрастности при рассмотрении кон-

кретного спора именно составом третейского суда, но при этом не исключает учет в этих целях его организационно-правовых связей со сторонами спора» (стр. 17)) являются настолько общими, что между ними можно подставить любые иные слова, описывающие любой иной конкретный случай в связи с независимостью и беспристрастностью третейских судей, и все равно они будут верными.

То же самое можно сказать и о п. 3.2 Постановления № 30-П: *«Таким образом, само по себе приведенное нормативное регулирование — с учетом правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных им в сохраняющих свою силу решениях, — не дает оснований для вывода о невозможности передачи на рассмотрение постоянно действующего третейского суда, образованного при автономной некоммерческой организации, гражданско-правового спора, одной из сторон которого является учредитель данной автономной некоммерческой организации».*

Я не собираюсь утверждать, что КС РФ против идеи установления вышестоящими инстанциями госсудов каких-либо ориентиров для нижестоящих судов по каким-то иным вопросам: КС РФ ранее в своих актах против этого не возражал.

Однако формулировки постановления КС РФ таковы, что они позволяют предположить, что КС РФ принципиально против четких ориентиров именно применительно к вопросам независимости и беспристрастности третейских судей. А я же принципиально утверждаю, что установление упомянутых ориентиров сегодня в России, учитывая состояние дел в третейской сфере и в госсудах, желательно и необходимо. Если не признавать желательность этого, то тогда не имеют никакого смысла и IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, и Правила о беспристрастности и независимости третейских судей. Строго говоря, вообще весь *soft law* в третейской сфере утрачивает смысл (за исключением одной ситуации, о которой ниже). Между тем неопределенность в третейской сфере так высока, что без принципиального признания желательности таких ориентиров, особенно в российских реалиях, развитие такой сферы невозможно.

Но даже если КС РФ и не отрицает такой желательности, то тогда следовало быть немного внимательнее в формулировках: как известно, согласно закону Мэрфи, «если что-то может быть понято неправильно, оно будет понято неправильно». Но понятно, что тогда это проблема не только КС РФ, но и автора.

Возможно, было бы достаточно, если бы КС РФ упомянул о допустимости установления вышестоящими судебными инстанциями четких ориентиров применительно к вопросам независимости и беспристрастности третейских судей.

11. Как, что, чему и где противоречит?

КС решил в Постановлении № 30-П (стр. 18), что позиция ВАС РФ, выраженная в Постановлении № 1567/13 не согласуется с принципами стабильности гражданского оборота, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, в том числе вытекающими из ст. 8 (ч. 1¹), 17 (ч. 3²) и 34 (ч. 1³) Конституции РФ.

Оговорюсь вновь: я не намерен доказывать, что выводы КС РФ в Постановлении № 30-П являются неправильными, тем более что я не видел те материалы, которые имел перед собой КС РФ.

Выше я лишь показал, что КС РФ подошел к вынесению такого постановления не вполне качественно.

Сейчас же можно отметить еще следующие важные моменты.

11.1. Принцип стабильности гражданского оборота не имеет никакого отношения к тому вопросу, который ОАО «Сбербанк России» поставил перед КС РФ. Напротив, именно что ВАС РФ и пытался утвердить такую стабильность в вопросе о независимости и беспристрастности третейских судей. Другой вопрос, насколько юридико-удачно это он смог сделать. Между тем именно подход КС РФ подобную стабильность подрывает в свете того, что на деле финально провозглашено КС РФ: «Пусть вот конкретный госсуд в каждом конкретном случае сам и разбирается!»

Где уже тут место принципу стабильности, если даже и высшая судебная инстанция не имеет права провозгласить тот или иной ориентир в вопросе о независимости и беспристрастности третейских судей? Теперь ей всегда скажут: «А вот пусть конкретный госсуд в каждой конкретной ситуации сам и разбирается!».

11.2. Принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела? Да, это неслабый аргумент, ведь разве ВАС РФ не вмешался в частные третейские дела?

Возможно. Проблема только в том, что ВАС РФ среагировал на заявление одной из сторон третейского разбирательства о том, что есть риск влияние на исход ее частного дела со стороны структуры, учредителем которой

¹ «В Российской Федерации гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности».

² «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц».

³ «Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности».

является процессуальный противник этой стороны, т.е. что имеется риск того, что можно предполагать опасность воздействия на исход такого дела со стороны этого противника, что вот именно тут и кроется настоящая опасность недолжного вмешательства в частные дела.

Не спорю, ВАС РФ мог перестраховаться и вмешался чрезмерно. Но если помнить о том хаосе, что царит сегодня во многих частях российской третейской сферы, то нельзя исключать того, что такая перестраховка была в целом разумной и предотвращал ВАС РФ только что отмеченную подлинную опасность.

11.3. Я могу ошибаться, но вообще-то ч. 1 ст. 8 Конституции РФ, если судить именно по ее содержанию (см. приведенную ранее сноску), не имеет серьезного отношения к тому вопросу, который стоял перед КС РФ: разве есть тут серьезные основания говорить о единстве экономического пространства, свободном перемещении товаров, услуг и финансовых средств, о поддержке конкуренции, свободе экономической деятельности?

11.4. По поводу ч. 3 ст. 17 Конституции РФ (недопустимость осуществления прав и свобод в нарушение прав и свобод других лиц) у меня также большие сомнения. На самом деле именно ВАС РФ и опирался по факту на этот принцип. Как уже говорилось, именно осуществление своих прав и свобод стороной третейского разбирательства в условиях, когда она одновременно была учредителем третейского института, под эгидой которого разбирался третейский спор, и могло создавать потенциальный риск нарушения прав и свобод другой стороны такого разбирательства.

Однако КС РФ перевернул позицию ВАС РФ с ног на голову: в интерпретации КС РФ выходит, что именно ООО «Софид», которое поддержал ВАС РФ, пыталось осуществить свои права и свободы в нарушение прав и свобод других лиц, зная об аффилированности ОАО «Сбербанк России» с третейским институтом!

Но ведь было все наоборот: ООО «Софид» говорило о нарушении своих прав.

Вышло как в басне, когда лицо, возражающее против нарушения его прав, обвиняется в том, что именно оно и нарушило права других лиц: *«Ты виноват уж тем, что хочется мне кушать!»*

Само собой, этой цитатой я не хотел никого обидеть или оскорбить: никто не хотел и не собирался *«кушать»*.

Я лишь логически объяснил то, к чему приводит не вполне уместная ссылка КС РФ на ч. 3 ст. 17 Конституции РФ.

Есть еще один вариант: можно предположить, что при использовании ссылки на ч. 3 ст. 17 Конституции РФ КС РФ имел в виду недопустимость осуществления со стороны ВАС РФ своих судебных прав в нарушение прав

и свобод частных лиц. Это вполне возможно, хотя и открывает риск применения этого правила к самому КС РФ.

11.5. Часть 1 ст. 34 Конституции РФ («Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности») также не добавляет абсолютного ничего в обоснование позиции КС РФ.

Более того, я бы усматривал в ссылке на такое правило поощрение третейских институтов ограничивать права третейских судей (особенно в части занижения гонораров), а также сторон третейского разбирательства. КС РФ поразил не ту цель?

11.6. Ссылки же со стороны КС РФ на нарушение позицией ВАС РФ как принципа достижения должного баланса интересов всех лиц, участвующих в соответствующих правоотношениях, так и требований справедливости (стр. 17¹), я не рассматриваю: как следует из вышеизложенного, КС РФ сам допустил такое количество фактологических и юридических неточностей, что в их свете принципы баланса и справедливости можно развернуть против самого КС РФ.

11.7. Я хотел бы для лучшего понимания моей позиции еще раз подчеркнуть, что я не утверждаю, что позиция КС РФ в анализируемых здесь аспектах является неправильной.

Я лишь попытался продемонстрировать, что она недостаточно проработана и именно поэтому заслуживает критики и сомнений по поводу ее правильности.

Был ли прав ВАС РФ? Не исключаю, что в свете «современных конкретно-исторических условий становления демократии и правового государства в Российской Федерации» (формулировка самого КС РФ во многих его актах) и с учетом современного состояния многих третейских институтов ответ должен быть утвердительным. Я не имею в виду, конечно, никакой конкретно третейский суд: в современной ситуации в РФ очень многие третейские суды благодаря либеральности законодателя и либертарианству многих третейских лиц обречены быть неидеальными. Речь идет именно все о том же, уже упомянутом выше анекдоте: «Какие-то восемьдесят процентов портят репутацию целых оставшихся двадцати».

¹ «Между тем практика применения положений статьи 18 Федерального закона „О третейских судах в Российской Федерации“, пункта 2 части 3 статьи 239 АПК Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона „О некоммерческих организациях“ арбитражными судами, сложившаяся с учетом позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, не позволяет в каждом конкретном случае достичь должного баланса интересов всех лиц, участвующих в соответствующих правоотношениях, и принять решение, наиболее отвечающее требованиям справедливости...».

На это и отреагировал ВАС РФ. Но в ответ отреагировал и КС РФ, который оказался в противостоянии с ВАС РФ.

Исходил ли последний из «конкретно-исторических условий развития Российской Федерации», на которые так любит ссылаться КС РФ? Как уже говорилось, да.

Понятно, что вдумчивый читатель в итоге спросит: так кто все же прав? Ответу как есть: до прочтения Постановления № 30-П я считал, что ВАС РФ скорее не прав. После же внимательного анализа такого постановления я полагаю, что все же у позиции ВАС РФ имеется больше оснований: это тот случай, когда судебный орган (КС РФ) невольно сам опроверг то, что и пытался доказать.

Все же финально мои симпатии оказываются на стороне ВАС РФ. Не потому, что он был предельно прав формально по закону. Хотя и частично прав, само собой: он истолковал закон так, как хотя бы отчасти имел право, никаких явных нарушений не допустив, даже если ситуация и была неоднозначной.

Возможно, потому, что ВАС РФ всегда был больше позитивно настроенный футурист, а не меланхоличный *past*-позитивист, как КС РФ (акцент на слове «*позитивист*», так как все понимают, что охрана «*past*» — важная задача КС РФ). А баланс частных и публичных интересов (первые в целом ранее олицетворял все же ВАС РФ, а вторые — КС РФ) найден, к сожалению, не был.

При этом именно позитивный футуризм, а не позитивистское топтание на месте с уклоном в прошлое, предлагаемое сегодня КС РФ, и требуется в идеале российской третейской сфере.

12. Что именно из Постановления № 30-П следует на практике?

12.1. Раз КС РФ дал понять, что в вопросах независимости и беспристрастности третейских судей следует ориентироваться не на критерии, предлагаемые судебной практикой, а на закон, то из этого вообще-то следует, что любые попытки госсудов ввести какие-то четкие критерии в данном плане изначально обречены на неудачу: КС РФ всегда может задействовать формулу: «Никаких жестких критериев, вот пусть конкретный госсуд в каждом конкретном случае сам и разбирается, в зависимости от обстоятельств!».

12.2. КС РФ четко тем самым подчеркнул свой статус во властной иерархии: какой бы критерий другие госсуды ни использовали, все эти их установления ему станет легко перечеркнуть такой формулой.

Получается очередной интересный парадокс: КС РФ предлагает заниматься конкретикой госсудам; когда же они этим занимаются и высшая

судебная инстанция определяет какой-то преобладающий подход, КС РФ может заявить: нет, это слишком ригористичный критерий, надо разбираться в каждом деле отдельно! Понятно, что надо, как ясно и то, что вода должна быть водянистой.

Мое мнение: КС РФ в таком своем подходе все же перегибает палку и не проявляет должной осторожности в соблюдении баланса своего права ревизовать закон на конституционность по практике его применения с правом других госсудов устанавливать определенные твердые ориентиры.

12.3. Но тогда получается, что и Правила о беспристрастности и независимости третейских судей, и IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration в свете Постановления № 30-П оказываются ничего не значащими документами: к любым предложенным в них ориентирам такое постановление предлагает относиться предельно философски: «Все относительно, вот пусть конкретный госсуд в каждой конкретной ситуации сам и разбирается, в зависимости от обстоятельств!»

Третейскому разбирательству, где и так все в большой степени неопределенно, такая очередная «прививка туманности» поможет вряд ли.

12.4. Нельзя забывать и о том, что КС РФ в Постановлении № 30-П еще раз примкнул к договорной теории третейского разбирательства (он указал на свободу договора как его основу на стр. 6 и два раза на стр. 8). Но если так и если в законе вопросы независимости и беспристрастности третейских судей урегулировать нереально, а любые выводы судов по поводу критериев такой независимости и беспристрастности оказываются чересчур ненадежными, то выход может быть только один: объявить, например, Правила ТПП РФ о беспристрастности и независимости третейских судей 2010 г. частью, например, Регламента МКАС или МАК при ТПП РФ.

В таком случае стороны, выбирая МКАС или МАК при ТПП РФ, будут считаться связанными такими Правилами как частью этих Регламентов и не смогут в будущем ссылаться на то, что конкретному госсуду следовало тот или иной критерий в таких Правилах подвергнуть в зависимости от обстоятельств дополнительному изучению, и если что, то его отвергнуть.

12.5. КС РФ сделал важное заявление о том, что его позиция *«не препятствует внесению федеральным законодателем — исходя из требований Конституции Российской Федерации и с учетом настоящего Постановления — изменений в действующее правовое регулирование, направленных на совершенствование порядка и принципов создания (организации, формирования) третейских судов, с тем чтобы обеспечить защиту прав сторон гражданско-правового спора на справедливое третейское разбирательство»*.

Оно звучит применительно к третейской сфере в России, страдающей, как я уже упоминал, от избытка либертарианства, оптимистично.

Так что я надеюсь на то, что Минюст России в своей реформе третейской сферы в этом аспекте не подведет.

12.6. В свете сказанного нельзя не отметить и следующую восторженную реакцию журнала «Третейский суд» по поводу Постановления № 30-П: *«К сожалению, концепция объективной беспристрастности, которую фактически уничтожил КС РФ данным постановлением, в настоящее время закреплена на уровне предложений по третейской реформе Минюста РФ. Сделано это в двух ракурсах: и как вновь открытый принцип третейского разбирательства, и как основание для исключения возможностей по функционированию постоянно действующих третейских судов при коммерческих организациях, что само по себе ограничивает возможности для развития третейского разбирательства в России»¹.*

На самом деле КС РФ концепцию объективной беспристрастности не уничтожил: он же не враг сам себе и судебной системе в России? Напротив, он сам на ней основывался в своем Постановлении от 25 марта 2008 г. № 6-П.

О том, что «Третейский суд» недопонял, говорят и слова *«новоявленный принцип третейского разбирательства»*: ну что же тут такого нового?

Любопытны и слова по поводу того, что ограничение функционирования постоянно действующих третейских судов при коммерческих организациях само по себе ограничивает возможности для развития третейского разбирательства в России. «Третейский суд» забыл указание КС РФ на то, что третейские суды наделены публично значимыми функциями? По этом поводу нельзя не вспомнить следующий анекдот: «Ты или крестик сними, или трусы надень...»

13. Тотемы и табу в вопросах беспристрастности и независимости третейских судей для КС РФ и третейского сообщества. Еще два сравнения с идеями З. Фрейда

13.1. Для табу характерны, как известно, следующие черты: его строгость как запрета, чрезмерность и несбалансированность; приравнивание его нарушения к угрозе для всего общества; строгость наказания за его нарушение; насильственное навязывание его предыдущим поколением последующему; устарелость, оценка его как пережитка. Само собой, таким табу представляется представителям более развитых социумов, а не самому сообществу, где властвуют табу.

При этом табу делятся на относящиеся к священному и касающиеся «нечистого».

¹ <http://arbitrage.spb.ru/>

13.2. В свете этого можно констатировать, что для КС РФ в третейской сфере в контексте Постановления № 30-П священными табу являются: Конституция РФ; Федеральный закон о третейских судах; свобода усмотрение госсудей. Посягать на них нельзя. Нечистым же табу выступает установление каких-то жестких всеобщих ориентиров применительно к беспристрастности и независимости третейских судей: попытки их провозгласить не допускаются.

Наказанием за нарушение таких табу выступает констатация нарушения Конституции РФ, этой, по словам судьи КС РФ Н.С. Бондаря, «светской Библии»¹ (что звучит, на мой взгляд, оскорбительно и для Библии, и для Конституции): что может быть, с точки зрения КС РФ, для юриста страшнее?

13.3. Для третейского сообщества (в целом, однако не для всех его частей) подобными священными табу являются: третейская идея; либертарианская идеология в третейской сфере. Сам же закон оказывается священным табу только в том случае, если в нем именно что отражена такая идеология; в противном же случае он не табу. Табу нечистое: установление каких-то жестких всеобщих ориентиров применительно к беспристрастности и независимости третейских судей; выражение сомнений в независимости и беспристрастности таких судей; любое проявление свободы усмотрения госсудей, если оно хоть как-то ограничивает указанную либертарианскую идеологию.

Наказанием за нарушение таких табу становятся ostracism со стороны третейского сообщества, общественное его порицание, отлучение от обсуждения третейских вопросов: что может быть, с точки зрения этого сообщества, для юриста страшнее?

13.4. Как думается, проявление свободы усмотрения госсудей в указанных третейских вопросах является для третейского сообщества нечистым табу, если оно хоть как-то ограничивает третейские свободы. При этом для КС РФ оно в любом случае остается священным табу. Третейским сообществом проявление такого усмотрения порицается, а КС РФ отрицает ограничения такого проявления, однако только до того момента, пока оно не ведет к установлению каких-то жестких всеобщих ориентиров для госсудей.

13.5. Повторю еще раз: сказанное нельзя рассматривать как верное, если встать на позиции самого третейского сообщества или же КС РФ. С этих позиций никаких табу не имеется, особенно нечистых, а речь идет об обычных правилах и естественном ходе вещей хотя бы потому, что нельзя установить такие упомянутые выше характеристики табу, как чрезмерность и несбалансированность, насильственное навязывание их предыдущим поколением последующему, устарелость, оценка их как пережитка.

¹ <http://pravo.ru/story/view/112841/>

Все верно: члены сообщества, где властвуют табу, не могут квалифицировать их в качестве таковых, поскольку для них они представляются в ином свете. Для того чтобы расценить подходы и третьейского сообщества, и КС РФ как табу, надо встать на иную точку зрения — «более продвинутую».

Возможна ли она? Скорее да. Это прежде всего точка зрения ВАС РФ, руководствовавшегося в своей деятельности иными методологическими подходами, нежели у третьейского сообщества или у КС РФ. Далее, это, возможно, точка зрения ЕСПЧ. Кроме того, этой точкой зрения может быть взгляд иных правопорядков. Наконец, это могут быть позиции какого-то международного инвестиционного арбитража.

Безусловно, я далек от мысли объявлять все такие упомянутые точки зрения на самом деле «более продвинутыми»: с позиций и третьейского сообщества, и КС РФ именно они-то и могут считаться вздорными и неверными.

Это обычная борьба мнений, если не игра мысли, где каждый в зависимости от своих пристрастий может встать на приемлемую для него позицию.

13.6. Еще один, последний момент по поводу табу. В основе последних лежит идея не просто ограничений, но самоограничений.

Самоограничивает ли себя третьейское сообщество? Скорее нет.

Самоограничивал ли себя ВАС РФ? Скорее также нет.

Самоограничивает ли себя КС РФ? Да.

Следовательно, исходя из традиционалистского и консервативного характера табу, не случайно переживших века, несложно сделать вывод о том, что самоограничения способствуют выживанию в этом сложном мире, и шансы КС РФ сохраниться в неизменном виде гораздо выше, чем шансы третьейского сообщества. Судьба же ВАС РФ — в том числе последствие его отказа от политики самоограничений.

13.7. Но перейдем теперь к тотемам.

Под тотемом понимают любой объект живой или неживой природы (включая как предмет, так и существо), которому оказывают особое поклонение, в отношении которого сложился культ. При этом тотемом может быть только класс, группа однородных объектов, но никак не уникальный артефакт. Наконец, поклонники тотема считают себя состоящим с ним в родстве и часто именуют себя по его названию. Как и в случае с табу, охарактеризовать объект как тотем сами его поклонники не могут: для этого надо встать на иную точку зрения — «более продвинутую».

В свете этого, казалось бы, говорить о тотемах применительно к КС РФ и третьейскому сообществу невозможно: разве можно про них сказать, что они связаны с объектами живой или неживой природы, самостоятельной от человеческого мира? Однако если мы вспомним о концепции естественного права и взглянем на то, что считают самым важным КС РФ и третьей-

ское сообщество через его призму, то, возможно, идея тотемов окажется допустимой.

13.8. Мне бы очень хотелось полагать, что для КС РФ самым важным объектом и тотемом является Конституция РФ. В свете естественного права Конституцию вполне можно считать природным объектом, который не создается, а выявляется человеком. Сравнение судьи КС РФ Н.С. Бондаря Конституции РФ с Библией¹ помогает еще лучше понять эту идею: подобно тому, как Библия не рукотворное создание, а божественное слово, так и Конституция РФ — обнаруженное человеком откровение естественной природы. Сделаем такое допущение для простоты анализа.

И, в отличие от Библии, в целом уникального объекта (именно поэтому ее и невозможно назвать тотемом, и именно поэтому она относится к двум религиям), наивно полагать, что Конституция РФ не может считаться частью класса, группы однородных объектов. В мире много конституций, да и отечественная история напоминает нам о том, что нынешняя Конституция РФ — не первая по счету для России.

Поэтому финальным выводом могло бы быть то, что тотемом для КС РФ должна выступать не нынешняя Конституция РФ сама по себе, а вообще Конституция как особый феномен, отдельный объект. Хотя такую Конституцию, само собой, на практике заменяет современная Конституция РФ.

Оказывается ли ей поклонение, сложился ли в ее отношении культ со стороны КС РФ? Несомненно. Именует ли себя КС РФ по ее названию? Да. Считает ли КС РФ себя состоящим с Конституцией в родстве? Думаю, что да, не в физическом смысле, конечно, а в переносном и уж по меньшей мере в духовном родстве. В любом случае Конституция — родоначальник всех конституционных судов, включая КС РФ.

13.9. Но все же нельзя решиться сделать вывод о том, что тотемом для КС РФ в третейской сфере выступает Конституция. Из Постановления № 30-П ясно следует, что КС РФ применительно к рассмотренным в нем вопросам предпочтение отдал позитивному закону (см. выше, разд. 8 «Позитивизм КС РФ в третейской сфере»).

Так что же, тотемом для КС РФ в третейской сфере оказывается позитивный закон? Думаю, что и этот вывод был бы неверен хотя бы потому, что такой закон не может даже и в свете концепции естественного права считаться объектом живой или неживой природы, самостоятельной от человеческого мира: позитивный закон резко противостоит такой концепции.

13.10. Однако Постановление № 30-П само указывает нам на то существо, которое следует считать тотемом для КС РФ в третейской сфере по указанным

¹ <http://pravo.ru/story/view/112841/>

вопросам. КС РФ трижды упоминает его в Постановлении № 30-П это законодатель. И существование законодателя прекрасно вписывается в концепцию естественного права, он даже может в недостижимом идеале сливаться с ним, подобно тому как индивидуальность может раствориться в нирване.

Также не нужно полагать, что законодатель не может считаться частью класса, группы однородных существ. В мире много законодателей, да и отечественная история напоминает нам о том, что нынешний законодатель — не первый по счету и для России, и для КС РФ. Ввиду этого тотемом для КС РФ выступает не нынешний законодатель в РФ сам по себе, а вообще Законодатель как особое Высшее Существо. Хотя его, само собой, на практике заменяет современный законодатель в РФ.

При этом КС РФ, несомненно, оказывается законодателю поклонение (другой вопрос, что в разных формах, иногда очень скромных), и в отношении последнего культ со стороны КС РФ сложился. Именует ли себя КС РФ по его названию? Отчасти да, если вспомнить о том, что Конституцию еще называют «Основным законом». Считает ли КС РФ себя состоящим с законодателем в родстве? Думаю, что да, опять-таки не в физиологическом смысле, конечно же, а в переносном и уж по меньшей мере в духовном родстве. И подобному тому, как человек становится по отношению к тотему на более высокую ступень, так и КС РФ может преодолевать законодателя: *«КС — это квазиправотворческий орган... И тут возникает конституционный парадокс. «Решение КС — не законодательный акт, но по юридической силе оно сильнее, чем закон», — констатировал Бондарь [судья КС РФ]»*¹.

Более того, КС РФ на деле ставит законодателя на более высокое место, чем Конституцию, что доказывает мое утверждение о роли первого как тотема.

Если кто в этом сомневается, тому следует перечитать определение КС РФ от 17 июля 2014 г. № 1567-О «По запросу группы депутатов Государственной Думы о проверке конституционности ряда положений Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации»»: в нем, также трижды упомянув Законодателя, КС РФ указал на то, что он вправе проверять изменения в Конституцию РФ на предмет их соответствия ей самой только лишь по некоторым вопросам, притом исключительно если его на это уполномочит Законодатель. Так что, кто выше в иерархии ценностей КС РФ, кто родоначальник КС РФ: Конституция РФ или Законодатель?

Роль Законодателя как тотема прекрасно соотносится с тем фактом, что тотем регулярно приносится ритуальным образом в жертву. И КС РФ также при помощи особого ритуала регулярно приносит Законодателя в жертву,

¹ <http://pravo.ru/story/view/112841/>

объявляя ту или иную его эманацию (в форме закона) не заслуживающей права на существование, обреченной на юридическую гибель. Но это не означает возможность окончательного уничтожения Законодателя, ведь в противном случае пришлось бы признать, что он является уникальным Верховным Существом, т.е. что со стороны КС РФ имеет место религия. Однако это не так: пока что имеет место лишь тотемизм.

13.11. Но какое значение все эти рассуждения имеют для третейских вопросов? Очень простое и важное: тотем всегда является священным табу, а значение табу для третейских вопросов, когда они попадают в поле зрения КС РФ, уже было показано выше.

13.12. Далее, что является тотемом для третейского сообщества в России по рассматриваемым здесь вопросам?

Если мы опять-таки привлечем концепцию естественного права, то выводом будет то, что третейская идея также является обнаруженным человеком откровением естественного права, а не артефактом чисто человеческого разума. Да, разум это откровение развил и улучшил, но корни его все равно чисто природные. Однако уникальная идея не может быть тотемом: единственность идеи сразу начинает превращать ее в религию.

В таком случае следует признать, что в России для третейского сообщества тотемом является третейский центр. Третейских центров в России много, они образуют класс, группу однородных объектов, ввиду чего и могут быть признаны тотемами. Именно третейские центры, будучи тотемами, и определяют самым серьезным образом политику внутри третейской сферы.

Разве случайно то, что в Постановлении № 30-П вопрос о независимости и беспристрастности третейских судей рассматривался в связи с третейским центром? Нет, это обстоятельство было изначально обусловлено тем, что является в российском третейском мире тотемом.

И хотя такой третейский тотем в России один, это не исключает появления подтотемов, после чего между представителями различных подтотемов можем развиваться вражда: каждый из них защищает свой подтотем, свой третейский центр.

Интересно отметить, что во многих западных странах третейский центр не может стать тотемом по одной простой причине: этих центров там может быть так мало, что они не образуют классы и группы. В свете этого тотемом там становится состав арбитража как идеальное воплощение третейской идеи: именно ему и оказывается особое поклонение, именно вокруг него и складывается культ. Только то лицо, которое достаточно часто входит в составы арбитража и успешно там действует, и может считаться состоящим в родстве с третейской идеей. В отличие от России, кстати, где для того, чтобы претендовать на родство с третейской идеей, достаточно просто

быть в списке третейского центра или заниматься пропагандой третейской идеи, на самом деле в конкретные составы арбитража не входя длительные промежутки времени.

Кстати, именно поэтому предлагаемая Минюстом России реформа третейской сферы и встречает неприятие третейского сообщества в России: она посягает прежде всего на его тотем. Эта реформа, как я ее понимаю, предлагает новый тотем, а именно состав арбитража, как и на Западе. Само собой разумеется, замена одного тотема другим — дело длительное и небезопасное.

И кстати, на что посягнуло Постановление № 1567/13 — на третейский центр или же на состава арбитража? Конечно же, на тотем, на третейский центр. И это одна из причин, почему КС РФ такое посягательство отверг, предлагая судам не трогать тотем, а обращать внимание на составы арбитража.

Но есть еще одна дилемма: как быть с практикуемым регулярным ритуалом жертвоприношения тотема? Ведь нельзя же сказать, что третейские центры претерпевают такой ритуал? Нельзя. Однако я все же полагаю, что жертвоприношение имеет место. Однако оно не единомоментное, а длящееся: в качестве такового можно рассматривать (при всей неуместности подобного сравнения) отказ от осознанного и полноценного развития третейских центров, ведущий, как и при жертвоприношении, к их гибели. Но так как тотем представляет собой класс объектов, то подобная гибель некоторых из них не будет означать исчезновение всей группы.

13.13. И опять повторю: сказанное нельзя рассматривать как верное, если встать на позиции самого третейского сообщества или КС РФ. С этих позиций никаких тотемов не имеется и иметься не может. Для того чтобы утверждать о тотемах, надо встать на иную точку зрения.

Но опять-таки она возможна: это все те же точки зрения ВАС РФ, ЕСПЧ, иных правопорядков, какого-то международного инвестиционного арбитража.

Но вновь я, безусловно, далек от мысли объявлять все такие упомянутые точки зрения на самом деле «более продвинутыми»: это все та же самая обычная борьба мнений, если не игра мысли, где каждый в зависимости от своих пристрастий может встать на приемлемую для него позицию.

13.14. Теперь еще надо разобраться с тем, как выраженные в Постановлении № 30-П подходы можно сравнить с теми тремя ступенями развития человеческого мирозерцания и соотносящимися с ними стадиями либидинозного развития отдельного индивида, о которых так красочно говорит З. Фрейд в своем знаменитом труде «Тотем и табу». Сравнить именно с позиций Постановления № 30-П.

Согласно З. Фрейду, трем великим мирозерцаниям всего человечества (анимистическому, религиозному и научному) корреспондируют индивидуальные стадии: *«Анимистическая фаза соответствует в таком случае нар-*

циссизму, религиозная фаза — ступени любви к объекту, характеризующей привязанностью к родителям, а научная фаза составляет полную параллель тому состоянию зрелости индивида, когда он отказался от принципа наслаждения и ищет свой объект во внешнем мире, приспособляясь к реальности»¹.

Разве не похожи с позиций Постановления № 30-П первое мировоззрение / первая стадия на третейское разбирательство?

Анимистическая фаза характеризуется верой во «всемогущество мысли», убежденностью в том, что собственные нематериальные мысли и слова индивида способны преобразовывать внешний материальный мир. Но разве не это же и происходит сегодня благодаря третейской деятельности в форме международного инвестиционного арбитража, часто конкретные национальные законы игнорирующего, а утверждающего свои слово и мысль? И, возможно, в том числе нарциссизм повинен в не самом блестящем состоянии дел в российской третейской сфере?

«В анимистической стадии человек сам себе приписывает это могущество [мысли], в религиозной он уступил его богам, но не окончательно отказался от него, потому что сохранил за собой возможность управлять богами по своему желанию разнообразными способами воздействия. В научном мирозерцании нет больше места для могущества человека, он сознался в своей слабости и в самоотречении подчинился смерти, как и всем другим естественным потребностям»².

Этап в госарбитраже соответствует религиозной стадии, где богами для госудодов выступают национальные законы, которыми эти суды все же могут управлять *«по своему желанию разнообразными способами воздействия»*.

Научному же мирозерцанию корреспондирует завершающая фаза применительно к КС РФ: там нет больше места для могущества юриста, он должен сознаться в своей слабости и в самоотречении подчиниться КС РФ и Конституции РФ, которая так же неотвратима, как и смерть.

13.15. Ну и последнее. Три судебных этапа дела, в связи с которым появилось Постановление № 30-П (третейская стадия³, этап в госарбитраже и завершающая фаза в КС РФ), не могут не вызывать ассоциации с тремя сущностями, описываемыми З. Фрейдом для демонстрации динамики человеческой психики: «Оно» (*Id*), «Я» (*Ego*) и «Сверх-Я» (*Super-Ego*). Третейская стадия тогда соответствует *Id*, этап в госарбитраже — *Ego*, а фаза в КС РФ — *Super-Ego*.

¹ Фрейд З. Тотем и табу / Пер. с нем. М.В. Вульфа. — СПб.: Азбука-классика, 2005. С. 148.

² Там же. С. 145.

³ Все же, в отличие от КС РФ, я предпочитаю называть ее «судебной».

Конечно, проведение таких параллелей возможно только в свете идеологии Постановления № 30-П, с точки зрения идеи об арбитраже как досудебной стадии и с позиций, обосновывающих особую роль КС РФ. Подобно тому, как арбитраж является досудебной стадией, так и дело в госсуде представляет собой еще не самую полноценную форму правоприменения в том смысле, что высшая такая форма возможна только в рамках конституционной юстиции. А если учитывать многочисленные проблемы в отечественном третейском разбирательстве, то не относятся ли госсуды к нему как к *Id*, как к чему-то бессознательному (в том числе несознательному в контексте нынешней политической конъюнктуры), к совокупности инстинктивных влечений? Скорее да, причем зачастую незаслуженно, но проблема в том, что ряд представителей третейского сообщества сами дали повод так к ним относиться.

Если же выйти за пределы таких идеологии и позиций, то КС РФ для, например, международного инвестиционного арбитража *Super-Ego* являться уже не будет, равно как и третейская стадия тогда не сможет считаться подлинным *Id*, ведь место последнего скорее отойдет этапу в госсудах.

13.16. Впрочем, проведение таких аналогий может нас далеко завести. Например, так как *Id* подчиняется принципу удовольствия, а понижение неудовольствия является целью процессов, протекающих в нем, то можно ли тут найти объяснение для психологического стремления арбитров к повышенным гонорарам? Или, например, если *Super-Ego* вырастает из эдипова комплекса, содержит в себе бессознательное чувство вины и способно оказать для иных частей создания настолько тираническим, что это будет порождать такие его мощные сшибки с *Id* и с *Ego*, которые приведут к невротизации и к «уходам в болезнь», то как это все интерпретировать применительно к упомянутым трем судебным этапам?

И, само собой, серьезных методологических оснований для проведения всех упомянутых выше аналогий не имеется: все же филогенез КС РФ, третейского сообщества и психики человека — разные вещи, а проведение разнообразных параллелей между ними скорее будит воображение, нежели помогает строгой научной мысли как третьему, по З. Фрейду, великому мирозерцанию.

Я надеюсь, что вдумчивый читатель это увидел и понимал изначально.

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА
Выпуск 3
Сборник статей

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

Литературный редактор *П.Д. Савкин*
Дизайн и верстка текста: *В.В. Самойлова*

Ваши отзывы об издании присылайте, пожалуйста,
по e-mail: naukaprava@gmail.com
Издательский номер 195. Год издания 2015

Подписано в печать 30.04.2015. Формат 60x90/16. Печать цифровая
Бумага офсетная. Усл. печ. л. 22,0.

ООО «Цифра закона»
105005, г. Москва, Денисовский пер., 23, стр. 6.
Телефоны: +7 925 391 79 23, +7 903 131 09 98.
Электронная почта: naukaprava@gmail.com
www.naukaprava.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 «Цифра закона».

Издание не содержит информацию, причиняющую вред здоровью и (или) развитию детей, и информацию, запрещенную для распространения среди детей.

ISBN 978-5-903604-01-2



«Наука права» – самая крупная база оцифрованных оригиналов правовых документов, научных и прикладных работ.



НАУКА ПРАВА

Научно-практическая электронная библиотека «Наука права» представляет крупнейшую в России коллекцию оцифрованных материалов по международному коммерческому арбитражу:

- Труды М.Г. Розенберга, И.С. Зыкина, А.С. Комарова, С.Н. Лебедева и других известных авторов по МКА;
- Материалы из журналов «Международный коммерческий арбитраж» и «Вестник международного коммерческого арбитража»;
- Вопросы МКА в России;
- Вопросы МКА за рубежом;
- Общие вопросы МКА;
- Инвестиционный арбитраж;
- Акты МКАС;
- Материалы о ВТАК / МКАС при ТПП РФ;
- Материалы о МАК при ТПП РФ;
- Нью-Йоркская конвенция 1958 года;
- Практика ВТАК / МКАС при ТПП РФ;
- Практика иных третейских судов;
- Практика МАК при ТПП РФ;
- Материалы до 1917 года;
- Материалы Russian Arbitration Day;
- Труды и сборники;
- Библиографии;
- Интервью.

NAUKAPRAVA.RU

- Документы всегда под рукой. Все материалы доступны on-line из любой точки мира. Даже самые редкие издания для пользователя Библиотеки всегда находятся рядом.
- Бесплатный поиск можно осуществлять по всей базе публикаций: не только по автору и названию, но и по всем текстам документов.
- Специальный заказ. Сотрудники Библиотеки готовы помочь в поиске и оцифровке конкретного материала, который не удалось найти на сайте.
- Удобный интерфейс позволит новым пользователям быстро и комфортно начать работу.

Подписка:

Оформите подписку и получите on-line доступ к текстам всех публикаций

Покупка:

Покупайте и скачивайте интересующие публикации



105005,
г. Москва,
Денисовский
переулок,
д. 23, стр. 6



+7 499 391 79 23
+7 925 391 79 23
+7 903 131 09 98



naukaprava@gmail.com
info@naukaprava.ru

*По вопросам сотрудничества
и размещения публикаций
pr@naukaprava.ru*



ВЕСТНИК

МЕЖДУНАРОДНОГО
КОММЕРЧЕСКОГО
АРБИТРАЖА

www.arbitrationreview.ru

«Вестник международного коммерческого арбитража» – единственный российский специализированный журнал, посвященный проблемам международного коммерческого и инвестиционного арбитража.

Читайте в каждом номере:

- статьи ведущих российских специалистов по международному коммерческому и инвестиционному арбитражу;
 - обзоры и комментарии применительно к самым последним и наиболее значимым изменениям в российском и иностранном законодательстве, касающимся регулирования международного коммерческого и инвестиционного арбитража, а также оспаривания и приведения в исполнение международных арбитражных решений;
 - решения международных арбитражей, вынесенные как на территории Российской Федерации, так и за рубежом. Вы сможете ознакомиться с наиболее интересными делами, рассмотренными за последнее время в МКАС при ТПП РФ и ведущих зарубежных арбитражных центрах;
 - переводы наиболее интересных зарубежных публикаций по вопросам, связанным с рассмотрением споров, возникающих в сфере международных сделок;
- а также другие материалы.

Еще больше возможностей и полезной информации – на официальном сайте журнала: www.arbitrationreview.ru.

- простое и быстрое онлайн-оформление подписки;
- тематическая новостная рассылка;
- подборка арбитражных ресурсов и другие материалы.

«Вестник МКА» выпускается ООО «Цифра закона» при поддержке Торгово-промышленной палаты РФ, МКАС при ТПП РФ, кафедры международного частного права Российской школы частного права, юридических фирм «Муранов, Черняков и партнеры», Debevoise & Plimpton, Clifford Chance.

Генеральный партнер журнала – научно-практическая электронная библиотека «Наука права». Отдельные материалы из предыдущих выпусков «Вестника МКА» всегда можно найти, прочитать и приобрести в электронном виде на сайте библиотеки по адресу

<http://naukaprava.ru>.

Коллегия адвокатов «**Муранов, Черняков и партнеры**» основана в 2003 году и в настоящее время входит в число ведущих национальных юридических фирм России.

Мы успешно решаем комплексные юридические задачи на стыке российского и международного права.

В своей работе мы используем практический и научный опыт, полученный нами в ходе успешного представления интересов клиентов в России и за рубежом.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ТОРГОВАЯ ПРАКТИКА –

это интенсивно развивающаяся практика нашей фирмы, основанная на профессиональном опыте консультирования бизнеса по различным вопросам, связанным с международной торговлей, включая вопросы международной конкуренции и антимонопольного регулирования.

Мы предоставляем услуги по различным аспектам права международной торговли:

- консультируем бизнес по вопросам осуществления внешнеторговой деятельности, освоения новых зарубежных рынков, борьбы с барьерами в международной торговле;
- проводим экспертный анализ международных экономических договоров, а также обязательств России как члена международных торговых организаций и региональных объединений в контексте преимуществ и рисков для бизнеса;
- оказываем клиентам юридическую поддержку в российских и международных судах и арбитражах, Суде ЕАЭС, Евразийской экономической комиссии (ЕЭК), а также на различных международных площадках по вопросам международного торгового права;
- представляем интересы клиентов в отношениях с государственными органами (GR) и участвуем в законопроектной деятельности по вопросам международной торговли;
- даем оценку перспектив разрешения споров с использованием механизмов защиты в рамках ВТО, СНГ и ЕАЭС, разрабатываем стратегию такой защиты.

Наши клиенты – это крупные российские и международные компании, в том числе представители топливно-энергетического сектора, электроэнергетики, пищевой промышленности.

Больше информации о нашем опыте – на сайте международной торговой практики www.tradelawpractice.ru.

Денисовский пер., д. 23, стр. 6
Эл. почта: info@rospravo.ru
Телефон: +7 495 783 7450
Факс: +7 495 795 0390

www.rospravo.ru

www.tradelawpractice.ru

www.facebook.com/tradelawpractice.ru